



Università
Ca'Foscari
Venezia

**Corso di Laurea magistrale
in Relazioni Internazionali Comparete**

Tesi di Laurea

**La sfida di USA e UE al regime sul
trasferimento di tecnologia della Cina**

Prospetti di riforma per la WTO

Relatrice

Ch.ma Prof.ssa Arianna Vettorel

Correlatore

Ch. Prof. Fabrizio Marrella

Laureando

Simone Bangoni 847823

Anno Accademico

2018 / 2019

La sfida di USA e UE al regime sul trasferimento di tecnologia della Cina

Prospetti di riforma per la WTO

Indice Sommario

ABSTRACT

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

RICHIESTE DI CONSULTAZIONE ALL'OMBRA DELL'ESCALATION TARIFFARIA

<i>Sezione I. UNA SCARNA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE STATUNITENSE</i>	
DS 542: Cina - Certe misure riguardanti i diritti di proprietà intellettuale	42
1.1 L'articolo 24 delle TIER: Condizioni di indennizzo nei contratti di trasferimento di tecnologia in Cina.	44
1.2 Gli articoli 27 e 29.3 delle TIER: Diritti sui miglioramenti apportati alla tecnologia in licenza	46
1.3 La superiorità delle TIER sulla Legge della PRC sui contratti	48
1.4 L'articolo 43 dei Regolamenti sulle Joint ventures:	49
L'uso continuato della tecnologia dopo la scadenza del contratto tecnologico	

<i>Sezione II. L'UNIONE EUROPEA SI ASSOCIA AGLI STATI UNITI</i>	50
DS 549: Cina - Certe misure riguardanti il trasferimento di tecnologia	50
2.1 La menzione diretta del trasferimento forzato di tecnologia in relazione all'articolo X 3 (a) del GATT e al Paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso della Cina alla WTO	52
2.2 La giurisprudenza sull'articolo X 3 (a)	53
2.3 La valutazione dell'irragionevolezza e dell'imparzialità di una misura commerciale in relazione al potenziale rischio di fuga di informazioni commerciali riservate.	56

CAPITOLO II IL DIBATTITO SUL TRASFERIMENTO INTERNAZIONALE DI TECNOLOGIA

<i>Sezione I. UN EXCURSUS STORICO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA</i>	64
1.1 La mancanza di una definizione unanime del concetto di tecnologia	64
1.2 Lo sviluppo della divisione Nord-Sud sui metodi per incentivare il trasferimento di tecnologia	66
1.3 Il Draft TOT Code: i tentativi falliti per un Codice internazionale sul Trasferimento di Tecnologia.	70
 <i>Sezione II. IL RIVERBERARSI DEL DIBATTITO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA NELLA LEGISLAZIONE WTO</i>	 74
2.1 Gli articoli 7 e 8 dell'Accordo TRIPS: La menzione al trasferimento di tecnologia nei principi e negli obiettivi del TRIPS.	74

2.2 L'articolo 40: il nesso tra il trasferimento di tecnologia e le pratiche anticompetitive nei contratti di licenza.	78
2.3 Una potenziale applicazione degli articoli 8.2 e 40 del TRIPS a difesa degli articoli 24, 27 e 29 delle TIER	80
2.4 La normativa WTO sulle pratiche di incentivazione del trasferimento internazionale di tecnologia relative agli investimenti	86

CAPITOLO III

I LIMITI DELLA WTO NEL DISCIPLINARE LE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA

<i>Sezione I. DIVERGENZE TRA USA E UE SULL'APPLICABILITÀ DEL TRIPS ALLE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA RELATIVE AGLI IPR</i>	92
---	----

1.1 Il mancato ricorso da parte degli USA all'articolo 39 dell'Accordo TRIPS	92
1.2 Il dilemma dell'implementazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina	99

<i>Sezione II. L'ASSALTO DELLA COMMISSIONE 301 ALLE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA RELATIVE AGLI FDI</i>	102
---	-----

2.1 Il regime cinese sugli investimenti dall'estero in relazione al trasferimento forzato di tecnologia	102
2.2 Le Industrie automobilistiche	105
2.3 I Regolamenti NEV sui veicoli a energia innovativa	106
2.4 Il Settore aeronautico	108
2.5 I processi di concessione di licenza e di revisione amministrativa nel Regime di trasferimento tecnologico cinese.	109

<i>Sezione III. LA REVISIONE DELLA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE DELL'UE DS549</i>	111
3.1 Il regime cinese sugli FDI in relazione al Protocollo di accesso della Cina alla WTO	111
3.2 Nuove considerazioni sui Regolamenti NEV	112
3.3 La legge sulle JV e le disposizioni sugli FDI in sementi per colture	114
 <i>Sezione IV. LA LITANIA STATUNITENSE CONTRO IL SISTEMA ECONOMICO NON DI MERCATO CINESE</i>	 118
4.1 Gli investimenti sistematici verso l'estero in settori chiave per le politiche industriali della Cina	120
4.2 Il sistema cinese di approvazione degli investimenti verso l'estero	122
4.3 Il ruolo delle SOE e delle Banche a proprietà statale nel regime cinese sugli investimenti verso l'estero	125
4.4 La controversa definizione del concetto di "organo pubblico"	127

CAPITOLO IV PROPOSTE DI RIFORMA PER LA WTO

<i>Sezione I. LA PRESSIONE STATUNITENSE PER AFFRONTARE LE SFIDE AL SISTEMA WTO</i>	134
1.1 La Dichiarazione plenaria di apertura di Robert Lightizer all'undicesima Conferenza ministeriale della WTO: I punti chiave della critica statunitense al sistema WTO.	134
1.2 L'iniziativa trilaterale di USA, UE e Giappone	138

<i>Sezione II. L'INIZIATIVA DELL'UE PER UNA RIFORMA DELLA WTO</i>	142
2.1 Il Concept Paper dell'UE per una generale modernizzazione della WTO	142
2.2 Le proposte di riforma dell'AB presentate dall'UE al Consiglio Generale della WTO	147
<i>Sezione III. LA CINA NEL RUOLO DI "RILUTTANTE RIFORMATORE" DELLA WTO</i>	150
3.1 La presa di posizione della Cina su un'eventuale riforma della WTO	150
3.2 La proposta della Cina per una riforma della WTO	151
3.3 Rimedi contro le minacce all'esistenza della WTO	152
3.4 L'implementazione del ruolo della WTO nella governance economica globale	153
3.5 Il rafforzamento dell'inclusività del sistema multilaterale	156

Conclusioni

Bibliografia

ABSTRACT

There has been a growing skepticism on the part of the United States towards multilateral agreements as a solution to international problems. As regards relations with China, this attitude is even more marked. The tariff escalation with China following the report of the special 301 commission on forced technology transfer in 2018 is a clear example of it. As a consequence of the 301 report the United States also resorted to the Dispute Settlement Body, however, the Request for consultation DS 542 has minimal objectives compared to the unilateral initiative taken under section 301 of the 1974 Trade Act. While condemning Trump's return to unilateralism, the EU and Japan have also recognized the international criticality of the Chinese technology transfer regime; the EU in particular has joined the United States at the multilateral level by presenting its own request for consultation with China (DS 549). The practices on the transfer of technology have in fact been the subject of a historic debate between developed and developing countries to the point that even today it has not been possible to define an exhaustive discipline in this regard in the WTO. Only the TRIPS Agreement would seem to offer an adequate regulatory framework, but this is limited to IPR-related practices. The attack on the Chinese technology transfer regime has instead shown to touch a whole series of areas of the WTO regulation on which new negotiations would be urgently needed. In this perspective, the Trump shock to the WTO system, if not fatal, could be the decisive input for a long-awaited reform of the Organization. So far, the

reform proposals have not been lacking, accompanying the tariff escalation, both by the USA, the EU and Japan and by China.

The objective of this thesis is therefore to analyze the challenge of the United States and the European Union to the Chinese regime on technology transfer to understand how the problems raised by it are entering in the proposals for a future reform of the WTO.

In doing so, the thesis will start through a preliminary analysis of the disputes initiated at the WTO by the United States and the EU following the publication of the 301 Commission report and the entry into force of the consequent tariff retaliations between the United States and China.

The meager US Request for Consultation with China will be considered first (DS 542: China-Certain Measures concerning the protection of intellectual property rights). The US has claimed that Articles 24, 27 and 29 of the Chinese Regulations on Import and Export of technology (TIER) and Article 43 of the Joint Venture Regulations violated Article 3 of TRIPS on the principle of national treatment and Article 28 of TRIPS on rights pertaining to a patent holder. In order to investigate the reasons for these accusations, the arguments in their support were analysed as developed in the second chapter of the Commission 301 report.

Secondly, this thesis will analyze the Request for consultation of the European Union with China of June 1, 2018 (DS 549: China-Certain Measures on the Transfer of Technology) which constituted a counterpoint to the US Consultation Request. The EU has chosen to address the issue of forced technology transfer in China in a more direct and extensive manner. He did this by citing

more TRIPS articles that would be violated by Chinese measures (for example Article 39 on the protection of confidential business information) and by attacking Chinese practices and policies that the United States preferred to deal with in the 301 Report only. Addressing the issue of technology transfer, the EU has also left the TRIPS framework to use tools such as Article X (3) of the GATT agreement on the administration of trade measures and the China Protocol of Access to the WTO. In order to better understand the difficulties the EU may face in pursuing its dispute with China and to better evaluate the choice of the United States to omit the technology transfer theme in their request for consultation, making it the focus of a purely national maneuver, it was then decided to make an excursus on the international debate on the transfer of technology and on how it was absorbed by WTO legislation, in particular by the TRIPS agreement.

After offering an overview of the controversial definition of technology and its transfer, the thesis described the development of the division between developed and developing countries on methods to encourage international technology transfer. While technologically advanced countries have advocated a market approach in which intellectual property rights were one of the main vehicles for technology transfer, developing countries felt instead that there were a whole series of distortions in market dynamics for which it was necessary to intervene through national measures and policies to encourage the transfer of technology. It will then be seen how the efforts of developing countries to create a regulatory model have materialized internationally in the 1980s

with the launch of negotiations for an International Code of Conduct on Technology Transfer (TOT Code). Despite the fact that these negotiations failed without overcoming the division between developed and developing countries, the key points of the debate around the creation of the Draft TOT Code remained those with which any international negotiation concerning the issue of technology transfer had to confront. This reverberation of the debate on the Draft TOT Code is evident in the 1994 TRIPS agreement (Trade related aspects of intellectual property rights), especially in articles 7 and 8 which respectively define the objectives and principles of the agreement.

Article 7, by affirming that intellectual property rights are not ends in themselves but must contribute to the welfare and development of members, including the transfer and dissemination of technology, reiterates the pro IPR arguments of developed countries. On the other hand, Article 8 presents itself as a concession to the arguments of the developing countries. Article 8.1 allows WTO Members to take the necessary measures to "promote public interest in areas of vital importance for their technological and socio-economic development", while Article 8.2 offers Members the discretion to take appropriate measures to prevent the recourse to practices that negatively affect the international transfer of technology. The TRIPS agreement has also developed a valid regulatory framework on some typical national measures for encouraging the transfer of technology related to intellectual property rights. This framework can be observed in articles 27 to 29 on patents and licensing, in article 39

on the protection of trade secrets and again in article 8 as well as in article 40 on measures against anticompetitive practices related to IPR.

Beyond the TRIPS agreement, it will be seen that other issues related to technology transfer have not always been adequately addressed by WTO legislation. This is the case of the difficulties of the TRIMS and GATS agreements in disciplining government policies such as measures for the promotion of foreign direct investment (FDI), FDI restrictions and screening, performance requirements and investment incentives.

The analysis of the strengths and limitations of the WTO legislation in relation to technology transfer was therefore employed to interpret the choices of the United States and the European Union in addressing the various aspects of China's technology transfer regime. Measures related to intellectual property rights formulated in the TIER and the Chinese Joint Venture Regulations witnessed the convergence of EU and US accusations which both claimed that the Chinese measures violated the principle of national treatment of Article 3 of TRIPS and Article 29 on the rights of a patent holder. However, already in relation to the TRIPS agreement there were some differences, doubts remain about why the United States did not refer to Article 39 to address the lack of Chinese protection of trade secrets, while devoting to it consistent references in the 301 Commission report. Within the report the United States also briefly mentioned the failure of China in providing an adequate implementation of intellectual property rights, a topic on which in a previous dispute

with China at the WTO the United States had difficulties supporting their arguments.

As regards Chinese measures on foreign direct investment, it has instead been observed that the choices of the European Union and the United States differ markedly. Chinese policies under this point of view are characterized by a restrictive regime of approval and screening of the FDI and the imposition of specific performance requirements for the admission of investments such as the supply of cutting-edge technology, the conduct of R&D on site and contributing to China's economic development in key areas. Considering that the GATS agreement does not deal with investments in technology and that the TRIMS Agreement does not regulate the performance requirements that characterize Chinese policies, the United States has exclusively addressed this side of the Chinese regime on technology transfer in the first chapter of the Report. Their attack was developed around the functional restrictivity of China's Investment Catalogue and the discretion of the Chinese administrative procedures for approving investments, focusing on sectors such as the automotive industry, the new energy vehicles NEV and the aeronautics sector whose regulation would be aimed at supporting the industrial and development policies of the Chinese government.

The European Union, on the other hand, in dealing with the Chinese regime on technological investments from abroad, has managed to maintain itself within the WTO legislation by referring to the text that allowed China's entry into the WTO. In China's Protocol of access to the WTO, China had in fact committed to

some additional obligations compared to those of other WTO members. Under paragraphs 7.3 and 1.2 of the first part of the protocol, China had undertaken, in addition to compliance with the TRIPS and TRIMS agreements, the commitment not to restrict the approval by Chinese authorities of investment rights to performance requirements such as the transfer of technology and the conduct of research and development in China. A final aspect of the Chinese investment regime that was not attacked in any consultation request and which instead constitutes one of the main chapters of the 301 commission report, is the Chinese government's systematic investments abroad in key sectors for China's industrial and development policies. This issue polarized the recurring themes of the American attack on the non-market Chinese economic system and its industrial policies, as elaborated in the “Made in China 2025”, “One Belt One Road” and “Going Out plans”. These are themes such as lack of transparency and the abundance of informal practices which merge in the complex relationship between the private sector and the Government of China. In this regard, according to the United States, the normative definition of what constitutes a “public body” seems to be a priority to be able to legally address the influence of the Chinese government in the private sector. An exhaustive definition of this kind is missing and the resolutions of the Panel and the Appellate Body in this regard have by no means satisfied the United States. After analyzing the problems raised by the US and European Union attack on the Chinese technology transfer regime the focus

of the thesis has therefore shifted to the repercussions that this problems provoked on the multilateral trade system.

It will be seen that already before the publication of the section 301 report, the United States had argued at the 11th WTO Ministerial Conference that the organization was facing very important challenges. The tariff escalation following the report 301 has therefore profoundly questioned the credibility of the WTO as a tool to resolve trade disputes, in particular as regards the specificity of the Chinese case. The retaliatory tariff measures were then accompanied by the progress of the paralysis in the appointment of new judges at the WTO Appellate Body, and by the Trump's threats to get out of the Organization if it "doesn't shape up" to face the non market chinese system. However, the shock given by Trump was not fatal, but rather constituted the decisive input for several members to mobilize for a reform of the organization. The last part of the thesis will therefore be dedicated to the main reform proposals put forward by WTO members.

The European Union, the US and Japan were the first to take the initiative in this regard and their efforts resulted in a series of trilateral meetings starting from May 2018. At the heart of these meetings there was an appeal for a return of the WTO to his original spirit of negotiating forum, a spirit that has been vanishing after the stalemate of the Doha round. According to the three parties it is essential to launch new negotiations on topics such as industrial policies, the role of state enterprises and the distortive practices typical of non-market economies. In this perspective, for example, the parties expressed the need to develop adequate tools

to address precisely those practices on the forced transfer of technology taken into consideration in the 301 commission report: investment restrictions, administrative and screening processes, performance requirements, failure to implement intellectual property rights, theft of trade secrets and systematic investments in key areas.

While the trilateral partnership also took in consideration alternative tools to WTO reform, it will be observed how, as a consequence of the tariff escalation, the EU initiated its own attempt to solve the issues raised in the trilateral meetings exclusively within the WTO context. A special focus of its WTO modernization proposal had become the reform of the Appellate Body, whose impasse in the appointment of new judges constitutes the most serious threat to the functioning and credibility of the WTO.

Despite being one of the major stakeholders, China was the last to mobilize towards negotiations for a WTO reform. In November 2018 it recognized the need for such a reform unless it proves to be an attempt to weave a straitjacket to Chinese development. On May 13th it therefore published his own proposal to reform the WTO. China's proposal was aimed at preserving and consolidating the status quo that has been developed in the WTO and at implementing the role of the organization at the global level. To this end it would be essential to release the impasse in the appointment of new judges to the Appellate Body and to create effective tools to discourage Members from using unilateral measures such as those taken by the United States under section

301. Another important focus of the Chinese reform proposal was the strengthening of the organization's inclusiveness. It can be said that in this case China has championed the provisions on Special and Differential treatment for developing members (S&D) following an approach that refers in particular to failed attempts in the Doha round of enforcing the interests of the developing countries.

INTRODUZIONE

Dal 6 giugno del 2018 l'amministrazione degli Stati Uniti ai sensi dell'articolo 301 del Trade act del 1974 ha imposto un incremento tariffario unilaterale del 25% su import dalla Cina per un valore di 34 miliardi di dollari in risposta a pratiche cinesi definite "irragionevoli e discriminatorie" in campi quali il trasferimento di tecnologia, i diritti di proprietà intellettuale e l'innovazione. Tali pratiche sarebbero secondo l'amministrazione Trump fra le principali cause del gargantuesco deficit di 500 miliardi all'anno nella Bilancia commerciale degli Stati Uniti. Dal 23 agosto la lista dei prodotti sottoposti a queste tariffe aggiuntive del 25% si è espansa per includere ulteriori import

cinesi per un valore di 16 miliardi di dollari. La Cina ha risposto il 6 Luglio e poi il 23 Agosto imponendo un incremento tariffario speculare del 25% prima su 34 miliardi di dollari di import americano e in seguito su ulteriori 16 miliardi.¹

La minaccia e l'entrata in vigore di questi primi incrementi tariffari sono stati accompagnati dall'imposizione da parte degli Uniti di restrizioni sugli investimenti dalla Cina verso gli USA e dall'attuazione di controlli sull'esportazione di prodotti verso specifiche organizzazioni o imprese cinesi per negargli l'accesso alla tecnologia americana, manovra quest'ultima che è per esempio all'origine del banno alla Huawei che tanto scandalo ha fatto sui giornali degli ultimi mesi.²

Gli Stati Uniti avevano inoltre presentato a Marzo del 2018 una richiesta di consultazione con la Cina sulla mancata protezione dei diritti di proprietà intellettuale³, azione a cui si è aggiunta a Giugno 2018 una similare richiesta di consultazione dell'Unione Europea con la Cina su alcune pratiche cinesi legate al trasferimento di tecnologia.⁴

D'altra parte anche la Cina ha presentato diversi reclami alla WTO in denuncia delle tariffe imposte dagli Stati Uniti.⁵

Tuttavia, nonostante questi reclami, il 24 Settembre 2018 gli Stati Uniti hanno messo in vigore ulteriori tariffe del 10% su 200 miliardi di import cinesi minacciando un incremento verso il 25% per la fine del 2019. La ritorsione cinese è stata immediata e il 18 settembre con l'imposizione di tariffe del 10%

¹ KWA A., LUNENBORG P., *US' Section 301 Actions: Why They Are Illegitimate and Misguided* (September 4, 2018). p.8 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3280853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3280853>

² Ibidem. p.10

³ WTO DS 542: China — Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation, 23 March 2018 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

⁴ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

⁵ WTO DS 543: United States – Tariff measures on certain goods from China. China request of consultation, 4 April 2018 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm

su ulteriori 60 miliardi di dollari di import si è arrivati a coprire con incrementi tariffari quasi tutto il volume di import dall'America (attorno ai 110 miliardi di dollari). Nonostante i numerosi negoziati commerciali a livello bilaterale e multilaterale i round di ritorsioni tariffarie non si sono arrestati al 2018. A maggio del 2019 la precedente tariffa americana del 10% su 200 miliardi in import dalla Cina è stata incrementata al 25% con la motivazione che la Cina era venuta meno agli accordi pattuiti nei precedenti negoziati. Similmente il 1 Giugno 2019 la Cina ha incrementato al 25% le tariffe del 18 settembre 2018.⁶ Col G20 di Osaka del 29 giugno si pensava che finalmente si fosse raggiunta una tregua tra Cina e Stati Uniti, non vi sarebbero dovuti essere ulteriori incrementi tariffari, e alla promessa americana di consentire a compagnie come la Huawei l'accesso all'export americano è corrisposta quella cinese di acquistare grandi quantità di prodotti agricoli e alimentari per alleviare il deficit nella bilancia commerciale americana.⁷

Tuttavia già ai primi di Agosto, dopo un declino improvviso del valore del Renminbi, la Cina è stata accusata di manipolare la propria valuta⁸ e non essendovi stato un reale incremento nell'acquisto di prodotti americani, gli Stati Uniti hanno ripreso un nuovo round di tariffe. La minaccia è di applicare tariffe del 10% sui rimanenti 300 miliardi in import dalla Cina anche se per ora dopo il 1 settembre 2019 tali tariffe si sono applicate solo su 112 miliardi di valore di import.⁹

⁶ BBC NEWS, *A quick guide to the US-China trade war*, Available at: <https://www.bbc.com/news/business-45899310> Visitato il 9 Settembre 2019

⁷ CNN BUSINESS, *Trump said he'd ease up on Huawei. Questions remain about what that means*, Available at: <https://edition.cnn.com/2019/07/03/tech/trump-huawei-restrictions/index.html> Visitato il 9 Settembre 2019

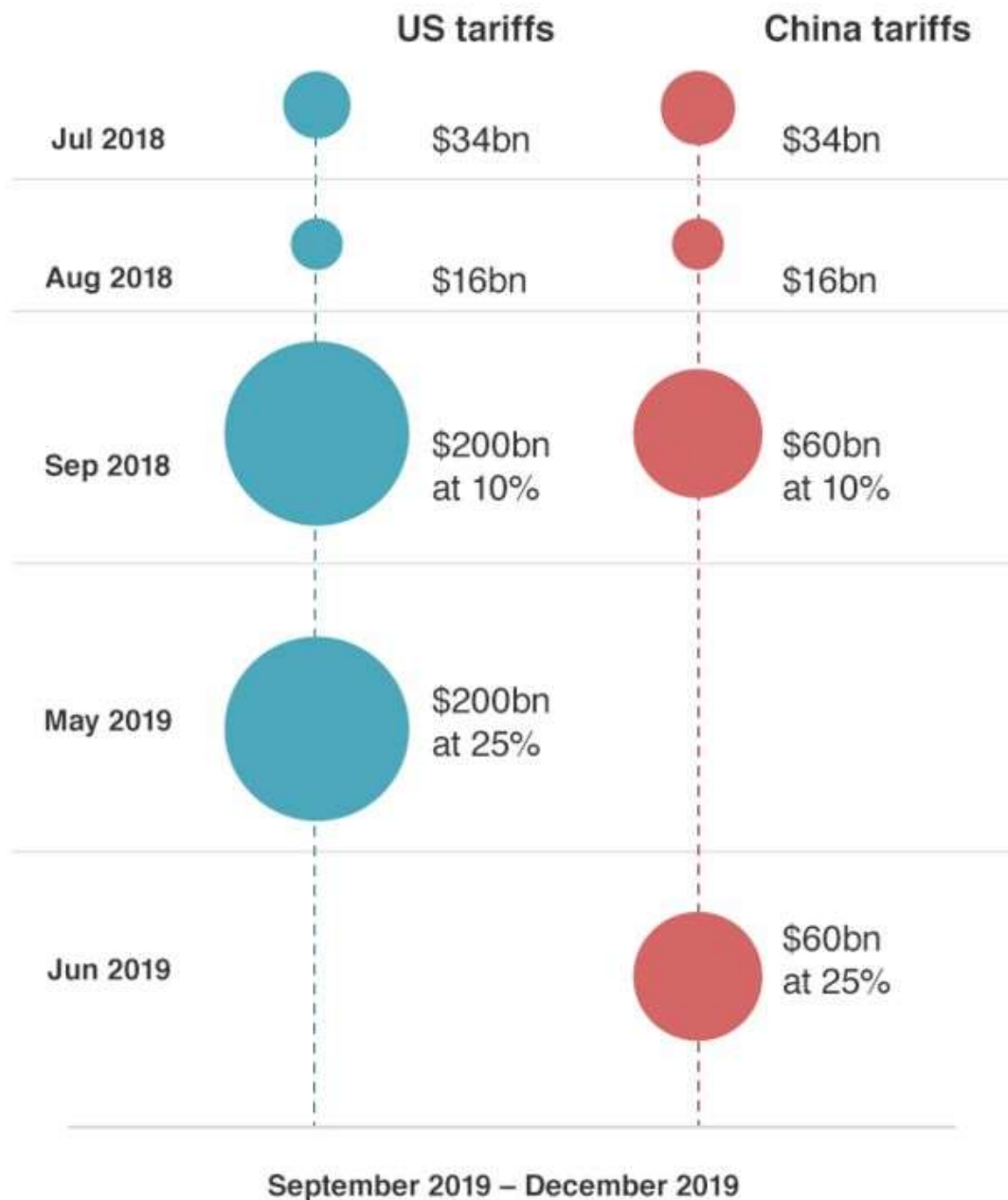
⁸ CNN BUSINESS, *Trump administration labels China a currency manipulator*, Available at: <https://edition.cnn.com/2019/08/05/business/china-currency-manipulator-donald-trump/index.html> Visitato il 9 Settembre 2019

⁹ BBC NEWS, *A quick guide to the US-China trade war*, Available at: <https://www.bbc.com/news/business-45899310> Visitato il 9 Settembre 2019

Quella che secondo Trump ad aprile del 2018 non poteva essere una guerra commerciale, perché gli Stati Uniti la guerra l'avevano già persa a causa dell'incompetenza di precedenti amministrazioni¹⁰, è ora chiaramente definibile come tale e non sembra accennare a un vero rallentamento.

¹⁰ THE GUARDIAN, *Trump plays down US-China trade war concerns: 'When you're \$500bn down you can't lose'*
Available at:
<https://www.theguardian.com/business/2018/apr/04/trump-china-trade-war-concerns-import-taxes-stock-market> Visitato il 9 Settembre 2019 :

How the US-China trade war has escalated



The US and China have threatened to impose new tariffs and increase existing ones.

Come accennato all'inizio, l'escalation tariffaria ha preso le mosse ai sensi della sezione 301 del Trade act del 1974, così come emendata dall'Omnibus Trade and competitiveness act del 1988. Questo strumento della legislazione americana sul commercio può essere considerato la controparte domestica statunitense delle procedure di consultazione e di risoluzione delle controversie all'interno del GATT. Esso infatti autorizza le autorità degli Stati Uniti a imporre restrizioni agli import così come azioni di ritorsione per implementare i diritti affermati dagli Stati Uniti contro pratiche commerciali estere ritenute "ingiustificabili, irragionevoli o discriminatorie" e capaci di danneggiare e limitare il commercio statunitense.¹¹

Si tratta di uno strumento commerciale che è stato universalmente condannato al di fuori degli Stati Uniti e che anche in ambito domestico ha dato vita a un aspro dibattito. La sezione 301 infatti fin dalla sua versione originale del 1974 garantiva al Rappresentante del Commercio statunitense (USTR) l'autorità discrezionale di intraprendere azioni di ritorsione unilaterali anche se una politica o una pratica commerciali non fossero state necessariamente in violazione dei diritti internazionali degli Stati Uniti, ma semplicemente ritenute dall'USTR irragionevoli, discriminatorie e quindi dannose per i loro interessi commerciali. Il termine "irragionevole" in particolare prevedeva quindi una portata che andava ben oltre le pratiche e politiche regolamentate dal GATT, portata che si è decisamente accresciuta a seguito di successivi emendamenti, soprattutto dopo l'Omnibus Trade and Competitiveness Act del 1988.¹²

Se quindi la sezione 301 originale si proponeva come uno strumento per riempire le falle nel codice legale del GATT con il suo emendamento venne data all'USTR discrezione pressoché illimitata nell'identificare misure irragionevoli; in tale categoria vennero incluse tutta una serie di pratiche e

¹¹HUGH P., BHAGWATI J. *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1990 p. 39

¹² Ibidem. p. 113

politiche che stavano assumendo un ruolo cruciale nei rapporti economici globali, barriere al commercio nei servizi, barriere a certi tipi di investimenti all'estero, protezione inadeguata dei diritti di proprietà intellettuale, export targeting, tolleranza sistematica di pratiche anticompetitive, e diniego dei diritti dei lavoratori.¹³

Quando il 25 Maggio 1989 gli Stati Uniti utilizzarono in maniera estensiva la nuova sezione 301 contro Giappone, India e Brasile ci si rese conto che la politica commerciale statunitense virava verso ciò che l'economista Jagdish Bhagwati ha definito "*Aggressive Unilateralism*".¹⁴

Di fronte all'emergere di Giappone e Germania come competitori internazionali gli Stati Uniti in preda alla sindrome del "gigante sminuito" si trovavano sotto la duplice morsa di un allarmante deficit commerciale e di una spiccata sopravvalutazione del dollaro. Il fallito tentativo di rimediare allo sbilancio commerciale con il riallineamento del dollaro a seguito dell'Accordo Plaza indusse l'amministrazione americana ad affrontare la crisi dispiegando una nuova politica commerciale. Anziché premere per ulteriori protezioni sulle importazioni come era avvenuto in passato il focus della politica commerciale statunitense si spostò sull'apertura dei mercati esteri e sull'eliminazione delle barriere al commercio negli altri paesi; una scelta questa motivata dal fatto che le industrie emergenti come quelle dei servizi, della proprietà intellettuale e dell'alta tecnologia in generale, su cui si stava concentrando l'evoluzione del vantaggio comparato statunitense, erano prevalentemente lanciate sull'esportazione e sugli investimenti all'estero. In quest'ottica la nuova sezione 301 con le relative misure di ritorsione funse per gli Stati Uniti da strumento per ottenere concessioni unilaterali in settori già regolati dal GATT e imporre nuove regole e discipline in settori decisivi per il rinnovamento della leadership economica statunitense che fino ad allora non erano stati protetti dalla legislazione GATT 1947.¹⁵

¹³ Ibidem p. 3

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Ibidem. pp. 4-12

Il ricorso alla sezione 301 non si presentò tuttavia come un’iniziativa a sé stante, in quegli stessi anni, precisamente nel 1986, erano state lanciate le negoziazioni dell’Uruguay round che avrebbero condotto alla nascita della WTO, gli Stati Uniti furono i primi a puntare per l’inclusione di nuove discipline su servizi, proprietà intellettuale e investimenti all’estero nei nascenti negoziati trovando una forte opposizione nei Paesi in via di sviluppo. In tale contesto il ricorso alla sezione 301 si pose così a giuntura nel passaggio dal GATT 1947 alla nascita della WTO nel 1994. Se da una parte le misure della sezione 301 andavano contro la normativa GATT del 1947 e ne minarono la credibilità dall’altra la minaccia del loro uso costituì una leva efficace per spingere i paesi più recalcitranti come India, Brasile ad abbracciare le più ragionevoli negoziazioni per l’inclusione degli accordi TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), TRIMS (*Agreement on Trade Related Investment Measures*) e GATS (*General Agreement on Trade in Services*) nel corso dell’Uruguay Round.¹⁶

Il successo poi dell’Uruguay round soprattutto in ambiti come il GATS, TRIPS e il nuovo sistema di risoluzione delle controversie DSB segnò il progressivo abbandono da parte degli Stati Uniti della politica di “*Aggressive Unilateralism*”.¹⁷

A distanza di trent’anni, il ritorno alle misure della sezione 301 da parte dell’amministrazione Trump, si inserisce in una rinnovata atmosfera di generale instabilità del sistema commerciale multilaterale. Lo scontro con la Cina è stato preceduto e accompagnato dalla fuoriuscita degli Stati Uniti da importanti accordi commerciali, in particolare il discusso accordo sugli investimenti TPP (Trans-pacific Partnership) e dalla rinegoziazione di altri

¹⁶ Ibidem p. 32 e p. 130

¹⁷ KWA A., LUNENBORG P., *US’ Section 301 Actions: Why They Are Illegitimate and Misguided* (September 4, 2018). p.12 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3280853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3280853>

come il NAFTA (North American Free Trade Agreement) e l'Accordo U.S.-Korea sul Libero Commercio.¹⁸

Le misure tariffarie sui beni cinesi non sono poi un unicum, in parallelo tutta una serie di altre tariffe è stata imposta ai partner commerciali degli Stati Uniti, spiccano in particolare quelle su acciaio(25%) e alluminio(10%) imposte a Giugno su partner vitali come Messico, Canada e Unione Europea che non hanno tardato a rispondere con ulteriori tariffe di ritorsione sui beni americani. Similmente agli anni ottanta gli Stati Uniti soffrono di un allarmante deficit commerciale, il grosso del quale si è venuto a creare con il suo maggiore concorrente internazionale, la Cina (ammontando nel 2018 a 415 miliardi di dollari).¹⁹ Questa con il nuovo piano “Made in China 2025” è intenzionata a superare gli Stati Uniti in quei settori di avanguardia tecnologica che hanno determinato fino a oggi la loro leadership economica globale.²⁰

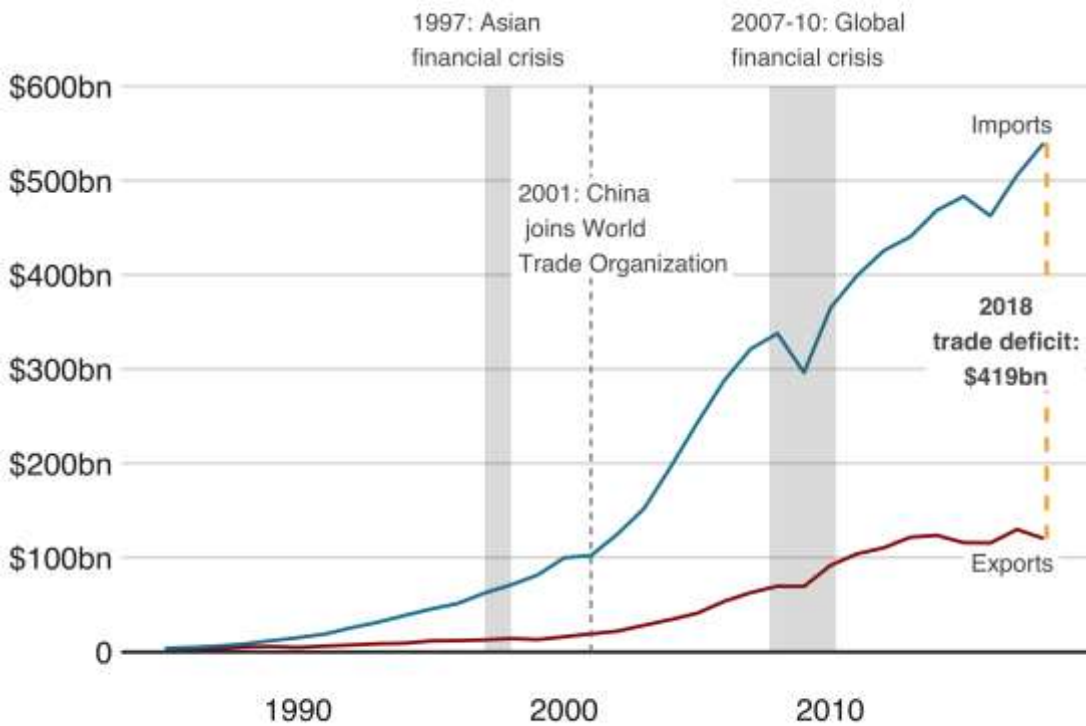
¹⁸ CHAD P., DOUGLAS A. *Trump's Assault on the Global Trading System And Why Decoupling From China Will Change Everything*. Foreign Affairs, Volume 98, n.5, September October 2019 Issue

¹⁹ BBC NEWS, *Trade War: US-China Trade battle in charts*, Available at: <https://www.bbc.com/news/business-48196495> Visitato il 9 Settembre 2019

²⁰ STATE COUNCIL OF PRC, *Made in China 2025 《中国制造 2025》*, 7 July 2015, Available at: <http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/>

US trade with China

US trade deficit with China has soared since 1985



Source: US Census

BBC

Gli Stati Uniti hanno chiaramente espresso le loro preoccupazioni riguardo alla situazione venutasi a creare con la Cina in un Memorandum rilasciato da Trump all'USTR il 14 agosto 2017 nel quale si legge inter alia:

“China has implemented laws, policies, and practices and has taken actions related to intellectual property, innovation, and technology that may encourage or require the transfer of American technology and intellectual property to enterprises in China or that may otherwise negatively affect American economic interests. These laws, policies, practices, and actions may inhibit United States exports, deprive United States citizens of fair

*remuneration for their innovations, divert American jobs to workers in China, contribute to our trade deficit with China, and otherwise undermine American manufacturing, services, and innovation”.*²¹

A seguito di questo Memorandum è stata indetta quindi il 18 agosto del 2017 un'investigazione in base all'articolo 301 del Trade Act per identificare le pratiche cinesi irragionevoli e discriminatorie per gli interessi commerciali degli Stati Uniti. A distanza di mezzo anno, il 23 maggio 2018, è stato pubblicato il report della commissione 301, un resoconto di circa 200 pagine che riassume i risultati delle investigazioni della commissione istituita ai sensi dell'articolo 301. Il focus dell'investigazione è stato il regime di trasferimento di tecnologia della Cina che favorendo secondo gli Stati Uniti il trasferimento forzato di tecnologia verso la Cina sarebbe una delle principali cause del deficit commerciale statunitense.²²

Nel report della commissione 301 sono stati individuati in tutto quattro tipi di pratiche e politiche cinesi che condurrebbero al trasferimento forzato di tecnologia, pratiche e politiche che concernono il trattamento degli investimenti diretti dall'estero verso la Cina, la protezione dei diritti di proprietà intellettuale, le sovvenzioni agli investimenti cinesi verso l'estero e il furto di informazioni commerciali riservate:

i. In primo luogo nel report si è sostenuto che la Cina intervenga nelle operazioni delle compagnie statunitensi che investono in Cina in modo da obbligare o esercitare pressione per il trasferimento di tecnologia e di proprietà intellettuale alle compagnie cinesi; si tratta di processi amministrativi di approvazione, requisiti per la formazione di joint venture, restrizioni sulle foreign equity e gare d'appalto viziati fra l'altro da una generale discrezionalità e mancanza di trasparenza.

²¹ TRUMP DONALD J. *Presidential Memorandum for the United States Trade Representative*. Issued on: August 14, 2017, Available at: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-united-states-trade-representative/>

²² KWA A., LUNENBORG P., *US' Section 301 Actions: Why They Are Illegitimate and Misguided* (September 4, 2018). p. 7 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3280853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3280853>

Si è parlato anche di tutta una serie di regole non scritte e vaghe, così come di regole locali che divergono da quelle nazionali le quali sono applicate in maniera selettiva e non trasparente dai funzionari cinesi sempre con l'obiettivo di spingere al trasferimento di tecnologia

ii. La Cina imporrebbe nei Regolamenti della Repubblica Popolare Cinese sull'amministrazione dell'import e dell'export di tecnologia (TIER) e nei Regolamenti cinesi sulle joint ventures (JV regulations) condizioni per la concessione di licenze discriminatorie per le compagnie straniere. A differenza di quanto accade nei contratti di licenza tecnologica tra compagnie cinesi, alle imprese straniere sarebbe infatti precluso di stabilire liberamente specifici termini di mercato nelle contrattazioni di licenze in ambito di import tecnologico vedendo così fortemente ristretto il controllo che possono esercitare sulle proprie tecnologie in Cina.

iii. La Cina avrebbe compiuto uno sforzo di ampio raggio e appositamente finanziato per dirigere e supportare investimenti sistematici in e acquisizioni di compagnie e asset statunitensi per ottenere tecnologia all'avanguardia e proprietà intellettuale in favore delle politiche industriali cinesi.

iv. La Cina infine sponsorizzerebbe la non autorizzata intrusione in network informatici commerciali degli Stati Uniti insieme al furto di proprietà intellettuale e informazioni commerciali sensibili.²³

Per quanto riguarda il primo, il terzo e il quarto punto del report così come alcuni elementi del secondo si entra nel merito di quelle pratiche che pur non essendo regolate dal GATT 1994 o in palese violazione di esso sono state giudicate con ampia libertà discrezionale dall'USTR come irragionevoli, discriminatorie e deleterie per le compagnie statunitensi. Al di là della specificità delle accuse statunitensi va poi considerato che il report si presenta come un attacco generale al sistema economico non di mercato della Cina e alle sue politiche industriali, con temi quali la mancanza di trasparenza, il ruolo

²³ USTR *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 10-11 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

delle imprese di stato e il rapporto ambiguo tra il governo e le imprese private che ricorrono lungo tutta la trattazione del report.²⁴ Al riguardo gli stati uniti hanno addirittura sostenuto in più sedi che la WTO non avrebbe gli strumenti per gestire un'economia come quella cinese.

L'11 Luglio del 2018 Dennis Shea, l'ambasciatore USA all'OMC ha affermato esplicitamente: *"It is clear that the WTO currently does not offer all of the tools necessary to remedy this situation. The WTO's dispute settlement mechanism is not designed to address a situation in which a WTO member has opted for state-led trade and investment policies that prevail over market forces and that pursues policies guided by mercantilism rather than global economic cooperation"*.²⁵

In risposta a chi invece sostiene che ci sia da puntare maggiormente sull'organo di risoluzione delle controversie (DSB) della WTO per affrontare le pratiche cinesi, si è affermato nel Report 2018 dell'USTR al Congresso degli USA sulla Conformità della Cina alla WTO che il meccanismo del DSB non è strutturato per affrontare un regime commerciale che va largamente in conflitto con i principi fondamentali del sistema WTO. Molte delle più dannose pratiche cinesi non sarebbero poi neppure direttamente regolate dalle norme della WTO. Si è fatto notare soprattutto che la Cina sta supportando proposte per dare maggiore potere all'Organo d'Appello, questo perché secondo l'USTR l'AB si è mostrato fino ad ora molto indulgente nei confronti del sistema non di mercato della Cina. Per risolvere le sfide che la questa pone all'economia mondiale sarebbe perciò naive fidare esclusivamente su un sistema come il DSB che proprio la Cina sta cercando di potenziare.²⁶

²⁴ Ibidem, p. 20

²⁵ U.S. Statement at the Trade Policy Review of the People's Republic of China, as delivered by Ambassador Dennis C. Shea on Behalf of the United States of America, July 11 2018, TPR Day One. Available at: <https://geneva.usmission.gov/2018/07/11/u-s-statement-at-the-trade-policy-review-of-the-peoples-republic-of-china/>

²⁶ USTR, 2018 Report to Congress On China's WTO Compliance, February 2019, pp. 20-25, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/2018-USTR-Report-to-Congress-on-China%27s-WTO-Compliance.pdf>

Il 31 Agosto del 2018 il presidente degli Stati Uniti Donald Trump si è spinto addirittura a minacciare di tirarsi fuori dalla WTO se questa non si da da fare, “*doesn't shape up*”, per rispondere in maniera adeguata alle sfide dell'economia cinese.²⁷ Ma se in questo caso assistiamo alle solite provocazioni rumorose che ormai caratterizzano l'operato di Trump, d'altra parte l'amministrazione statunitense sta già mettendo concretamente in crisi la WTO avendo bloccato in più istanze la nomina di nuovi giudici all'Organo d'Appello (AB), il quale rischia alla fine del 2019 di ritrovarsi senza personale.²⁸ Eppure, se, come ha affermato il direttore generale della WTO Roberto Azevedo, “*ci si assicura che le scosse date da Trump non abbattano l'albero con la loro violenza e che invece solo alcuni frutti cadano*”, le azioni di Trump potrebbero essere l'imput decisivo per un attesa riforma della WTO.²⁹

Eccheggiano le osservazioni di Robert Hudec che alla fine degli anni ottanta parlò di “disobbedienza giustificata” riferendosi a come la minaccia di ritorsioni bilaterali in base alla sezione 301 avesse sbloccato lo stallo agli inizi dell'Uruguay round e persuaso così i vari governi ad accettare nell'agenda di negoziazione nuove discipline su servizi, proprietà intellettuale, investimenti e altre sfere che fino ad allora non erano state ritenute pertinenti al commercio.

30

Seguendo questo orientamento la tesi si pone come obiettivo di analizzare l'assalto di Stati Uniti e UE al regime di trasferimento di tecnologia cinese per

²⁷ BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

²⁸ PAYOSOVA, T., HUFBAUER, G., SCHOTT, J., *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief 18-5 (March). Washington: Peterson Institute for International Economic, 2018.

²⁹ BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

³⁰ HUGH P., BHAGWATI J. *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1990 p. 132

capire poi come le problematiche sollevate in tale assalto possano contribuire a una eventuale futura riforma della WTO.

Nel fare questo la tesi prende le mosse da un'analisi delle misure intraprese in ambito WTO da Stati Uniti, Cina e UE a seguito della pubblicazione del report della Commissione 301 e dell'entrata in vigore delle conseguenti ritorsioni tariffarie che hanno avuto luogo tra Stati Uniti e Cina.

Verrà prima considerata la scarna Richiesta di Consultazione degli Stati Uniti con la Cina, (DS 542: *China- Certain measures concerning the protection of intellectual property rights*) osservando come gli Stati Uniti siano voluti andare sul sicuro affrontato solo quegli aspetti del regime di trasferimento tecnologico cinese chiaramente regolati dall'accordo TRIPS. Gli Stati Uniti si sono concentrati sulla violazione dell'articolo 3 del TRIPS sul principio del trattamento nazionale e dell'articolo 28 TRIPS sui diritti che spettano a un detentore di brevetto. Tali violazioni si riscontrerebbero in alcuni articoli dei Regolamenti sull'import export di tecnologia (TIER) e dei Regolamenti sull'implementazione della legge sulle Joint Venture (Joint ventures regulations) cinesi.³¹ Per approfondire le ragioni di queste accuse si sono analizzate le argomentazioni a loro supporto sviluppate nel secondo capitolo del report della sezione 301.³²

In secondo luogo si analizzerà la richiesta di consultazione dell'Unione Europea con la Cina del 1 Giugno 2018 (DS 549: *China-Certain measures on the transfer of technology*) che ha fatto da contrappunto alla Richiesta di consultazione statunitense. L'UE ha scelto di affrontare in maniera più diretta ed estensiva il tema del trasferimento forzato di tecnologia in Cina. Lo ha fatto citando più articoli del TRIPS che risulterebbero violati dalle misure cinesi (per esempio l'articolo 39 sulla protezione delle informazioni commerciali

³¹ WTO DS 542: *China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation*, March 23 2018, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

³² USTR *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 48-60 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

riservate) e attaccando pratiche e politiche cinesi che gli Stati Uniti hanno preferito trattare solo nel Report della Commissione 301. Nell'affrontare in maniera esplicita il tema del trasferimento di tecnologia l'UE è inoltre fuoriuscita dall'ambito TRIPS per ricorrere a strumenti come l'articolo X(3)a dell'accordo GATT sull'amministrazione delle misure commerciali e il Protocollo di accesso della Cina alla WTO.³³

Si vedrà come il Protocollo d'accesso, sul quale non esistono precedenti dispute alla WTO, sembri chiaramente violato dove impone alla Cina di non sottoporre l'ammissione di investimenti a particolari requisiti come il trasferimento di tecnologia. La violazione dell'articolo X(3) a, per quanto supportata da un abbondante giurisprudenza appare più difficile da sostenere. Proprio tale giurisprudenza, se da una parte potrebbe esonerare l'UE dal fornire prove pratiche delle violazioni cinesi, dall'altra sembra fino ad ora aver favorito la discrezionalità degli Stati sovrani nell'amministrare le loro misure commerciali.³⁴

La Richiesta di consultazione dell'UE si è distinta per un approccio decisamente più ottimista e costruttivo nei confronti del sistema commerciale multilaterale, tuttavia si deve riconoscere che smuove le acque su un tema come il trasferimento di tecnologia che fin dagli anni sessanta si è caratterizzato per un aspro dibattito tra paesi sviluppati e in via di sviluppo e a cui nell'accordo TRIPS è riservato un trattamento distinto. Per poter capire meglio le difficoltà su cui può incorrere l'UE nel portare avanti la sua disputa con la Cina ma anche per valutare meglio la scelta degli Stati Uniti di omettere nella loro richiesta di consultazione il tema del trasferimento di tecnologia facendone invece il fulcro di una manovra prettamente nazionale si è scelto di fare un excursus sul dibattito internazionale sul trasferimento di tecnologia e

³³ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

³⁴ WTO Analytical Index (2018)- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. Article X Jurisprudence. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

su come questo si sia riversato nella legislazione WTO, in particolare nell'accordo TRIPS.

La stessa definizione del termine tecnologia rimane ad oggi controversa, si discute in particolare se essa sia un patrimonio immateriale fatto di conoscenza tecnica, processuale e manageriale o se debba includere anche i prodotti che con tale conoscenza vengono creati.³⁵

Fin dagli anni cinquanta vi è stato un generale consenso sul fatto che il trasferimento di tecnologia sia essenziale per ridurre il divario economico tra paesi sviluppati e in via di sviluppo, ma i metodi per incentivare questo trasferimento transnazionale sono stati a loro volta oggetto di un'aspra divisione tra paesi sviluppati e in via di sviluppo.³⁶

Se i paesi tecnologicamente avanzati hanno premuto per l'utilizzo di strumenti di mercato, in particolare i diritti di proprietà intellettuale, enfatizzando il fatto che questi abbiano ricadute positive sul trasferimento di tecnologia, i paesi in via di sviluppo hanno ritenuto invece che sussistano tutta una serie di distorsioni nelle dinamiche di mercato per cui è necessario intervenire tramite misure e politiche nazionali per favorire il trasferimento di tecnologia. Per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale i paesi in via di sviluppo si sono mostrati alquanto scettici sui loro effetti positivi per il trasferimento di tecnologia, rimarcandone al contrario gli effetti anticompetitivi e come vadano a contrastare le misure nazionali dei paesi in via di sviluppo tese al trasferimento di tecnologia.³⁷

Riconoscendo che il trasferimento di tecnologia non poteva essere affrontato solo con manovre a livello domestico i paesi in via di sviluppo hanno cercato poi negli anni ottanta di lanciare delle negoziazioni per la creazione di un

³⁵ HAUG D. M. *The International Transfer Of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience*, Harvard journal of international law, Volume 5, Spring Issue, 1992. pp. 210-211

³⁶ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012.

³⁷ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017. pp. 12-13

regime legale internazionale sul trasferimento di tecnologia il quale potesse sciogliere alcuni nodi del dibattito che si era venuto a creare. Quello che doveva essere un codice internazionale sul trasferimento di tecnologia, Draft TOT Code, non venne mai adottato perché non si riuscì a superare la netta divisione nord-sud per quanto riguarda la concettualizzazione del trasferimento di tecnologia e la categorizzazione delle misure adeguate per incentivarlo a livello internazionale. I punti chiave del dibattito attorno alla creazione del Draft TOT Code sono però rimasti quelli con cui ha dovuto confrontarsi qualsiasi negoziazione internazionale che toccasse il tema del trasferimento di tecnologia.³⁸

Questo riverberarsi del dibattito sul Draft TOT Code risulta evidente nell'accordo TRIPS (Trade related aspects of intellectual property rights) del 1994, soprattutto negli articoli 7 e 8 che definiscono rispettivamente gli obiettivi e i principi dell'accordo. L'articolo 7 nell'affermare che i diritti di proprietà intellettuale non sono fini a se stessi ma devono contribuire al benessere e allo sviluppo dei membri, incluso il trasferimento e la disseminazione di tecnologia, ripropone le argomentazioni pro IPR dei paesi sviluppati. L'articolo 8 si presenta invece come una concessione alle argomentazioni dei paesi in via di sviluppo. L'articolo 8.1 permette infatti ai Membri WTO di adottare le necessarie misure per "promuovere il pubblico interesse in settori di vitale importanza per il loro sviluppo tecnologico e socio economico", mentre l'articolo 8.2 offre ai Membri la discrezione di adottare adeguate misure per prevenire il ricorso a pratiche che influiscono negativamente sul trasferimento di tecnologia internazionale.³⁹ L'accordo TRIPS ha sviluppato inoltre un valido quadro normativo su alcune tipiche misure nazionali per l'incentivazione del trasferimento di tecnologia che

³⁸ HAUG D. M. *The International Transfer Of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience*, Harvard journal of international law, Volume 5, Spring Issue, 1992. pp. 24-28

³⁹ WTO Analytical Index (2018), *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Article 7 and 8*, Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

riguardano i diritti di proprietà intellettuale. Questo quadro è riscontrabile negli articoli dal 27 al 29 sui brevetti e la concessione di licenze, nell'articolo 39 sulla protezione dei segreti commerciali e ancora nell'articolo 8 come anche nell'articolo 40 sulle misure contro le pratiche anticompetitive legate agli IPR.⁴⁰

Ma oltre alle misure disciplinabili dall'accordo TRIPS, si vedrà come gli incentivi nazionali al trasferimento di tecnologia coinvolgano numerose altre pratiche su cui la legislazione WTO è carente o persino nulla.

È il caso di politiche governative come misure per la promozione degli investimenti diretti all'estero (FDI), restrizioni e screening degli FDI, requisiti di prestazione e incentivi agli investimenti. Sulle restrizioni e screening degli FDI per esempio esistono alcuni limiti massimi nell'accordo GATS che i membri WTO si sono impegnati a rispettare, ma a parte l'ambito dei servizi, gli investimenti all'estero in campo agricolo, delle risorse naturali o manifatturiero non godono di alcuna regolamentazione.⁴¹

Alcuni tipi di requisiti di prestazione sarebbero invece regolati a livello multilaterale dall'accordo TRIMS (trade related investment measures) il quale tuttavia si limita a regolare quelle misure legate agli investimenti che violano il trattamento nazionale e obblighi sulle restrizioni quantitative o sull'uso di risorse domestiche. L'accordo TRIMS inoltre non considera gli appalti pubblici, lasciando ai governi piena discrezione al riguardo, e si applica solo al commercio di prodotti senza che nel GATS o nel TRIPS vi siano discipline comparabili sui requisiti di prestazione. Nel concentrarsi sulle misure che favoriscono i nazionali di un paese a discapito dei commercianti stranieri l'accordo TRIMS infine non raggiunge pratiche che incentivando o richiedendo l'uso di tecnologia straniera per favorire il trasferimento di tecnologia, si

⁴⁰ MASKUS, K., REICHMAN, J. *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. doi:10.1017/CBO9780511494529 pp. 228-256

⁴¹ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017. p. 39

muovono nella direzione opposta. Diversi requisiti di prestazione legati al trasferimento di tecnologia come obblighi di trasferire tecnologia proprietaria, impiantare centri di Ricerca e Sviluppo o garantire un addestramento del personale risultano quindi pienamente ignorati dall'accordo TRIMS.⁴²

L'analisi dei punti forti così come i limiti della legislazione WTO in relazione al trasferimento di tecnologia è stata quindi applicata per interpretare le scelte di Stati Uniti e Unione Europea nell'affrontare i vari aspetti del regime di trasferimento di tecnologia della Cina.

Sulle misure legate ai diritti di proprietà intellettuale formulate nelle TIER e nei regolamenti cinesi sulle Joint Ventures si è assistito al convergere delle accuse dell'UE e degli USA. A riprova della solidità dell'accordo TRIPS in quest'ambito entrambi i paesi hanno sostenuto nelle rispettive richieste di consultazione con la Cina che le misure cinesi violassero il principio del trattamento nazionale dell'articolo 3 del TRIPS e l'articolo 29 sui diritti che spettano a un detentore di brevetto. Ma già in relazione all'accordo TRIPS si sono presentate delle divergenze, rimane dubbio infatti perché gli Stati Uniti non abbiano fatto riferimento all'articolo 39 per affrontare la mancata protezione cinese dei segreti commerciali dedicandovi invece diversi focus nel report della Commissione 301.⁴³ Sempre nel report gli Stati Uniti hanno poi fatto una breve menzione al fatto che in Cina non vi sia un'adeguata implementazione dei diritti di proprietà intellettuale, un tema su cui in una precedente disputa con la Cina alla WTO gli Stati Uniti hanno faticato a supportare le proprie argomentazioni.⁴⁴

⁴² KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017. p.48.

⁴³ BACCHUS J. LESTER S., HUAN Z., *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, November 15, 2018. Available at: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/disciplining-chinas-trade-practices-wto-how-wto-complaints-can-help>

⁴⁴ WTO DS 362: *China, Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. Panel Report*, January 26 2009, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm

Per quanto riguarda invece le misure cinesi sugli investimenti diretti dall'estero le scelte di Unione Europea e Stati Uniti divergono nettamente. Le politiche cinesi sotto questo punto di vista si caratterizzano per un restrittivo regime di approvazione e screening degli FDI e l'imposizione di specifici requisiti di prestazione per l'ammissione degli investimenti, quali l'apporto di tecnologia d'avanguardia, la conduzione di R&D in loco e il contribuire allo sviluppo economico della Cina in settori chiave.⁴⁵ Considerando, come si è visto prima che l'accordo GATS non tratta investimenti in ambito tecnologico e che l'Accordo TRIMS non disciplina i requisiti di prestazione che caratterizzano le politiche cinesi, gli Stati Uniti hanno affrontato questo lato del regime cinese sul trasferimento tecnologico esclusivamente nel primo capitolo del Report 301. Il loro attacco si è sviluppato attorno alla funzionale restrittività del Catalogo degli Investimenti della Cina e alla discrezionalità dei processi amministrativi cinesi di approvazione degli investimenti, focalizzandosi su settori come l'industria automobilistica, quella dei veicoli a nuova energia NEV e l'aeronautica la cui regolamentazione sarebbe tesa a supportare le politiche industriali e di sviluppo del governo cinese.⁴⁶

L'Unione Europea al contrario, nell'affrontare il regime cinese sugli investimenti tecnologici dall'estero, è riuscita a mantenersi nell'ambito della legislazione WTO facendo riferimento al testo che ha permesso l'entrata della Cina nella WTO. Nel Protocollo di accesso della Cina alla WTO la Cina si era infatti impegnata ad alcuni obblighi supplementari rispetto a quelli degli altri membri della WTO. In base al paragrafo 7.3 e 1.2 della prima parte del protocollo la Cina si era impegnata, oltre alla conformità agli accordi TRIPS e TRIMS, a non vincolare l'approvazione da parte di autorità cinesi del diritto di investimento a requisiti di prestazione come il trasferimento di tecnologia e lo

⁴⁵ WTO, *Trade Policy Review: China*, 2018, pp. 36-43 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp475_e.htm

⁴⁶ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 19-48 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

svolgimento di Ricerca e Sviluppo in Cina. Secondo l'Unione Europea i Regolamenti cinesi sui veicoli a nuova energia (NEV) per esempio violerebbero gli impegni presi in base al protocollo di accesso imponendo requisiti di prestazione sui produttori di auto stranieri in quanto condizioni per accedere e operare nel mercato cinese (NEV); si tratta in primo luogo di requisiti di trasferimento di tecnologia come l'obbligo di capire e padroneggiare tecnologia di alto livello, di possedere specifici strumenti, equipaggiamenti, software, impianti, capacità produttiva e ulteriori capacità. Altri requisiti includono la localizzazione di grossa parte di produzione, operazioni e attività di Ricerca e Sviluppo in Cina.⁴⁷

Un ultimo aspetto del regime sugli investimenti cinese che non è stato attaccato in nessuna richiesta di consultazione, e che invece costituisce uno dei principali capitoli del report della commissione 301, sono le sovvenzioni del governo cinese nei confronti degli investimenti cinesi verso l'estero in settori chiave per le politiche industriali e di sviluppo della Cina. Su tale questione convogliano i temi ricorrenti dell'attacco americano nei confronti del Sistema economico cinese non di mercato e delle sue politiche industriali così come elaborate nei piani "Made in China 2025", "One Belt One Road" e "Going Out". Si tratta di temi quali la mancanza di trasparenza, l'abbondanza di pratiche informali e le divergenze nei diversi contesti locali che si combinano poi nel complesso rapporto tra il settore privato e il Governo della Cina.⁴⁸ In merito la definizione normativa di ciò che costituisce un "organo pubblico" sembra essere secondo gli Stati Uniti una priorità per poter affrontare legalmente l'influenza del Governo Cinese nel settore privato. Una definizione esaustiva di questo genere ad ora non esiste e le risoluzioni del Panel e

⁴⁷ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, Revision, December 20 2018, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

⁴⁸ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018. pp. 62-150 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

dell'Organo d'appello al riguardo non hanno per nulla soddisfatto gli Stati Uniti.⁴⁹

Dall'analisi comparata degli approcci di Stati Uniti e Unione Europea si è confermato che molte pratiche sul trasferimento di tecnologia non sono toccate in maniera esaustiva o non vengono minimamente sfiorate dagli accordi GATT 1994 e anche se l'UE è riuscita ad affrontare alcune di queste pratiche in ambito WTO, ciò ha richiesto il riferimento a norme che si applicano specificatamente alla Cina, conferma del fatto che manca una normativa uniformemente applicabile a tutti i membri per disciplinare le pratiche relazionate al trasferimento di tecnologia.

Considerate queste comprensibili imperfezioni del sistema WTO il ricorso ad un “*Aggressive Unilateralism*” può essere valutato in relazione al sopracitato concetto di “*justified disobedience*”, come strumento di pressione per accettare eventuali negoziazioni di una futura riforma della WTO, di modo che si possa sviluppare una normativa più esaustiva su quei mercati maggiormente influenzati dal trasferimento di tecnologia, dove gli Stati Uniti rischiano di perdere il loro vantaggio comparato in favore della Cina.⁵⁰ E le proposte di riforma non hanno infatti tardato a presentarsi dopo la pubblicazione del report della commissione 301 e in parallelo con l'entrata in vigore degli implementazioni tariffarie; in esse emergono in maniera esplicita le problematiche sollevate dall'assalto di Stati Uniti e Unione Europea al regime di trasferimento di tecnologia della Cina.⁵¹

L'ultimo capitolo della tesi sarà quindi dedicato all'analisi delle più recenti proposte di riforma della WTO come quelle elaborate da Stati Uniti, Giappone e Unione Europea in diversi meeting trilaterali a partire da Maggio del 2018,

⁴⁹ WTO DS 379: *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China. Report of the Appellate Body*, March 11 2011, Available at: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm

⁵⁰ HUGH P., BHAGWATI J. *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1990 p. 132

⁵¹ BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

la proposta presentata dell'UE a Dicembre del 2018 e quella presentata dalla Cina a Maggio di quest'anno. Si cercherà in particolare di rintracciare in queste proposte le correlazioni con i temi più controversi sollevati nel report della commissione 301 e nelle varie richieste di consultazione ad esso collegate.

Si vedrà come le iniziative trilaterali di USA, UE e Giappone spingano per un ritorno della WTO al suo spirito originario di foro negoziativo, spirito che dopo lo stallo del Doha round è venuto sempre meno negli ultimi anni. Secondo le tre parti è essenziale lanciare nuove negoziazioni su temi come le politiche industriali, il ruolo delle imprese di stato e le pratiche distorsive tipiche delle economie non di mercato. In quest'ottica si è affermata per esempio la necessità di sviluppare sia dentro che fuori dall'ambito WTO strumenti adeguati per affrontare le varie pratiche relazionate al trasferimento forzato di tecnologia, le medesime prese in considerazione nel report della commissione 301: restrizioni agli investimenti, processi amministrativi e di revisione, requisiti di prestazione, mancata implementazione dei diritti di proprietà intellettuale, furto di segreti commerciali e investimenti sistematici in settori chiave.⁵²

Se quindi la partnership trilaterale è rimasta aperta a soluzioni alternative alla sola riforma della WTO, si osserverà come poi l'aggravarsi dell'escalation tariffaria e la minaccia di Trump di tirarsi fuori dalla WTO abbiano spinto l'UE a sviluppare una sua iniziativa di riforma autonoma incentrata esclusivamente sulla WTO. In essa da una parte si è mantenuto il focus sulle questioni toccate nei meeting trilaterali ma dall'altra l'UE ha puntato soprattutto per una riforma dell'AB in modo da sbloccare l'attuale impasse nella nomina di nuovi giudici causata dagli Stati Uniti.

La proposta della Cina sembrerebbe invece tesa a conservare e consolidare lo status quo che è venuto a crearsi nella WTO e a partire da esso puntare per

⁵² USTR, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan*. Paris, May 23, 2019. Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/joint-statement-trilateral-meeting>

un'implementazione del ruolo dell'organizzazione a livello globale. Per fare questo anche secondo la Cina è necessario in primo luogo sbloccare l'impasse nella nomina di nuovi giudici all'Organo d'Appello ma soprattutto bisogna creare strumenti efficaci per scoraggiare i Membri dal ricorrere a misure unilaterali come quelle intraprese dagli Stati Uniti ai sensi della sezione 301. Numerose sono poi le problematiche che secondo la Cina è necessario affrontare per rafforzare il ruolo dell'organizzazione nella governance globale; fra queste spicca la promozione di discussioni multilaterali per gli investimenti internazionali. Un altro importante focus della proposta di riforma cinese è stato quello del rafforzamento dell'inclusività dell'organizzazione. Si può dire che in questo caso la Cina si è fatta paladina delle disposizioni sul trattamento speciale e differenziato per i membri in via di sviluppo(S&D) seguendo un approccio che si rifà in particolare ai tentativi falliti di far valere i loro interessi nelle negoziazioni del Doha round.⁵³

⁵³ WTO, *China proposal on WTO reform*, May 13 2019. Available at: <http://images.mofcom.gov.cn/sms/201905/20190514094326217.pdf>

CAPITOLO I

RICHIESTE DI CONSULTAZIONE ALL'OMBRA DELL'ESCALATION TARIFFARIA

Sommario:

*Sezione I. UNA SCARNA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE STATUNITENSE
DS 542: Cina - Certe misure riguardanti i diritti di proprietà intellettuale*

- 1.1 L'articolo 24 delle TIER: Condizioni di indennizzo nei contratti di trasferimento di tecnologia in Cina
- 1.2 Gli articoli 27 e 29 delle TIER: Diritti sui miglioramenti apportati alla tecnologia concessa in licenza
- 1.3 L'articolo 43 delle JV Regulations: L'utilizzo continuato della tecnologia dopo la scadenza del contratto di licenza
- 1.4 La superiorità delle TIER e delle JV Regulations sulla Legge della PRC sui contratti

Sezione II. L'UNIONE EUROPEA SI ASSOCIA AGLI STATI UNITI

DS 549 Cina - Certe misure riguardanti il trasferimento di tecnologia

- 2.1 La menzione diretta del trasferimento forzato di tecnologia in relazione all'articolo X 3 (a) del GATT e al Paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso alla WTO
- 2.2 La giurisprudenza sull'articolo X 3 (a) del GATT 1994
- 2.3 La valutazione dell'irragionevolezza e dell'imparzialità di una misura commerciale in relazione al potenziale rischio di fuga di informazioni commerciali riservate.

SEZIONE I

LA SCARNA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE STATUNITENSE DS 542: Cina - Certe misure riguardanti i diritti di proprietà intellettuale

Il 23 marzo di quest'anno gli Stati Uniti hanno presentato all'Organo di risoluzione delle controversie della WTO una richiesta di consultazione con la Cina inerente presunte violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. ⁵⁴Lo stesso giorno è stato pubblicato il Report della Commissione 301 in conseguenza del quale gli Stati Uniti hanno poi applicato a Giugno, senza aspettare ulteriori sviluppi della disputa al DSB, incrementi tariffari sui prodotti cinesi decisamente non conformi al diritto WTO.⁵⁵

Se il Report della Commissione si è presentato come un'esteso e dettagliato attacco al regime cinese sul trasferimento di tecnologia nella richiesta di consultazione DS 542 gli Stati Uniti si sono per lo più limitati a riproporre le argomentazioni del capitolo terzo del Report sulle restrizioni discriminatorie alla concessione di licenze tecnologiche in Cina. Nel reclamo statunitense alla WTO nessun accenno diretto è poi riscontrabile al tema del trasferimento forzato di tecnologia che invece costituisce il leitmotif del report e la ragione più esplicita delle ritorsioni tariffarie contro la Cina. ⁵⁶

Nella richiesta di consultazione DS 542 la Cina è stata accusata di negare ai detentori stranieri di un brevetto la possibilità di far valere i propri diritti di brevetto contro la parte cinese di una joint ventures dopo che il contratto di trasferimento tecnologico è concluso. La Cina inoltre imporrebbe termini di contratto meno favorevoli e discriminatori per le importazioni di tecnologia e

⁵⁴ WTO, DS 542: China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation, 23 March 2018, p.1 Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

⁵⁵ USTR Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation – March 22, 2018 Available at:

<https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

⁵⁶ Ibidem. Chapter III, China's Discriminatory Licencing Restrictions pp. 48-60

priverebbe i detentori stranieri di diritti di proprietà intellettuale della possibilità di proteggere questi diritti in Cina così come di negoziare liberamente su termini di mercato i contratti di licenza e in generale legati alla tecnologia. Facendo questo la Cina avrebbe quindi violato gli articoli 3 e 28 dell'accordo TRIPS, da soli o in congiunzione.⁵⁷

L'articolo 3 del trips è la traslazione nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale dell'articolo 3 del GATT 1994 e concerne uno dei principi cardinali del diritto commerciale internazionale, quello del trattamento nazionale. Sancisce che ogni membro dell'accordo trips deve garantire ai cittadini di qualsiasi altro membro un trattamento non meno favorevole di quello accordato ai propri cittadini riguardo alla protezione dei diritti di proprietà intellettuale. L'articolo 28 invece esplicita i diritti che vengono conferiti a livello internazionale a un detentore di brevetto garantendo che nessun altro faccia uso del brevetto senza il suo consenso.⁵⁸

Nello specifico gli Stati Uniti sostengono che i Regolamenti *della Repubblica Popolare Cinese sull'amministrazione dell'import-export di tecnologia* (TIER) operando autonomamente o insieme ad altri strumenti legali risulta incoerente con l'articolo 3 del trips da solo o in congiunzione con l'articolo 28.2 in quanto gli articoli 24, 27 e 29.3 delle TIER accordano un trattamento meno favorevole ai detentori stranieri di diritti di proprietà intellettuale.

L'articolo 24 dei Regolamenti richiede che i licenzianti di un contratto di tecnologia importata indennizzino i licenziatari da ogni responsabilità per violazioni risultanti dall'uso della tecnologia trasferite. L'articolo 27 richiede invece che ogni miglioramento introdotto alla tecnologia importata appartenga alla parte che ha realizzato il miglioramento mentre l'articolo 29 (3) proibisce a un contratto di licenza di tecnologia importata di impedire alla parte cinese

57 WTO 2018. China — Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation, March 23 p.1 Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

58 WTO Analytical Index (2018) Available at:

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

di introdurre dei miglioramenti nella tecnologia importata e di utilizzare la tecnologia così potenziata.⁵⁹

Si è sostenuto anche che i Regolamenti per l'implementazione delle leggi della Repubblica Popolare Cinese sulle joint ventures a capitale sino-estero (*Joint Venture regulations*) siano incoerenti con l'articolo 3 del TRIPS da solo o in congiunzione con l'articolo 28.1 e 28.2 del TRIPS. L'articolo 43 dei suddetti Regolamenti accorderebbe un trattamento meno favorevole ai detentori di proprietà intellettuale stranieri e negherebbe loro gli specifici diritti sanciti nell'articolo 28 del TRIPS quando nella sua comma 4 presta alla parte cinese di una joint venture il diritto di continuare a usare la tecnologia trasferita sotto un contratto di trasferimento tecnologico dopo la scadenza del contratto. ⁶⁰Il testo della richiesta di consultazione statunitense non offre ulteriori chiarimenti a supporto delle accuse sollevate ma nel terzo capitolo del Report della commissione 301 è possibile analizzare una trattazione più estesa delle argomentazioni statunitensi.

1.1 L'articolo 24 delle TIER: Condizioni di indennizzo nei contratti di trasferimento di tecnologia in Cina.

Per quanto riguarda l'articolo 24 delle TIER, gli Stati Uniti nel report della commissione 301 lo hanno categorizzato come una condizione di indennizzo che impone che ogni rischio di indennizzo debba essere assunto dal trasferitore di tecnologia straniero. Si è fatto notare che le parti non possono negoziare l'allocazione dei rischi anche se il cessionario voglia assumersi tali rischi per una varietà di ragioni. Ne deriverebbe in maniera più specifica che il licenziante è responsabile per ogni reclamo di violazione di diritti legali di una terza parte sollevati contro il licenziatario a seguito dell'uso della tecnologia

59 WTO DS 542: China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation, 23 March 2018, p. 2, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

60 Ibidem.

concessa in licenza o trasferita. Nell'attaccare questo requisito gli Stati Uniti si sono fatti portavoce degli interessi delle piccole firme statunitensi interessate a concedere tecnologia in licenza ma prive dell'esperienza o delle risorse necessarie per affrontare o coprire i rischi di un contenzioso con terzi.⁶¹

Ciò che più è stato importante per gli Stati Uniti evidenziare è il fatto che l'articolo 24 delle TIER risulta in palese violazione con il principio del trattamento nazionale in quanto l'obbligo di indennizzo in esso enunciato non è riscontrabile nella corrispettiva normativa cinese sul trasferimento di tecnologia all'interno dei confini nazionali. L'articolo 353 della Legge della Repubblica Popolare Cinese sui contratti concede infatti alle parti che si trovano a negoziare per il trasferimento di tecnologie domestiche all'interno della Cina flessibilità nel determinare gli obiettivi della responsabilità del licenziante per l'indennizzo. Più in dettaglio stabilisce che quando lo sfruttamento di un brevetto o l'utilizzo delle conoscenze tecniche da parte del cessionario così come contrattate violino i diritti legittimi e gli interessi di altri, la responsabilità conseguente debba essere assunta dal trasferitore, a meno che le parti non stipulino altrimenti.⁶²

Quest'ultima eccezione nell'articolo 353 che permette alle parti in un accordo di trasferimento di tecnologia domestica di negoziare questioni pertinenti la responsabilità viene a mancare nell'articolo 24 delle TIER, il quale pur non dichiarandolo espressamente, non permette alle parti di contrattare riguardo alle responsabilità per reclami di violazione, similmente nessun altro articolo delle TIER permetterebbe alle parti di accordarsi sulle condizioni di responsabilità.

⁶¹ USTR Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation – 22 March 2018, p.50 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

⁶² Ibidem. p.52

1.2 Gli articoli 27 e 29.3 delle TIER

Diritti sui miglioramenti apportati alla tecnologia in licenza

Per quanto riguarda invece gli articoli 27 e 29.3 si entra nel merito dei diritti sui miglioramenti apportati alla tecnologia concessa in licenza. L'attacco all'articolo 29.3 assume nel report della commissione un carattere decisamente protezionista. Secondo gli Stati Uniti nel proibire nei contratti di trasferimento di tecnologia importata la presenza di clausole che impediscano alla parte ricevente di migliorare la tecnologia ricevuta dalla parte fornitrice o impediscano alla parte ricevente di utilizzare la tecnologia così migliorata, l'articolo 29 permetterebbe ai licenziatari cinesi di agire da freerider sui costi di Ricerca e Sviluppo assunti dai licenziatari di tecnologia statunitensi in ogni accordo di di trasferimento di tecnologia importata. Nell'argomentare questa accusa di free riding gli Stati Uniti hanno sottolineato il fatto che le tecnologie trasferite su cui ai licenziatari cinesi è permesso apportare dei miglioramenti spesso possono includere informazioni di alto valore protette non solo da Leggi sui brevetti ma anche dalla protezione sui segreti commerciali risultanti da sforzi di Ricerca e Sviluppo condotti e pagati dai licenzianti statunitensi.⁶³

Impedendo solo di proibire l'apporto di miglioramenti l'articolo 29 d'altra parte non fornirebbe alcuno strumento per negoziare le metodologie attraverso le quali la sua tecnologia verrà migliorata o come i diritti su tale tecnologia così migliorata verranno conferiti al licenziatario cinese.⁶⁴

Per quanto concerne l'articolo 27 si è seguita invece una linea di ragionamento simile a quella seguita per le accuse sull'articolo 24.

Così come per la questione dell'indennizzo anche in tema di diritti di proprietà sui miglioramenti tecnologici viene sottolineato come le TIER neghino la libertà di negoziare i termini di un contratto di import di tecnologia tra le parti. Le restrizioni sulla proprietà dei miglioramenti non possono essere contrattualmente evitate dalle parti nel contratto di import di tecnologia perché i diritti su qualsiasi miglioramento devono essere conferiti (*shall be*

⁶³ Ibidem. p.52

⁶⁴ Ibidem. p.53

vested) alla parte che ha realizzato il miglioramento. Secondo gli Stati Uniti l'utilizzo del linguaggio "*shall be vested*" nell'articolo 27 delle TIER nega alle parti in un contratto di import di tecnologia di negoziare condizioni alternative.⁶⁵ Va comunque riconosciuto che non viene enunciata una esplicita proibizione per il licenziante di negoziare i diritti di proprietà sui miglioramenti con il licenziatario.

Anche in questo caso gli Stati Uniti hanno poi preso in considerazione l'incoerenza dell'articolo 27 delle TIER con il principio del trattamento nazionale facendo riferimento all'articolo 354 della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese. Per contrasto con l'articolo 27, secondo l'articolo 354 le compagnie domestiche cinesi dispongono di flessibilità nel determinare come qualsiasi beneficio, licenza o diritto di proprietà derivante da miglioramenti apportati alla tecnologia debbano essere distribuiti tra le parti coinvolte in un contratto di trasferimento di tecnologia. L'articolo 354 dispone infatti che "le parti in un contratto di trasferimento di tecnologia possono, in conformità con il principio del mutuo beneficio stipulare il metodo per distribuire qualsiasi risultato di un miglioramento tecnologico ottenuto a seguito dello sfruttamento del brevetto o dell'utilizzazione delle conoscenze tecniche".⁶⁶

Quindi a differenza delle restrizioni imposte ai licenzianti di tecnologia importata statunitense, la parte licenziante in un accordo di trasferimento di tecnologia domestico può negoziare liberamente i termini per distribuire i benefici su qualsiasi miglioramento a un brevetto concesso in licenza o a un segreto commerciale. La legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese dispone inoltre per una posizione di default per le parti in un accordo di trasferimento di tecnologia domestico tale che nel caso le parti falliscano nell'accordarsi su come determinare la proprietà su qualsiasi miglioramento, o se il linguaggio contrattuale riguardante i miglioramenti sia vago, allora la posizione di default è che nessuna delle due parti detenga la proprietà su

⁶⁵ Ibidem. p.53

⁶⁶ Ibidem. p.53

qualsiasi miglioramento fatto dall'altra parte. Questo tipo di disposizione di default prevede solamente una posizione di supporto non obbligatoria per i contratti di trasferimento di tecnologia così come una posizione a partire dalla quale negoziare tali contratti, un tipo di flessibilità che rimane accessibile solo alle compagnie che trasferiscono tecnologia a livello domestico.⁶⁷

1.3 La superiorità delle TIER e sulla Legge della PRC sui contratti

Si è osservato in merito all'incoerenza degli articoli 24 e 27 delle TIER con gli articoli 353 e 354 della Legge della RPC sui contratti (*PRC Contract Law*) che un eventuale superiorità di quest'ultima sulle prime potrebbe confutare le accuse statunitensi di violazione del trattamento nazionale.

Gli Stati Uniti hanno però dimostrato a ulteriore sostegno delle proprie argomentazioni che sussiste invece la situazione opposta.

Se anche la *PRC Contract Law* concede strumenti comparativamente flessibili ed elastici attraverso i quali le parti possono in base al principio del mutuo beneficio contrattare la proprietà sui miglioramenti, tuttavia tale flessibilità non può essere pienamente goduta dalle parti straniere perché gli articoli contrastanti delle TIER e dei regolamenti sulle Joint ventures hanno il sopravvento sulla *PRC Contract Law*. L'articolo 123 della *PRC Contract Law* prevede infatti che questa non varrà in base alle legge cinese "quando altre leggi stipuleranno altrimenti riguardo ai contratti". Inoltre il capitolo 18 della *PRC Contract Law*, che copre i contratti di tecnologia, indirizza in maniera specifica l'applicabilità di altre leggi e regolamenti amministrativi nell'articolo 355, stipulando che quando leggi e regolamenti amministrativi determinano altrimenti sui contratti di import-export di tecnologia o sui contratti per i brevetti e l'applicazione dei brevetti dovranno valere le rilevanti disposizioni ivi enunciate.⁶⁸

⁶⁷ Ibidem. p.53

⁶⁸ Ibidem.

1.4 L'articolo 43 dei Regolamenti sulle Joint ventures: L'uso continuato della tecnologia dopo la scadenza del contratto tecnologico

Nel prendere in considerazione la normativa cinese sulle joint ventures il report della commissione si è focalizzato sulla durata del contratto di trasferimento di tecnologia e sul problema dell'utilizzo della tecnologia dopo la scadenza del contratto. Si cita prima l'articolo 43(3) delle JV Regulations il quale stabilisce che il termine per un accordo di trasferimento di tecnologia verso una joint ventures non deve generalmente eccedere i 10 anni. Va notato l'utilizzo del termine generalmente che difatti lascia spazio a diverse eccezioni per determinate forme di tecnologia come i brevetti e i segreti commerciali per i quali è concessa una durata di protezione più lunga dei 10 anni. L'articolo 43(4) stipula a sua volta che la parte importatrice di tecnologia deve avere il diritto di continuare a utilizzare la tecnologia con il risultato che il partner cinese di una joint ventures in un contratto tecnologico ha il diritto in base ai regolamenti sulle Joint ventures di continuare a usare la tecnologia trasferita dopo la scadenza del relativo contratto tecnologico, anche se la tecnologia trasferita sia altrimenti protetta dall'utilizzo da parte del partner cinese. Tale diritto per il licenziatario sembrerebbe poter continuare in maniera perpetua a seguito della scadenza del contratto senza che sia necessario pagare compensazioni o contrattare specifiche condizioni.⁶⁹

⁶⁹ Ibidem. p.54

SEZIONE II
L'UNIONE EUROPEA SI ASSOCIA AGLI STATI UNITI
DS 549: Cina - Certe misure riguardanti il trasferimento di
tecnologia

Gli Stati Uniti non sono stati i soli a mettere in discussione il regime sul trasferimento di tecnologia cinese. Dopo la pubblicazione del report della commissione 301 l'UE e il Giappone hanno sì condannato il ritorno all' "Aggressive Unilateralism" degli Stati Uniti ma hanno anche sostenuto che il trasferimento forzato di tecnologia in Cina costituisce una problematica di portata internazionale.

Il 1 giugno del 2018 l'Unione Europea ha quindi scelto di associarsi agli Stati Uniti in ambito multilaterale presentando una richiesta di consultazioni con la Cina riguardo alcune sue misure imposte sul trasferimento di tecnologia straniera (*DS549 China-Certain measures on the transfer of technology*).

Diversi punti della richieste di consultazione di Stati Uniti e UE sono letteralmente identici, tuttavia, fin dal suo titolo la richiesta di consultazione dell'UE si è distinta per aver voluto affrontare in maniera esplicita il tema del trasferimento forzato di tecnologia, tema che invece gli Stati Uniti hanno scelto di omettere nella loro richiesta di consultazione optando per un più generale focus sui diritti di proprietà intellettuale nel loro insieme.⁷⁰

La richiesta di consultazione dell'Unione Europea ricalca quella degli Stati Uniti per quanto riguarda l'incoerenza degli articoli 24, 27, e 29 dei Regolamenti della Repubblica Popolare Cinese sull'amministrazione del import-export di tecnologie ("TIER") con l'articolo 3 del TRIPS da solo o in congiunzione con l'articolo 28.1 del TRIPS. Sempre in linea con gli Stati Uniti l'Unione Europea ha evidenziato l'incoerenza dell'articolo 43 dei Regolamenti per l'implementazione della legge della Repubblica Popolare Cinese sulle joint

⁷⁰ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

ventures a capitale sino-estero (*JV Regulation*) con l'articolo 3 del TRIPS da solo o in congiunzione con gli articoli 28.1 e 28.2 del TRIPS. Le posizioni degli Stati Uniti e dell'Unione Europea convergono quindi in relazione al rispetto del trattamento nazionale e dei diritti di brevetto.⁷¹

La richiesta di consultazione dell'Unione Europea risulta però decisamente più corposa ed esaustiva nell'esplicare la criticità delle problematiche portate in causa. Viene citato un numero maggiore di strumenti giuridici attraverso i quali la Cina viola il diritto commerciale internazionale e maggiore è il numero di articoli del TRIPS in relazione ai quali si sostiene che la legislazione cinese sia incoerente.⁷²

I suddetti regolamenti ("TIER") nella parte che va dall'articolo 18 all'articolo 21 risultano secondo l'Unione Europea incoerenti con gli articoli 39.1 e 39.2 del TRIPS. L'articolo 39 concerne l'obbligo degli Stati membri di proteggere informazioni riservate e dati sensibili rilasciati ai governi o ad agenzie governative.⁷³ L'incoerenza con tale articolo deriverebbe dal fatto che i trasferitori stranieri di tecnologia sono soggetti in Cina a specifici oneri amministrativi quale ad esempio l'obbligo di notificare e registrare presso le autorità cinesi tutti i contratti di import tecnologico, provvedendo anche a fornire una copia dei suddetti contratti. Queste formalità sono applicabili anche se il contratto è successivamente modificato o estinto.⁷⁴

Per quanto riguarda invece l'articolo 43 delle *JV regulations* l'Unione Europea sostiene che questo sia incoerente non solo con gli articoli 3, 28.1 e 28.2 dell'accordo TRIPS ma anche con gli articoli 33, 39.1 e 39.2. Il primo paragrafo dell'articolo 43 delle *JV regulations* si scontra con gli articoli 39.1 e 39.2 del TRIPS in quanto prevede una valutazione generale e determinati requisiti di approvazione per qualsiasi accordo di trasferimento tecnologico sottoscritto da una joint venture. Mentre il secondo paragrafo dell'articolo 43

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³

⁷⁴ Ibidem. p. 3

prevedendo una durata non maggiore di 10 anni per un contratto di trasferimento tecnologico violerebbe l'articolo 33 in base al quale i termini per la protezione di un brevetto non possono essere inferiori ai 20 anni.⁷⁵

2.1 La menzione diretta del trasferimento forzato di tecnologia in relazione all'articolo X 3 (a) del GATT e al Paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso alla WTO

L'Unione Europea infine a differenza degli Stati Uniti ha scelto di sollevare nella propria richiesta la spinosa questione del trasferimento forzato di tecnologia. Per fare questo ha preso in considerazione un articolo di portata molto generale in seno alla legislazione della WTO e uno che invece si applica solo alla Cina. Ha sostenuto infatti che la Cina applicando e amministrando le sue leggi, regolamenti e misure varie sul trasferimento tecnologico nell'ottica di indurre il flusso di trasferimento tecnologico verso la Cina violi l'articolo X 3 (a) del GATT 1994 e il paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso della Cina alla WTO.⁷⁶

Il paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso della Cina alla WTO afferma che la Cina deve applicare e amministrare in una maniera uniforme, imparziale e ragionevole tutte le sue leggi e regolamenti e altre misure del governo centrale così come norme, regolamenti e altre misure locali emesse o applicate a livello subnazionale (collettivamente definiti come leggi, regolamenti e altre misure) riguardanti o influenzanti il commercio in beni, servizi, aspetti legati al commercio dei diritti di proprietà intellettuale("TRIPS") o il controllo sul cambio di valuta estera.

Similmente l'articolo X paragrafo 3(a) in forma più generale e riferendosi a tutti i membri della WTO tocca il tema dell'amministrazione uniforme, imparziale e ragionevole di leggi, regolamenti e altre misure. Il testo dell'articolo X 3(a) afferma che ogni parte contraente deve amministrare in maniera uniforme, imparziale e ragionevole tutte le sue leggi, regolamenti

⁷⁵ Ibidem. p. 4

⁷⁶ Ibidem.

decisioni e sentenze del tipo descritto nel paragrafo 1 dell'articolo. I vari tipi di regolamenti commerciali enunciati nel paragrafo 1, dove invece viene dichiarato l'obbligo di pubblicazione di tali normative, sono leggi, regolamenti, decisioni giudiziarie e sentenze amministrative di applicazione generale rese effettive da qualsiasi parte contraente e riguardanti la classificazione o la valutazione dei prodotti per fini doganali, il tasso di dazi, tasse, o altre imposte o requisiti, restrizioni o proibizioni sugli import o export o sul trasferimento di pagamenti conseguente o influenzanti la loro vendita, distribuzione, trasporto, assicurazione, ispezione in magazzino, esibizione, processazione, mixaggio e altri usi.

2.2 La giurisprudenza sull'articolo X 3 (a)

Come affermato nei casi Comunità europea-Pollame e Unione Europea-Pacchetto energetico lo scopo generale dell'articolo X riguarda la pubblicazione e l'amministrazione di leggi, regolamenti, decisioni giudiziali e sentenze amministrative di applicazione generale e *non il contenuto sostanziale* di tali misure.⁷⁷

Il Panel nel caso Thailandia sigarette ha sintetizzato i vari precedenti riguardanti l'articolo X:3(a) commentando che la guida fornita dall'Organo d'Appello suggerisce che l'articolo X:3(a) detta le discipline governanti l'amministrazione degli strumenti legali descritti nell'articolo X:1. l'ambito amministrativo che è soggetto alla normativa ai sensi dell'articolo X:3(a) include sia il modo in cui gli strumenti legali del tipo considerato nell'articolo X:1 vengono applicati o implementati in casi particolari così come gli strumenti legali che regolano tale applicazione o implementazione. Inoltre anche processi amministrativi che conducono a decisioni amministrative possono essere inclusi nell'ambito del termine amministrare e quindi dell'articolo X:3(a). Tuttavia nella misura in cui un reclamo di violazione ai sensi dell'articolo X:3(a) sia basato su un processo amministrativo, Il

⁷⁷ WTO Analytical Index (2018)- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. Article X Jurisprudence. p.16 Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

reclamante deve dimostrare come e perché certi aspetti del processo amministrativo conducano necessariamente a una mancanza di amministrazione uniforme imparziale e ragionevole degli strumenti legali del tipo descritto nell'articolo X:1.⁷⁸ Si è ricordato poi come l'Organo d'Appello abbia affermato che un reclamo ai sensi dell'articolo X:3(a) non possa essere sollevato alla leggera o in forma sussidiaria ma debba essere supportato da una solida evidenza.⁷⁹

La Giurisprudenza WTO potrebbe quindi offrire supporto alle accuse dell'Unione Europea quando queste facciano riferimento a specifiche misure amministrative cinesi citate nella Richiesta di Consultazione DS 549 come:

- TIER, Regolamenti della Repubblica Popolare Cinese sull'amministrazione delle importazioni e delle esportazioni di tecnologie
- Misure per l'amministrazione della registrazione delle importazioni e delle esportazioni di tecnologia dei contratti della Repubblica popolare cinese
- Misure di lavoro per il trasferimento in uscita dei diritti di proprietà intellettuale.
- Regolamenti sul divieto di condotte che eliminano o limitano la concorrenza abusando dei diritti di proprietà intellettuale.⁸⁰

A ulteriore sostegno di queste accuse si può addurre il report del Panel in Argentina- Cuoio e Pelli che non ha escluso la possibilità di attaccare ai sensi dell'articolo X:3(a) anche il contenuto sostanziale di uno strumento legale che regola l'amministrazione di uno strumento legale del tipo descritto nell'articolo X:1. Quindi se il contenuto sostanziale di uno strumento legale che viene amministrato non è attaccabile ai sensi dell'articolo X:3(a), non vi sono però

⁷⁸ Ibidem. p. 19

⁷⁹ Ibidem. p.19

⁸⁰ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018, p.2 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

ragioni per cui il contenuto sostanziale di uno strumento legale che regola l'applicazione e l'implementazione di tale strumento non possa essere esaminato ai sensi dell' articolo X:3(a) se vi è una denuncia che esso conduca alla mancanza di amministrazione uniforme, imparziale e ragionevole di tale strumento legale.⁸¹

Tramite un confronto fra l'articolo X 1 GATT 1994 e il paragrafo 2(A)2 del Protocollo di accesso della Cina alla WTO viene però da chiedersi se il tipo di misure, regolamenti e leggi citate sul trasferimento di tecnologia, pur essendo di tipo amministrativo, rientrino effettivamente nell'ambito dell'articolo X 1. Se infatti da una parte il paragrafo 2(a)2 impone alla Cina di applicare e amministrare in una maniera uniforme, imparziale e ragionevole tutte le sue leggi e regolamenti e altre misure riguardanti o influenzanti il commercio in beni, servizi, aspetti legati al commercio dei diritti di proprietà intellettuale o il controllo sul cambio di valuta estera, d'altra parte l'articolo X (3) GATT 1994 si focalizza su leggi regolamenti e altre misure che riguardano l'import-export di prodotti senza invece citare nulla in materia di proprietà intellettuale.

Tuttavia, per quanto le misure, regolamenti e leggi citati nell'articolo X 1 non si applichino direttamente ai diritti di proprietà intellettuale, la giurisprudenza sull'articolo X del GATT 1994 offre interessanti scorci su come l'amministrazione parziale e irragionevole di leggi, regolamenti e misure citati nel paragrafo 1 possa avere sostanziali ricadute nel campo dei diritti di proprietà intellettuale. Tale Giurisprudenza supporterebbe così il riferimento dell'Unione Europea nel DS 549 al fatto che “le misure cinesi appaiono influenzare in maniera avversa l'export di tecnologia verso la Cina, incluso i diritti di proprietà intellettuale”.⁸²

⁸¹ WTO Analytical Index (2018)- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. Article X Jurisprudence. p.17 Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

⁸² WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018, p.4, “China's measures appear to adversely affect exports to China of technology, including intellectual property rights, by European Union undertakings and also appear to nullify or impair the benefits accruing to the European Union and its Member States directly or indirectly under the cited agreements.”

2.3 La valutazione dell'irragionevolezza e dell'imparzialità di una misura commerciale in relazione al potenziale rischio di fuga di informazioni commerciali riservate.

Nella giurisprudenza sulle dispute Argentina-Cuoio e Pelle, Thailandia-Sigarette e Cina-Materie prime è stato possibile osservare come esistano importanti connessioni tra l'amministrazione di norme e misure commerciali e la protezione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali dispute si sono infatti caratterizzate per il fatto che il giudizio sull'imparzialità e l'irragionevolezza di certe misure amministrative sia dipeso dal sussistere o meno del rischio ad esse inerente di fuga di informazioni commerciali riservate.

Nel caso Argentina-Cuoio e Pelle (classificato come DS155 Argentina - Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather) il panel ha esaminato una misura argentina che autorizzava rappresentanti dell'industria domestica di cuoio ad essere presenti quando le pelli venivano controllate prima dell'esportazione. Nel motivare la decisione di dichiarare che la misura violava l'articolo X 3 del GATT 1994 il Panel ha sostenuto che non era tanto importante constatare che privati con interessi commerciali contrastanti presenziassero alle procedure doganali. Ai fini di determinare i requisiti per un'amministrazione imparziale dipendeva tutto da ciò che a tali persone era permesso fare, nel caso in questione se tali persone potessero avere accesso a informazioni riservate durante il processo di classificazione dei prodotti da esportare. Il Panel ha sostenuto che qualora una parte con interessi commerciali contrari, ma nessun rilevante interesse legale, sia autorizzata a presenziare in transazioni commerciali come quelle prese in considerazione sussiste un inerente rischio che leggi, regolamenti e norme doganali vengano applicati in maniera parziale in modo da permettere a persone con interessi commerciali avversi di ottenere informazioni riservate alle quali non hanno diritto. Da tale ragionamento non è però derivata la necessità da parte del Panel di provare se concretamente i rappresentanti dell'industria domestica del cuoio argentino avessero avuto concretamente accesso a informazioni riservate. Nel determinare se vi fosse una misura

amministrativa parziale il Panel ha invece scelto di dare un peso decisivo alla presenza o no delle necessarie misure di salvaguardia per prevenire il flusso inadeguato di informazioni riservate di un privato a un altro privato. E proprio dal constatare che nessuna misura di salvaguardia era in vigore il Panel ha concluso che la Risoluzione 2235 non poteva essere considerata un'amministrazione imparziale delle leggi, regolamenti e norme doganali descritte nell'articolo X:1 ed era perciò incompatibile con l'articolo X:3(a) del GATT 1994.⁸³

In Thailandia sigarette si può riscontrare la stessa enfasi sulla presenza o meno di misure di salvaguardia per determinare la parzialità delle leggi, regolamenti e misure amministrative thailandesi preso in considerazione. Nel caso classificato come D371 *Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines* - il Panel ha esaminato il reclamo delle Filippine secondo cui la doppia nomina di funzionari governativi thailandesi alla posizione di management nel monopolio thailandese del tabacco (TTM) costituisse un'amministrazione parziale di leggi e regolamenti. A differenza del caso Argentina-Cuoio e Pelli in questo caso il Panel ha richiesto che le Filippine presentassero prove concrete del fatto che la nomina di determinati funzionari governativi quali direttori del TTM conducesse necessariamente a una mancanza di amministrazione imparziale delle norme fiscali e doganali thailandesi. A motivazione di ciò il Panel ha affermato di essere cosciente della serietà delle accuse riguardanti l'amministrazione di un governo sovrano delle sue leggi e regolamenti e ha riconosciuto che ci possono essere situazioni in cui gli atti o le misure di un governo sono così egregiamente viziate che l'ingiustizia inerente in tali misure o atti può essere sufficiente a dimostrare un'amministrazione parziale senza bisogno che questa venga illustrata tramite

⁸³ GATT Agreement, Article X, (Jurisprudence) pp. 17 e 22 in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

la presentazione di esempi concreti di decisioni risultanti dalla amministrazione presa in considerazione.⁸⁴

Tuttavia nel caso in questione, alla luce della presenza di misure di salvaguardia implementate in maniera adeguata, le quali invece non sono state rilevate nel caso Argentina-Cuoio e pelli, il Panel ha ritenuto che dalla doppia nomina dei funzionari governativi quali direttori del TTM non derivasse un rischio concreto di amministrazione parziale di misure e regolamenti thailandesi. Vista la presenza di adeguate misure di salvaguardia è ricaduto sulle Filippine l'onere di provare con esempi concreti che le funzionalità relative alla nomina di determinati funzionari governativi quali direttori del TTM conducessero necessariamente a una mancanza di amministrazione parziale delle leggi fiscali e doganali thailandesi. Non essendo state le Filippine capaci di presentare esempi concreti al riguardo il Panel ha ritenuto che non sussistesse amministrazione parziale delle leggi fiscali e doganali thailandesi.⁸⁵ Facendo riferimento agli obblighi di trasparenza e Giustizia procedurale ai sensi dell'articolo Article X:3(a) il Panel, viste le inusuali circostanze fattuali in cui determinati funzionari governativi thailandesi incaricati di determinare tasse e imposte doganali abbiano anche servito nel consiglio di amministrazione del monopolio thailandese del tabacco (l'unico concorrente domestico contro sigarette importate) ha semplicemente raccomandato per la Thailandia di assicurare che l'amministrazione delle proprie leggi fiscali e doganali venisse svolta in maniera trasparente e imparziale. Riguardo la presunta irragionevolezza insita nell'amministrazione di leggi e regolamenti fiscali e doganali thailandesi il panel ha riconosciuto che concedere a funzionari con duplice funzione il potere di assumere decisioni fiscali e doganali concernenti le sigarette, sia importate che domestiche, così come concedergli l'accesso a informazioni riservate sulle sigarette importate può sembrare costituisca un atto di amministrazione inappropriata e

⁸⁴ GATT Agreement, Article X, (Jurisprudence) pp. 17 e 22 in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

⁸⁵ Ibidem. p. 23

irresponsabile a meno che non vi sia una particolare regione che possa spiegare l'atto preso in considerazione.⁸⁶

In risposta a questo la Thailandia ha sottolineato che il fatto di concedere una doppia posizione a funzionari governativi selezionati promuoveva legittimi obiettivi amministrativi in quanto tali funzionari avevano l'adeguata esperienza per il management di imprese a proprietà statale importatrici di tabacco e potevano giocare un ruolo decisivo nell'assicurare che il monopolio thailandese del tabacco ottemperasse in maniera efficiente alla legislazione thailandese e che le sue attività fossero in linea con le politiche di salute pubblica thailandesi in quanto tra i funzionari governativi con doppia nomina era incluso un membro del Ministero della Salute. In relazione a queste affermazioni della Thailandia il Panel affermato che uno stato sovrano ha la discrezione e l'autorità di strutturare il proprio governo e di gestire e amministrare le proprie leggi e regolamenti come ritiene opportuno e che non essendo il Panel nelle condizioni di giudicare l'efficacia delle scelte thailandesi per l'adempimento delle loro politiche si accettava il fatto che i funzionari con doppia nomina potessero essere sufficientemente equipaggiati per applicare la loro esperienza nelle leggi e regolamenti relativi ai dazi e alle tasse interne per il management del monopolio thailandese del tabacco. E nonostante il Panel abbia riconosciuto la validità dell'argomento delle Filippine secondo il quale per gli obiettivi thailandesi erano disponibili ben altri metodi capaci di condurre ai medesimi risultati, ci si è mantenuti sulla posizione che uno stato sovrano può amministrare le sue leggi e regolamenti nella maniera che considera più appropriata nelle particolari circostanze nella quale si viene a trovare e che non rientra nei compiti del Panel giudicare quale sia il migliore strumento amministrativo per raggiungere gli obiettivi di un membro. Starebbe invece al Panel solamente constatare se la discrezione di un membro della WTO nell'amministrare le proprie leggi sia esercitata in una maniera compatibile con gli obblighi dell'accordo della WTO.⁸⁷

⁸⁶ Ibidem. p. 25

⁸⁷ Ibidem.

In stridente contrasto con i con i precedenti casi Argentina- cuoio e pelli e Thailandia- sigarette il caso Cina-Materie Prime si è caratterizzato per l'affermazione da parte del Panel che la semplice condivisione di informazioni riservate non è sufficiente a causare un'amministrazione parziale. Tra i vari reclami presi in considerazione in questo caso (classificato come DS394 China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials Il Panel ha esaminato anche un'accusa secondo la quale la Camera di Commercio cinese degli importatori ed esportatori di metalli minerali e prodotti chimici (CCCMC) nell'amministrare le quote di esportazione su varie materie prime avesse creato un inerente conflitto di interessi poiché gli esportatori dovevano condividere informazioni commerciali riservate con un ente che rappresentava i suoi concorrenti e potenziali acquirenti.⁸⁸

Secondo il Panel tale condivisione di informazioni riservate avrebbe potuto costituire un caso di amministrazione parziale solamente se le persone che avevano ricevuto le informazioni commerciali riservate avessero potuto usarle in maniera contraria agli interessi di coloro che le avevano fornite. In base al fatto che i membri del segretariato del CCCMC non partecipavano nel decidere quali candidati esportatori avessero diritto a una parte della quota di esportazione il Panel è giunto alla conclusione che, ai fini di determinare un'amministrazione parziale, non c'era neppure bisogno di considerare se membri del segretariato del CCCMC fossero persone con interessi commerciali avversi o se vi fossero adeguate misure di salvaguardia in vigore per prevenire la fuga di informazioni riservate.⁸⁹

Considerato l'ampio margine di discrezione amministrativa che il Panel ha riconosciuto ai Governi nazionali nei casi Thailandia-Sigarette e Cina-materie prime l'attuale tentativo in DS 549 di sfidare la sovranità cinese in materia di amministrazione delle sue leggi sul trasferimento tecnologico si preannuncia un'impresa ostica per gli avvocati dell'Unione Europea.

⁸⁸ Ibidem. p. 23

⁸⁹ Ibidem.

Il riferimento a questi precedenti potrebbe sollevare l'Unione Europea dall'onere di portare davanti al Panel casi concreti di trasferimento forzato di tecnologia a prova dell'amministrazione irragionevole e parziale di leggi, regolamenti e misure cinesi sul trasferimento di tecnologia. Il focus dell'indagine potrebbe spostarsi sulla consistenza dei rischi di trasferimento forzato di tecnologia e sulla presenza o no di efficaci misure di salvaguardia per prevenire tali rischi. D'altra parte è anche vero che basterebbe alla Cina dimostrare l'esistenza di valide misure di salvaguardia contro il trasferimento forzato di tecnologia per inficiare il grosso delle accuse dell'UE al riguardo. Un'altra possibilità per la Cina è quella di dimostrare che il personale coinvolto nell'amministrazione delle misure sul trasferimento di tecnologia non ricopre ruoli tali da permettergli di favorire il trasferimento forzato tramite strumenti come la divulgazione di segreti commerciali.

In tali casi, come provano i precedenti in Thailandia-Sigarette e Cina-materie prime, l'ampio margine di discrezione amministrativa che il Panel ha fino ad ora riconosciuto ai Governi nazionali costituirebbe un serio ostacolo per le argomentazioni dell'UE.

CAPITOLO II

IL DIBATTITO SUL TRASFERIMENTO INTERNAZIONALE DI TECNOLOGIA

Sommario:

Sezione I. UN EXCURSUS STORICO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA

- 1.1 La mancanza di una definizione unanime del concetto di tecnologia
- 1.2 Lo sviluppo della divisione Nord-Sud sui metodi per incentivare il trasferimento di tecnologia
- 1.3 Il Draft TOT Code: i tentativi falliti per un Codice internazionale sul Trasferimento di Tecnologia.

Sezione II. IL RIVERBERARSI DEL DIBATTITO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA NELLA LEGISLAZIONE WTO

- 2.1 Gli articoli 7 e 8 dell'Accordo TRIPS: La menzione al trasferimento di tecnologia nei principi e negli obiettivi del TRIPS.
- 2.2 L'articolo 40 del TRIPS: il nesso fra il trasferimento di tecnologia e le pratiche anticompetitive nei contratti di licenza.
- 2.3 Una potenziale applicazione degli articoli 8.2 e 40 del TRIPS a difesa degli articoli 24, 27 e 29 delle TIER
- 2.4 La normativa WTO sulle pratiche di incentivazione del trasferimento internazionale di tecnologia relative agli investimenti

Il trasferimento di tecnologia costituisce il tema centrale attorno a cui gravitano il report della commissione 301 e le richieste di consultazione DS 542 e DS 549 di USA e UE. Tuttavia come si è visto in precedenza spicca il fatto che nella richiesta di consultazione statunitense non vi sia alcun riferimento

diretto al tema. Nonostante questo risulti fin dall'inizio del report 301 il focus esplicito delle investigazioni condotte, a livello multilaterale gli Stati Uniti hanno affrontato solamente specifiche violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. D'altra parte l'Unione Europea per poter affrontare in maniera diretta la problematica del trasferimento forzato di tecnologia ha dovuto lasciare l'ambito del TRIPS per fare ricorso a una disposizione molto generale come l'articolo X (3) (a) del GATT 1994 e a una che invece si applica solo alla Cina, cioè il paragrafo 2 (A) 2 del Protocollo di accesso della Cina alla WTO. Ciò non significa che non ci siano dei riferimenti più specifici al trasferimento di tecnologia all'interno del diritto WTO, l'accordo TRIPS sembra offrire anzi un quadro normativo abbastanza consistente al riguardo fin dai suoi principi e obiettivi. Nell'insieme è tuttavia da riconoscere che molte pratiche sul trasferimento di tecnologia non sono coperte da un'adeguata disciplina a livello WTO. Ciò deriva dal fatto che il tema della regolamentazione sul trasferimento di tecnologia a livello internazionale si è caratterizzato fin dagli anni sessanta per un acceso dibattito tra paesi sviluppati e in via di sviluppo. Il principale tentativo di superare questi due blocchi per creare un codice di condotta sul trasferimento internazionale di tecnologia (TOT Code) è fallito a metà degli anni ottanta e le principali questioni irrisolte hanno continuato a ripresentarsi nelle negoziazioni che in seguito hanno toccato questo tema, prime fra tutte quelle dell'Uruguay round. Per poter capire meglio le differenze tra gli approcci di USA e UE al regime di trasferimento di tecnologia della Cina, e per poterne valutare meglio i potenziali esiti si è scelto quindi nel seguente capitolo di contestualizzare tali approcci all'interno dello storico dibattito sul trasferimento di tecnologia, delineandone gli sviluppi a partire dalle sue prime menzioni nel dopoguerra fino al suo riversarsi nella legislazione della WTO.

SEZIONE I

UN EXCURSUS STORICO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA

1.1 La mancanza di una definizione unanime del concetto di tecnologia

Non c'è alcun accordo generale su cosa costituisca tecnologia e sul modo in cui questa possa essere definita. È possibile incontrare definizioni di ampia portata sia nell'ambito di organizzazioni internazionali sia in ambito puramente accademico. L'ONU per esempio in un documento teso ad aiutare i vari paesi a pianificare il loro sviluppo tecnologico (*Planning the technological transformation of developing countries U.N. Doc. TD/B/C.6/50* (1981)) ha offerto una visione davvero ampia del concetto di tecnologia riferendosi a essa come ad una combinazione tra equipaggiamenti e conoscenze.⁹⁰ Alcuni studiosi hanno adottato nozioni molto generali definendo il termine tecnologia come qualsiasi cosa brevettata o non brevettata che riguardi prodotti, produzione, design di processi e impianti e tecniche manageriali includendo così metodologie di franchising, tecnologie convenzionali, know-how e alta tecnologia.⁹¹

Considerato il tema che verrà trattato in questo capitolo si è scelto invece di adottare una definizione più ristretta e funzionale del termine tecnologia e del concetto di trasferimento di tecnologia.

A livello accademico una definizione autorevole di questo tipo è stata data da Maskus il quale ha definito Tecnologia come “le informazioni necessarie per ottenere un certo risultato produttivo da un particolare metodo di combinare

⁹⁰ HAUG D. M. *The International Transfer Of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience*, Harvard journal of international law, Volume 5, Spring Issue, 1992 p. 210: All'interno di tale nozione generale il termine equipaggiamenti comprende tutti i tipi di strumenti, veicoli, macchinari, edifici e ciò che è conosciuto come tecnologia di processo; la nozione “conoscenza tecnologica” copre invece tutti i tipi di competenze.. processi, conoscenze approfondite sul prodotto, conoscenze istituzionali organizzative, e informazioni riguardo all'equipaggiamento e le conoscenze.

⁹¹ Ibidem.

o processare input selezionati”.⁹² Similmente, in ambito di diritto internazionale, il Draft dell’UNCTAD per un codice internazionale sul trasferimento di tecnologia (Draft TOT code) parla di tecnologia come “della conoscenza sistematica per la manifattura di un prodotto, per l'applicazione di un processo o per la percezione di un servizio”, definizione che non si estende alle transazioni che coinvolgono la semplice vendita o prestito di beni. Questo tipo di conoscenza include non solo la conoscenza tecnica sulla quale è basato il prodotto finale ma anche le capacità organizzative necessarie per convertire gli input produttivi rilevanti in un elemento o servizio compiuto, cioè esperienza imprenditoriale e know how professionale.⁹³

Il trasferimento internazionale di tecnologia può essere così a sua volta definito come l'insieme dei processi attraverso i quali i nazionali di un paese ottengono accesso alla conoscenza sviluppata in un altro paese per poi apprenderla e assorbirla con successo nel proprio sistema produttivo.⁹⁴

Tra i tipi di transazioni di trasferimento che possono essere utilizzati il Draft TOT Code ha enumerato le seguenti:

(a) L'assegnazione, vendita o licenza di qualsiasi forma di proprietà industriale eccetto i marchi di fabbrica, i marchi di servizio e le denominazioni commerciali quando non sono parte di transazioni di trasferimento di tecnologia.

(b) La fornitura di know-how e competenze tecniche nella forma di studi di praticabilità, piani, diagrammi, modelli, istruzioni, guide, formule, progettazioni ingegneristiche basiche o dettagliate, attrezzature per la

⁹² KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 11

⁹³ Art. 11.2, Draft TOT Code, in UNCTAD, *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology: Selected Instruments Relevant provisions in selected international arrangements pertaining to transfer of technology*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5, United Nations Publications, Geneva, June 2001, p. 262 Available at: <https://unctad.org/en/Docs/psiteipcm5.en.pdf>

⁹⁴ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 11

formazione, servizi che coinvolgono consulenza tecnica e personale direttivo e formazione del personale.

© La fornitura della conoscenza tecnologica necessaria per l'installazione, operazione e funzionamento di impianti e attrezzature, e progetti chiavi in mano;

(d) La fornitura della conoscenza tecnologica necessaria per acquistare, installare e utilizzare macchinari, attrezzature, beni intermedi e, o materie prime che sono stati ottenuti tramite acquisto, prestito o altri strumenti.

(e) La fornitura di contenuti tecnologici in accordi di Cooperazione tecnica e industriale.

L'insieme di queste transazioni si inserisce poi in tutta una serie di canali commerciali e non: Commercio in prodotti e servizi, gli investimenti diretti all'estero (FDI), le licenze tecnologiche, le joint ventures, contratti di management, pacchetti chiavi in mano, i movimenti internazionali di persone, l'R&D, gli accordi sulla cooperazione tecnica e sviluppo come anche gli aiuti governativi e gli interventi delle organizzazioni internazionali.⁹⁵

1.2 Lo sviluppo della divisione Nord-Sud sui metodi per incentivare il trasferimento di tecnologia

Le prime menzioni al trasferimento di tecnologia risalgono al secondo dopoguerra, quando, nello sforzo per creare un nuovo ordine internazionale, l'obiettivo di un equo sviluppo dell'economia globale assunse un ruolo preminente. Al riguardo il discorso dominante si basava sull'assunzione che lo sviluppo economico fosse una diretta conseguenza dell'industrializzazione e che nel mondo esistesse perciò una marcata divisione tra paesi avanzati industrializzati e paesi in via di sviluppo arretrati. In questo contesto emerse una concezione del trasferimento di tecnologia di tipo unidirezionale che vedeva quindi i paesi sviluppati possessori di tecnologia fornire questa ai paesi più arretrati per nutrire il loro processo di sviluppo. Non era però chiaro quali

⁹⁵ HAUG D. M. *The International Transfer Of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience*, Harvard journal of international law, Volume 5, Spring Issue, 1992 pp. 214-217

fossero gli strumenti adeguati per realizzare tale trasferimento di tecnologia e quali politiche potessero essere più adatte per incentivarlo.⁹⁶

Nei paesi sviluppati, in concomitanza con il crescente ruolo economico dei diritti di proprietà intellettuale, si stava affermando un approccio allo sviluppo basato sul mercato secondo cui il trasferimento di tecnologia era una naturale ricaduta positiva del rafforzamento degli IPR a livello internazionale. In particolare la concessione di diritti di brevetto avrebbe dovuto incoraggiare il trasferimento di tecnologie fornendo ai possessori di tali diritti una sicurezza legale e incentivando perciò la concessione di licenze tecnologiche. Il trasferimento di tecnologia sarebbe quindi avvenuto attraverso la divulgazione e le informazioni di brevetto. Di conseguenza le politiche per incentivare questi lati positivi dei diritti di brevetto si sarebbero dovute concentrare nell'assistenza da parte dei paesi sviluppati affinché i paesi in via di sviluppo adottassero regimi sui diritti di proprietà intellettuale esaustivi, ottenessero maggiore accesso alle informazioni brevettate e potessero meglio negoziare accordi sulla concessione di licenze tecnologiche.⁹⁷Tale visione era chiaramente osteggiata da buona parte dei paesi in via di sviluppo che al contrario ritenevano che il trasferimento di tecnologie e la sua disseminazione non fossero un risultato naturale della concessione dei diritti di brevetto; questo sia a causa della divulgazione insufficiente nelle domande di brevetto sia per la possibile presenza di condizioni restrittive nei contratti di concessione di licenze. Era perciò necessario secondo i paesi in via di sviluppo trovare delle vie alternative per garantire la diffusione di tecnologia sia nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale che all'infuori di esso; in tale ottica gli interventi governativi assunsero la priorità sulle dinamiche di mercato. Paesi come India, Brasile e l'insieme della Comunità Andina svilupparono durante gli anni 60 e 70 una serie di politiche nazionali per controllare e convogliare i flussi tecnologici ai fini del loro sviluppo

⁹⁶ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012. p. 9

⁹⁷ *Ibidem*. p. 13

industriale.⁹⁸ Le varie politiche sviluppate nell'ambito di questi regimi sul trasferimento di tecnologia possono essere riassunte in tre categorie⁹⁹:

I. Politiche sulle capacità di assorbimento

II. Misure legate ai diritti di proprietà intellettuale

III. Misure legate agli investimenti internazionali

I. Le politiche per le capacità di assorbimento sono state le prime a cui si è fatto ricorso nei paesi in via di sviluppo quando la questione del trasferimento di tecnologia ha assunto un ruolo preminente nella loro crescita economica. Si tratta di politiche tese ad aumentare la disponibilità di capitale umano, di capacità tecnologiche e di fattori come l'accesso a risorse finanziarie e infrastrutture, che aiutano ad assimilare e replicare la conoscenza ottenuta dal di fuori dei confini nazionali. L'istituzione di centri di Ricerca e Sviluppo (R&D) sia a livello locale che in collaborazione con altri paesi ha costituito il fulcro essenziale delle politiche per incrementare le capacità di assorbimento tecnologico.

II. Le misure legate ai diritti di proprietà intellettuale hanno mirato soprattutto a fare in modo che il rilascio di brevetti, il loro sfruttamento e i contratti di concessione di licenze tecnologiche non ostacolassero ma anzi favorissero il trasferimento internazionale di tecnologia. Se si considerano i casi della Comunità Andina e dell'India si è assistito per esempio al divieto di concedere diritti di brevetto a determinati prodotti, come quelli farmaceutici, e più in generale a quelle invenzioni necessarie allo sviluppo nazionale. I termini per la durata del brevetto vennero spesso ridotti di dieci anni rispetto agli standard internazionali e allo stesso tempo venne negato ai detentori di brevetto il diritto di importazione esclusiva del prodotto brevettato di modo che fosse invece incoraggiata la lavorazione locale del brevetto.¹⁰⁰ Le misure legate agli

⁹⁸ Ibidem. p. 21

⁹⁹ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 17

¹⁰⁰ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012. p. 22 Il diritto di importazione esclusiva è invece oggi riconosciuto come intrinseco ai diritti di un detentore di brevetto nell'accordo TRIPS.

IPR puntarono inoltre a controllare le pratiche anticompetitive che si sviluppano spesso nell'ambito dello sfruttamento dei brevetti. Uno dei principali mezzi adoperati a questo fine, osservabile fra le politiche adottate dalla Comunità Andina, sono state le licenze obbligatorie ("compulsory licences") imposte per impedire lo sfruttamento monopolistico del brevetto nei seguenti casi: quando l'invenzione brevettata non veniva lavorata nel paese in cui era stato rilasciato il brevetto, quando la lavorazione dell'invenzione veniva sospesa per più di un anno o non rispondeva alla domanda del mercato nazionale in termini ragionevoli per quanto riguarda qualità, quantità o prezzi o quando infine il detentore del brevetto non concedeva licenze a termini ragionevoli.¹⁰¹

III.

Le misure legate agli investimenti all'estero hanno mirato in primo luogo ad attrarre quegli investimenti tecnologici che meglio contribuivano alle politiche industriali dei paesi in via di sviluppo. Lo si è fatto in primo luogo creando un clima di promozione degli investimenti tecnologici e agevolandone le procedure di ammissione amministrative. D'altra parte si sono messe in pratica anche misure limitative come restrizioni e screening degli FDI. Le restrizioni agli FDI potevano obbligare gli investitori esteri a entrare in una joint venture con un partner locale o a concedere la tecnologia in licenza a una firma locale; l'obbligo di formare una joint venture si è spesso connesso a specifici limiti nella partecipazione e all'incoraggiamento o l'imposizione di trasferire tecnologia. Il vaglio selettivo degli FDI permetteva inoltre di accettare o escludere determinati progetti in base alla loro potenziale capacità di generare trasferimento di tecnologia e allo stesso tempo di accedere a informazioni commerciali riservate sui progetti approvati.¹⁰²

¹⁰¹ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012. p. 23

¹⁰² KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017. p. 38

L'approvazione di determinati investimenti tecnologici è stata spesso connessa alla soddisfazione di determinati requisiti di prestazione, cioè di obblighi per l'investitore di raggiungere specifici obiettivi per le operazioni svolte nel paese ospitante. I requisiti di prestazione più diffusi includono l'obbligo di utilizzare risorse e manodopera locali (*local content requirement*), di trasferire tecnologia, investire in attività di ricerca e sviluppo e addestramento di lavoratori locali. I requisiti di prestazione sono stati imposti come condizione necessaria anche per l'ottenimento di incentivi in varie forme, inclusi incentivi fiscali, iniezione diretta di fondi e altri incentivi finanziari, fornitura di beni e servizi, infrastrutture e altri incentivi normativi.¹⁰³ Ancora oggi le misure sopra descritte sono riscontrabili nelle politiche di molti paesi, la Cina in particolare come si vedrà più avanti le raccoglie in maniera comprensiva nel suo discusso regime di trasferimento di tecnologia.

1.3 Il Draft TOT Code: i tentativi falliti per un Codice internazionale sul Trasferimento di Tecnologia.

Durante gli anni settanta, a fronte del progressivo rafforzamento del sistema internazionale sui diritti di proprietà intellettuale, i paesi in via di sviluppo si resero conto che non era possibile strutturare il trasferimento di tecnologia solo a livello di politiche nazionali, ma risultava essenziale articolare un sistema unitario a livello internazionale sul trasferimento di tecnologia dai Paesi sviluppati a quelli in via di sviluppo. Un primo sforzo a questo fine venne fatto durante le negoziazioni per la Revisione della convenzione di Parigi nel 1977. Nel timore che la revisione erodesse in particolare il requisito di lavorazione locale presente nella convenzione fin dalle sue origini, si premette affinché le nuove norme sui brevetti non fossero di ostacolo, ma anzi favorissero l'accesso alla tecnologia e il suo trasferimento e disseminazione. Tuttavia una questione complessa come il trasferimento transfrontaliero di tecnologia necessitava di strumenti normativi capaci di dar forma a un'effettiva

¹⁰³ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications*, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017 p. 48-58

cooperazione internazionale al di là del semplice ambito dei brevetti. Nel 1976 iniziarono così su iniziativa dei paesi in via di sviluppo le negoziazioni per un Codice internazionale di condotta sul trasferimento di tecnologia (TOT Code). Il Codice avrebbe dovuto definire i principi guida per le transazioni tecnologiche internazionali.¹⁰⁴

Durante le negoziazioni venne però a ripresentarsi la divisione tra paesi sviluppati e in via di sviluppo che si era creata negli ultimi decenni. I paesi tecnologicamente avanzati erano piuttosto scettici su quelli che sarebbero potuti essere i risultati del TOT Code e sui vantaggi che ne avrebbero potuto trarre. Se già quindi mancava un consenso sull'utilità dello strumento, ulteriori difficoltà si presentarono nello sforzo di offrire una concettualizzazione esaustiva di tecnologia e di categorizzare o definire le transazioni del trasferimento internazionale di tecnologia.¹⁰⁵

Ma fu sulla questione del controllo delle pratiche commerciali restrittive negli accordi di trasferimento di tecnologia che i contrasti raggiunsero il loro acme portando a uno stallo generale delle negoziazioni e al definitivo abbandono di quello che è rimasto come il Draft TOT Code.¹⁰⁶

Le pratiche prese in considerazione così come elencate nel Draft TOT Code erano:

- Disposizioni sulla retrocessione che obbligano la parte acquirente a concedere al fornitore i diritti sui miglioramenti apportati.
- Divieti irragionevoli sulla possibilità per la parte acquirente di contestare la validità di brevetti o altre protezioni coinvolte nel trasferimento come anche di reclami e concessioni fatti o ottenuti dal fornitore.

¹⁰⁴ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012. p. 24

¹⁰⁵ Ibidem. pp. 26-28

¹⁰⁶ UNCTAD, [TRANSFER OF TECHNOLOGY - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements \(UNCTAD/ITE/IIT/28\)](#) 01 Dec 2001, Available at: [TRANSFER OF TECHNOLOGY - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements](#) p. 70

- Negoziazione esclusiva, limitante per la parte acquirente la possibilità di entrare in affari con altri fornitori concorrenti di tecnologia simile.
- Restrizioni alla ricerca, restrizioni sull'uso del personale, fissazione dei prezzi.
- Restrizioni agli adattamenti che impediscono alla parte ricevente di adattare la tecnologia ricevuta alle condizioni locali o di apportarvi delle innovazioni di propria iniziativa.
- Accordi di vendita o rappresentanza esclusivi,
- Accordi vincolanti all'acquisto di beni non strettamente necessari.
- Restrizioni all'esportazione,
- Accordi sul pool di brevetti o licenze incrociate quando questi limitino l'accesso a nuovi sviluppi tecnologici o risultino in un abuso di posizione dominante in specifici settori con conseguenti effetti avversi al trasferimento di tecnologia.
- Restrizioni sulla pubblicità e sui pagamenti.
- Ulteriori obblighi dopo la scadenza dei diritti di proprietà industriale.¹⁰⁷

L'essenza del disaccordo derivava dallo stabilire se la necessità di vietare questi termini, comunemente riscontrabili negli accordi di concessione di licenza tecnologica, dovesse essere valutata sulla base del mero criterio di anticompetitività o in relazione al fatto che essi aumentassero il potere contrattuale del fornitore e andassero a detrimento dei migliori interessi del ricevente la tecnologia. Venivano così a cozzare rispettivamente l'approccio di mercato dei paesi industrializzati e il modello regolatore di quelli in via di sviluppo.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Draft international code of conduct on the transfer of technology, Chapter 4, in *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology : Selected Instruments Relevant provisions in selected international arrangements pertaining to transfer of technology*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5, United Nations Publications, Geneva, June 2001, pp. 266-268 Available at: <https://unctad.org/en/Docs/psiteipcm5.en.pdf>

¹⁰⁸ UNCTAD, *TRANSFER OF TECHNOLOGY - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (UNCTAD/ITE/IIT/28)* 01 Dec 2001, Available at: [TRANSFER OF TECHNOLOGY - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements](#)

Nonostante tali negoziazioni abbiano fallito producendo solamente un draft di codice di condotta (Draft TOT Code) le maggiori problematiche da esse sollevate continuano a essere quelle con cui si è dovuta confrontare qualsiasi negoziazione che in seguito ha toccato il tema del trasferimento di tecnologia. Il dibattito sul trasferimento di tecnologia si è infatti riverberato in importanti fori internazionali a partire dal Summit di Rio del 1992 e i conseguenti accordi multilaterali sull'ambiente (MEAs), come poi nelle negoziazioni riguardanti il commercio e la proprietà intellettuale alla WTO e WIPO e le negoziazioni sulla salute pubblica in seno al WHO-CIPIH.¹⁰⁹ Nella prossima sezione si analizzerà nello specifico come questo dibattito si sia riversato nel diritto della WTO in modo da valutare meglio i tentativi di USA e UE di attaccare il regime sul trasferimento di tecnologia cinese tramite il report della commissione 301 e le rispettive richieste di Consultazione.

¹⁰⁹ SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012. p. 7

SEZIONE II

IL RIVERBERARSI DEL DIBATTITO SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA NELLA LEGISLAZIONE WTO

2.1 Gli articoli 7 e 8 dell'Accordo TRIPS: La menzione al trasferimento di tecnologia nei principi e negli obiettivi del TRIPS.

Tra gli accordi della WTO il TRIPS sembra essere quello che più è stato capace di offrire un quadro normativo sul trasferimento di tecnologia. Già negli articoli 7 e 8, che enunciano rispettivamente i principi e gli obiettivi dell'accordo TRIPS, si osserva una menzione diretta del concetto di trasferimento di Tecnologia.

L'articolo 7 nell'enunciare gli obiettivi dell'accordo TRIPS afferma che la protezione e l'implementazione dei diritti di proprietà intellettuale dovrebbero contribuire alla promozione dell'innovazione tecnologica e al trasferimento e la disseminazione di tecnologia, al mutuo vantaggio dei produttori e degli utilizzatori di conoscenza tecnologica e in una maniera che conduca al benessere sociale ed economico, e ad un corretto equilibrio tra i diritti e i doveri.¹¹⁰ L'utilizzo del condizionale "dovrebbe" (*should*) ha portato alcuni osservatori ad affermare che l'articolo 7 sia una mera disposizione esortativa. Tuttavia se si considera l'approccio pro IPR al trasferimento di tecnologia che ha sempre caratterizzato i paesi sviluppati si può dire che l'articolo 7 con il ricorso al condizionale ne costituisca l'espressione cauta e ragionata. Il dovrebbe sembrerebbe più indicare l'ammissione che non sempre i diritti di proprietà intellettuale contribuiscono all'innovazione e alla disseminazione di

¹¹⁰ TRIPS Agreement, Article 7, in WTO Analytical Index (2018) Available at:
https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

"The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations."

tecnologia e che di conseguenza i Membri si devono impegnare affinché i diritti di proprietà intellettuale possano produrre queste ricadute positive.¹¹¹

L'articolo 8 enunciando invece i principi a fondamento dell'accordo TRIPS, afferma nel paragrafo 1 che i membri possono nel formulare o emendare le loro leggi e regolamenti, adottare misure necessarie per la protezione della nutrizione e della salute pubblica e per promuovere gli interessi pubblici in settori di vitale importanza per il loro sviluppo socio economico e tecnologico, a condizione che tali misure siano compatibili con le disposizioni di questo accordo. Nel paragrafo 2 si afferma poi che appropriate misure, a condizione sempre che siano compatibili con le disposizioni dell'accordo, possono essere necessarie per prevenire l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei detentori di tali diritti o per rispondere a pratiche che irragionevolmente restringono il commercio o influenzano negativamente il trasferimento internazionale di tecnologie.¹¹²

Il riferimento al trasferimento di tecnologia negli articoli 7 e 8 assume una valenza esclusiva all'interno dell'accordo TRIPS se si considera che ai sensi dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969 un trattato va interpretato alla luce del suo oggetto e del suo scopo. ¹¹³ La pratica e la Giurisprudenza della WTO confermano questa centralità degli articoli 7 e 8 ai fini dell'interpretazione delle altre disposizioni dell'accordo TRIPS. Nella

¹¹¹ MASKUS, K., REICHMAN, J. *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. p. 234
doi:10.1017/CBO9780511494529

¹¹² TRIPS Agreement, Article 8, in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm
“1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.
2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.”

¹¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, entered into force 27 Jan. 1980, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M 679 (1969). Article 31.1 Available at: https://www.oas.org/dil/Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties.pdf
“1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

pratica sugli articoli 7 e 8 dell'accordo TRIPS si riscontra in primo luogo una citazione del paragrafo 5(a) della Dichiarazione sull'accordo TRIPS e sulla Salute Pubblica, adottata il 14 novembre 2001, che così recita: "Nell'applicare le norme consuetudinarie di interpretazione del diritto pubblico internazionale ogni disposizione dell'accordo TRIPS va letta alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'accordo così come espressi in particolare nei suoi obiettivi e principi". Si è citato a sua volta il paragrafo 9 della Dichiarazione ministeriale di Doha, adottata il 14 novembre 2001, la quale stabilisce che "nello svolgere il lavoro a cui si fa riferimento in tale paragrafo il Consiglio del TRIPS deve essere guidato dagli obiettivi e principi enunciati negli articoli 7 e 8 dell'accordo TRIPS".¹¹⁴

Il Panel nel caso Australia – *Tobacco Plain Packaging* (Cuba), nel considerare i tipi di ragioni che possono sufficientemente supportare l'applicazione di requisiti speciali non considerabili come capaci di ostacolare in maniera ingiustificata l'uso di marchi nel corso di operazioni commerciali ai sensi dell'articolo 20 del TRIPS ha osservato che: "Gli articoli 7 e 8 insieme al preambolo dell'accordo TRIPS stabiliscono gli obiettivi generali e i principi a fondamento dell'accordo, dei quali va tenuto conto quando specifiche disposizioni dell'accordo vengono interpretate nel loro contesto e alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'accordo".¹¹⁵

Per quanto riguarda l'articolo 7 nello specifico il Panel ha osservato che l'articolo 7 riflette l'intenzione di mantenere un equilibrio tra gli obiettivi sociali ivi menzionati. Per quanto riguarda invece lo specifico dell'articolo 8 il Panel ha osservato che l'articolo 8.1 rende chiaro che le disposizioni dell'accordo TRIPS non intendono impedire l'adozione da parte dei membri di leggi e regolamenti che perseguono determinati obiettivi legittimi, quali, nello specifico, misure "necessarie a proteggere la salute e la nutrizione pubblica e atte a promuovere gli interessi pubblici in settori di vitale importanza per il loro sviluppo socio-economico e tecnologico" a condizione

¹¹⁴ TRIPS Agreement – Article 7 (Practice) in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

¹¹⁵ TRIPS Agreement – Articles 7 & 8 (Jurisprudence), p. 1 in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

che tali misure risultino compatibili con le disposizioni dell'accordo. I principi riflessi nell'articolo 8.1 esprimono inoltre l'intenzione degli autori dell'accordo TRIPS di preservare l'abilità dei membri della WTO di perseguire determinati legittimi interessi sociali e allo stesso tempo confermano il riconoscimento da parte loro che alcune misure adottate da parte di membri della WTO a tali fini possono avere un impatto sui diritti di proprietà intellettuale.¹¹⁶

Sempre riguardo all'articolo 8.1 dell'accordo TRIPS il Panel nel caso EC-Marchi e indicazioni geografiche, ha ulteriormente affermato che i principi espressi nell'articolo 8.1 riflettono il fatto che l'accordo TRIPS non prevede la concessione di diritti positivi di sfruttamento o uso di specifici oggetti ma prevede anzi la concessione di diritti negativi per prevenire determinate azioni. Da questa caratteristica fondamentale della protezione dei diritti di proprietà intellettuale deriverebbe ai membri la libertà di perseguire legittimi obiettivi di politiche pubbliche in quanto il grosso delle misure atte a perseguire tali obiettivi esula dall'ambito dei diritti di proprietà intellettuale.¹¹⁷ Riguardo entrambi gli articoli il Panel nel caso Australia - *Tobacco plain packaging*, ha assunto inoltre la posizione secondo la quale il paragrafo 5 della sopracitata dichiarazione di Doha sull'accordo TRIPS e sulla Salute pubblica può essere considerato un "accordo successivo" che insieme al contesto può essere preso in considerazione a fini interpretativi in base all'articolo 31(3)(a) della convenzione di Vienna.¹¹⁸ Al riguardo il Panel ha notato che la guida fornita dalla dichiarazione di Doha è compatibile colle applicabili regole generali di interpretazione le quali richiedono all'interprete del Trattato di prendere in considerazione il contesto, l'oggetto e lo scopo del trattato soggetto ad interpretazione e confermava il fatto che l'articolo 7 e 8 dell'accordo TRIPS

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem. p. 2

¹¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31(3)(a), Available at:

https://www.oas.org/dil/Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties.pdf

"There shall be taken into account, together with the context: a. Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;"

fornivano un importante contesto per l'interpretazione dell'articolo 20 del TRIPS.

2.2 L'articolo 40: il nesso tra il trasferimento di tecnologia e le pratiche anticompetitive nei contratti di licenza.

Una concreta applicazione all'interno dell'accordo TRIPS dei principi generali enunciati nell'articolo 8.2 può essere riscontrata nella sezione ottava dell'accordo che contiene una serie di regole tese al controllo delle pratiche anticompetitive nelle licenze volontarie.¹¹⁹

In particolare il testo dell'articolo 40.1 riconosce che alcune pratiche di rilascio delle licenze riguardanti i diritti di proprietà intellettuale che limitano la competizione possono avere effetti avversi sul commercio e impedire il trasferimento e la disseminazione di tecnologia. Se da una parte l'aggiunta del termine disseminazione lascia intendere uno scopo più ampio di quello dell'articolo 8.2 dall'altra l'articolo 40.1 utilizza un linguaggio più restrittivo in quanto considera solo le pratiche che "impediscono" il trasferimento o la disseminazione e non quelle che possono avere un effetto avverso su di essi.

L'articolo 40.2 poi a differenza di molte altre disposizioni nell'accordo TRIPS non contiene specifici obblighi per regolare pratiche restrittive in quanto tali. Al contrario mentre permette espressamente ai membri di adottare misure per il controllo e la prevenzione di queste pratiche non si slancia nello stabilire dei limiti d'azione nazionale in questo campo. Il riconoscimento di una pratica restrittiva va fatto caso per caso e per poter essere attaccate tali pratiche

¹¹⁹ TRIPS Agreement, Article 40, in WTO Analytical Index (2018) Available at:

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

"1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member."

dovrebbero costituire un abuso di diritti di proprietà intellettuale capace di avere un effetto avverso sulla competizione nel mercato preso in considerazione. Nell'articolo 40 si assiste a una revisitazione del dibattito che ha diviso i paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo durante le lunghe e fallimentari negoziazioni per la proposta di un Codice internazionale di condotta sul trasferimento di tecnologia sotto gli auspici dell'UNCTAD. Come si è visto nella precedente sezione una delle principali ragioni per il collasso di tali negoziazioni nel 1985 fu proprio il rifiuto dei paesi sviluppati della proposta di categorizzare le pratiche restrittive in base al criterio dell'influenza avversa allo sviluppo oltre che alla semplice competizione.¹²⁰

Il paragrafo 1 dell'articolo 40 concede qualcosa agli argomenti dei paesi in via di sviluppo nel riconoscere l'esistenza di un nesso tra le pratiche restrittive e il trasferimento di tecnologia, tuttavia questo nesso rimane subordinato al fatto che queste pratiche sono in primo luogo anticompetitive. Il paragrafo 2 a sua volta esplicita ulteriormente l'approccio di mercato dei paesi sviluppati nel considerare che la restrittività di alcune pratiche o termini di licenza deriva dai loro effetti anticompetitivi nel mercato preso in considerazione. I governi sono quindi autorizzati ad applicare misure nazionali per limitare queste pratiche restrittive quando sono anticompetitive, non quando hanno solo un effetto avverso al trasferimento di tecnologia.

Rispetto al Draft TOT Code che era stato concepito come uno strumento volontario l'accordo TRIPS pur essendo uno strumento internazionalmente vincolante nel suo articolo 40.2 si allontana decisamente dagli ambiziosi obiettivi del Draft TOT Code. L'articolo 40.2 infatti permette semplicemente alle legislazioni nazionali di adottare misure di controllo contro le pratiche restrittive, ma, tranne per alcune eccezioni, non contiene regole condivise sulle specifiche pratiche che possono essere considerate anticompetitive. Il Draft TOT Code includeva tra l'altro importanti capitoli sugli obblighi e le

¹²⁰ MASKUS, K., REICHMAN, J. *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. pp. 236-237 Cambridge: Cambridge University Press. 2005. doi:10.1017/CBO9780511494529

responsabilità delle parti coinvolte in una transazione di trasferimento di tecnologia, e imponeva doveri concernenti la cooperazione internazionale e la risoluzione di eventuali controversie; ambiti su cui invece l'accordo TRIPS rimane muto. Solo nel paragrafo 2 dell'articolo 40 si ha una menzione diretta di alcune pratiche che possono essere considerate restrittive; si tratta di pratiche ritrovabili anche nel Capitolo 4 del Draft TOT Code:

- Disposizioni relative alla retrocessione esclusiva (*exclusive grant-back provisions*) come quelle che obbligano il licenziatario a trasferire i miglioramenti apportati alla tecnologia concessa in licenza esclusivamente al licenziante.
- Obblighi imposti sul licenziatario di non sfidare la validità dei diritti concessi in licenza;
- Licenze con pacchetto coercitivo (*coercive package licensing*) come l'obbligo per il licenziatario di acquisire dal licenziante altre tecnologie o input che non necessita o desidera.¹²¹

2.3 Una potenziale applicazione degli articoli 8.2 e 40 del TRIPS a difesa degli articoli 24, 27 e 29 delle TIER

Le menzioni al trasferimento di tecnologia negli articoli 8 e 40 dell'accordo TRIPS sembrano dare maggiore luce sul perché gli Stati Uniti non abbiano affrontato esplicitamente questo tema nella loro richiesta di consultazione DS 542 e sul perché invece il riferimento diretto da parte dell'UE in DS 549 abbia dato luogo a commenti scettici.¹²² Se si considerano per esempio gli articoli 24, 27 e 29 delle TIER attaccati da Stati Uniti e UE, riconducono tutti al testo del

¹²¹ MASKUS, K., REICHMAN, J. *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. pp. 237-238 Cambridge: Cambridge University Press. 2005. doi:10.1017/CBO9780511494529

¹²² CHINA IPR, *What the EU and US WTO IP Disputes Reveal About Trade Diplomacy*, jUNE 13, 2018, Available at: <https://chinaipr.com/2018/06/13/what-the-eu-and-us-wto-ip-disputes-reveal-about-trade-diplomacy/>

Draft TOT Code, principale formulazione del modello regolatore sostenuto dai paesi in via di sviluppo per incentivare il trasferimento internazionale di tecnologia. Una dovuta contestualizzazione degli articoli 24, 27 e 29 delle TIER all'interno delle misure governative tese a favorire il trasferimento internazionale di tecnologia potrebbe perciò permettere di impugnare gli articoli 8.2 e 40 del TRIPS contro le accuse di Stati Uniti e Unione Europea. Già nelle investigazioni della commissione 301 c'è stato chi ha fatto notare questo razionale delle TIER in relazione al Draft TOT Code. In tale contesto due testimonianze hanno sottolineato che come nell'articolo 24 delle TIER si stabilisce che quando qualsiasi degli interessi legali di qualsiasi altra persona venga violato, la responsabilità debba ricadere sul licenziante, così nel capitolo 5, paragrafo 4, Romanette vi (*Rights to the technology transferred*) del Draft TOT Code si stabilisce che tra gli obblighi contrattuali mutualmente accettabili che dovrebbero essere forniti da un accordo di trasferimento di tecnologia va inclusa: "La dichiarazione del fornitore di tecnologia che alla data della firma dell'accordo, è, per quanto a sua conoscenza, non consapevole di diritti di brevetto validi o protezioni similari di invenzione di terze parti che potrebbero essere violate attraverso l'uso della tecnologia quando utilizzata così come specificato nell'accordo".¹²³ Gli Stati Uniti enfatizzando fra l'altro il fatto che il Draft TOT Code è stato steso già più di 30 anni fa hanno replicato che il romanette sopracitato non prende in considerazione future responsabilità, cosa che invece è richiesta dall'articolo 24 delle TIER. Secondo gli Stati Uniti il Draft Code da una parte considera un problema di garanzia riguardante violazioni passate di cui si è a conoscenza al momento della firma del contratto,

¹²³ Draft international code of conduct on the transfer of technology, Chapter 5, paragraph 4, romanette vi, in *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology : Selected Instruments Relevant provisions in selected international arrangements pertaining to transfer of technology*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5, United Nations Publications, Geneva, June 2001, pp. 266-268 Available at: <https://unctad.org/en/Docs/psiteipcm5.en.pdf> : "Rights to the technology transferred: The technology supplier's representation that on the date of the signing of the agreement, it is, to the best of its knowledge, not aware of third parties' valid patent rights or similar protection for inventions which would be infringed by the use of the technology when used as specified in the agreement";

dall'altra le TIER affrontano qualsiasi problematica di indennizzo e non solo semplici garanzie passate.¹²⁴

Si è fatto notare che anziché adottare il Draft TOT Code Cina e Stati Uniti hanno invece aderito alla Convenzione ONU sui contratti per la vendita internazionale di beni che include una disposizione che prevede espressamente la libertà di contratto riguardo questi termini. La convenzione include infatti nel suo articolo 42 una disposizione di garanzia in base alla quale il venditore dei beni deve consegnare beni che siano liberi da ogni diritto o reclamo di terza parte basato su proprietà industriale o altra proprietà intellettuale, ma allo stesso tempo concede nel suo articolo Sesto che le parti possono derogare da o variare gli effetti di qualsiasi delle disposizioni della convenzione. Una simile libertà di contratto è incorporata nella pubblicazione "Licenze tecnologiche di successo" dell'organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (WIPO), un'altra organizzazione di cui sia Stati Uniti che Cina sono parte. Questo documento riconoscendo la complessità legale dei termini riguardanti questioni come l'indennizzo e l'importanza per le parti di essere capaci di negoziare liberamente su questi termini rende chiaro che non c'è una risposta prestabilita e nulla può essere considerato come standard o consuetudine. La normativa interna cinese nell'articolo 353 della PRC contract law si sarebbe conformata alle disposizioni sulla libertà di contratto presenti nella convenzione ONU e nel documento WIPO sopracitato, tuttavia per quanto riguarda gli importatori di tecnologia estera verso la Cina le normative TIER entrano in conflitto e dominano sugli standard internazionali assimilati dalla PRC Contract law.¹²⁵ L'accusa di violazione del trattamento nazionale perde però solidità se si considera che l'articolo 24 delle TIER ha una valenza

¹²⁴ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018. p. 57 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹²⁵ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018 p. 58 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

funzionale esclusivamente nell'ambito del trasferimento internazionale di tecnologia, esso infatti si pone a prevenzione dell'abuso di potere contrattuale da parte dei licenzianti stranieri che può limitare negativamente il trasferimento di tecnologia verso la Cina. Il bisogno di prevenire tali pratiche non sussiste in ambito domestico dove il trasferimento di tecnologia ha implicazioni diverse per lo sviluppo economico del paese. In questo senso si può dire che l'articolo 24 rientra nelle misure che un governo è autorizzato a intraprendere ai sensi dell'articolo 8.2 del TRIPS per impedire il ricorso a pratiche restrittive "che possono avere un effetto avverso al trasferimento internazionale di tecnologia".

Se si considera invece la clausola di proprietà che nell'articolo 27 delle TIER richiede che i miglioramenti apportati alla tecnologia importata appartengano alla parte che ha realizzato il miglioramento si può affermare che rientri nel tipo di misure di controllo per limitare le pratiche commerciali restrittive citate nell'articolo 40.2 del TRIPS come anche nel Draft TOT Code. In questo caso si può dire che l'articolo 27 impedisca in maniera arbitraria la possibilità di disposizioni sulla retrocessione che obbligano la parte acquirente a concedere al fornitore i diritti sui miglioramenti apportati. Similmente l'articolo 29 delle TIER nell'impedire la proibizione per il ricevente di apportare migliorie alla tecnologia trasferitagli si presenta come una norma di controllo per quelle pratiche definite nel Draft TOT Code come Restrizioni agli adattamenti. Non c'è menzione diretta a questo tipo di pratica nel TRIPS ma vista la sua influenza negativa sul trasferimento di tecnologia internazionale, così come riscontrabile nel Draft TOT Code, può rientrare nell'insieme di quelle pratiche per cui nell'articolo 8.2 i governi nazionali sono autorizzati ad adottare misure di prevenzione.

Lo stesso spirito dell'articolo 27 delle TIER è stato riscontrato da parte degli interrogati durante l'investigazione della commissione 301 nelle sopracitate leggi Filippine sulla proprietà intellettuale. Nella sezione 87.6 queste affermano che sussistono a un primo esame i presupposti per cui accordi di trasferimento di tecnologia che obbligano il licenziatario a trasferire gratuitamente al licenziante le invenzioni o i miglioramenti che possono essere

ottenuti attraverso l'uso della tecnologia concessa in licenza abbiano un effetto avverso per la competizione e il commercio. L'USTR ha inoltre ricevuto dichiarazioni che il regime di proprietà intellettuale in Vietnam è simile alle TIER. Tale regime prende in considerazione contratti che richiedono al licenziatario di trasferire gratuitamente al licenziante i miglioramenti apportati alla tecnologia ricevuta in concessione. L'articolo 144.2(a) della Legge vietnamita sulla proprietà intellettuale stabilisce che un contratto di licenza per oggetti di proprietà industriale non deve contenere disposizioni che restringono irragionevolmente i diritti del licenziatario. Specifici esempi al riguardo includono il proibire al licenziatario di migliorare gli oggetti di proprietà industriale diversi dai marchi e obbligare il licenziatario a trasferire gratuitamente al licenziante i miglioramenti apportati all'oggetto di proprietà industriale da parte del licenziatario o i diritti di registrazione della proprietà industriale o ancora i diritti di proprietà industriale a tali miglioramenti.¹²⁶

Evitando di riconoscere che gli stessi principi sottendono alle norme Cinesi, Vietnamite e Filippine contro specifiche pratiche di retrocessione esclusiva gli Stati Uniti hanno invece marcato la differenza testuale tra l'articolo 27 delle TIER e le sopraccitate normative filippine e vietnamite per quanto concerne la libertà di contratto e hanno evidenziato il fatto che mentre queste ultime si applicano a tutti i tipi di trasferimento di tecnologia l'articolo 27 delle TIER si applica invece specificatamente all'import di tecnologia senza che vi siano disposizioni simili per quanto riguarda le transazioni di trasferimento tecnologico a livello domestico. L'articolo 27 implica secondo gli Stati Uniti che le parti cinesi in contratti di importazione di tecnologia hanno il diritto automatico a qualsiasi miglioramento apportato dalle stesse parti senza negoziare i termini con la controparte statunitense. Secondo gli Stati Uniti quindi l'articolo 27 costituirebbe una restrizione alla libertà di negoziare i termini di contratto, cosa che invece non è per esempio riscontrabile nella

¹²⁶ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018 p. 59 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

sezione 87.6 della legge filippina sulla proprietà intellettuale la quale attacca esplicitamente un solo tipo di clausola contrattuale sulla quale si afferma che esiste una presunzione prima facie che abbia un effetto avverso alla competizione e al commercio. Le leggi vietnamite d'altra parte pur vietando specifici termini restrittivi non imporrebbero comunque in maniera arbitraria i termini sui diritti ai miglioramenti in un contratto di trasferimento di tecnologia, lasciando così alle parti la possibilità di negoziare tra loro termini non vietati. Gli Stati Uniti poi hanno fatto ancora leva sul principio del trattamento nazionale che mentre varrebbe per le leggi filippine e vietnamite le quali si applicherebbero in maniera uniforme a tutti gli accordi di trasferimento di tecnologia, verrebbe invece violato dall'articolo 27 delle TIER il quale si applica solo agli importatori di tecnologia straniera.¹²⁷

In risposta alle argomentazioni degli Stati Uniti si può affermare che l'articolo 27 delle TIER costituisca l'applicazione concreta del principio riscontrato nelle leggi Filippine, lo stesso principio che, a sua volta ritrovabile nell'articolo 40.2 del TRIPS, autorizza i governi ad intraprendere misure nazionali che limitino pratiche anticompetitive quali nello specifico le disposizioni di retrocessione esclusiva. Se poi a differenza delle leggi Filippine l'articolo 27 delle TIER si applica solamente all'import di tecnologia ciò avviene perché, come per l'articolo 24 e 29, esso indirizza le pratiche restrittive non solo in base al criterio della anti-competitività ma anche e soprattutto in base al loro effetto avverso al trasferimento di tecnologia internazionale. La normativa cinese in questo caso ingloba i principi del paragrafo 1 dell'articolo 40 e dell'articolo 8.2 del TRIPS che sottendono la possibilità di un trattamento differenziato per il trasferimento internazionale di tecnologia.

¹²⁷ Ibidem. p.60

2.4 La normativa WTO sulle pratiche di incentivazione del trasferimento internazionale di tecnologia relative agli investimenti

Si è osservato nel paragrafo 2 della precedente sezione che le politiche elaborate dai paesi in via di sviluppo per l'incentivazione del trasferimento internazionale di tecnologia vanno oltre l'ambito dei diritti di proprietà intellettuale avendo anche importanti ripercussioni sugli investimenti esteri. La normativa della WTO sotto questo punto di vista non ha raggiunto la stessa esaustività del TRIPS in relazione agli IPR.

Alcuni aspetti delle politiche nazionali sugli investimenti diretti all'estero (FDI) sono regolati dall'Accordo GATS sui servizi. Per esempio i Programmi GATS sugli Impegni specifici stabiliscono impegni orizzontali e settoriali dei paesi individuali nelle aree di accesso al mercato (in relazione alle restrizioni sul capitale e ai requisiti sulle joint ventures, di autorizzazione e procedurali) come anche di trattamento nazionale (dove i paesi possono indicare limitazioni nella non discriminazione in regolamenti e politiche nazionali su servizi simili forniti da investitori stranieri). Questi impegni stabiliscono inoltre le restrizioni massime che i membri possono applicare sugli investimenti in entrata. L'accordo GATS si applica tuttavia solo ai servizi, mentre gli investimenti diretti all'estero nei settori agricolo, manifatturiero e delle risorse naturali non sono disciplinati dal diritto WTO se non per quanto riguarda i principi basici della nazione più favorita e del trattamento nazionale.¹²⁸

Per quanto concerne i requisiti di prestazione alcuni di essi sono regolati dall'Accordo TRIMS sulle misure sugli investimenti legate al commercio il quale proibisce misure sugli investimenti che possono creare limiti o distorsioni al commercio. Facendo riferimento al principio del trattamento nazionale nell'articolo III del GATT l'accordo TRIMS proibisce misure sugli

¹²⁸ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 39

investimenti che richiedono all'impresa estera investitrice di acquistare o utilizzare esclusivamente prodotti di origine domestica o da qualsiasi fonte domestica. Facendo invece riferimento all'articolo XI del GATT sull'eliminazione generale delle quote il TRIMS vieta restrizioni legate agli investimenti sulle importazioni ed esportazioni di beni che possono verificarsi in termini di restrizioni su specifici prodotti, condizioni sul volume delle importazioni e delle esportazioni o della loro proporzione reciproca in particolare in relazione alla produzione domestica.¹²⁹ Nell'insieme si può dire che l'accordo TRIMS impedisce il ricorso ai cosiddetti requisiti in materia di contenuto locale (local content requirements), spesso utilizzati dai paesi in via di sviluppo nella prospettiva di incoraggiare il trasferimento di tecnologia.

Ma aldilà dei requisiti sul contenuto locale l'accordo TRIMS risulta alquanto limitato nella sua capacità di disciplinare altri requisiti di prestazione legati al trasferimento internazionale di tecnologia. Fin dal suo preambolo, ma soprattutto nell'articolo 9 l'accordo si presenta come un work in progress, riconoscendo la necessità di negoziare ulteriori disposizioni sulle politiche sugli investimenti e la competizione¹³⁰. Nell'articolo 1 viene inoltre specificato che l'accordo si applica solo alle misure sugli investimenti relativi al commercio di prodotti, senza che per quanto riguarda servizi e proprietà intellettuale vi sia una disciplina simile negli accordi GATS e TRIPS. L'accordo TRIMS non copre poi gli appalti governativi, lasciando ai governi piena libertà di discriminare contro i fornitori stranieri o di imporre requisiti di contenuto locale. Nel suo insieme l'accordo si concentra sull'eliminazione di restrizioni quantitative e cerca di limitare un trattamento preferenziale per i prodotti e la produzione locale nelle misure sugli investimenti esteri, non viene

¹²⁹ TRIMS Agreement, Article 2 (Annex) in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

¹³⁰ TRIMS Agreement, Article 9, in WTO Analytical Index (2018) Available at:

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

“Not later than five years after the date of entry into force of the WTO Agreement, the Council for Trade in Goods shall review the operation of this Agreement and, as appropriate, propose to the Ministerial Conference amendments to its text. In the course of this review, the Council for Trade in Goods shall consider whether the Agreement should be complemented with provisions on investment policy and competition policy”.

però affatto considerato il caso in cui queste misure siano mirate all'obiettivo opposto, cioè quello di richiedere e incoraggiare l'utilizzo di tecnologia straniera. Diversi requisiti di prestazione legati al trasferimento di tecnologia come obblighi di trasferire la tecnologia posseduta, condurre R&D o garantire addestramento del personale possono essere quindi considerati conformi alla normativa TRIMS.¹³¹

Un ultimo ambito delle politiche sugli investimenti regolato dalle norme della WTO sono gli incentivi economici agli investimenti ritenuti chiave per lo sviluppo industriale di un paese. In questo caso un buon numero di incentivi ricade sotto lo scopo dell'Accordo sulle sovvenzioni e le misure di compensazione (ASCM) il quale copre un ampio raggio di contributi finanziari, sussidi, sovvenzioni in natura o misure sui redditi e di supporto ai prezzi. Sono proibite sovvenzioni condizionate alle prestazioni nell'export o all'uso di prodotti domestici anziché importati mentre altre possono essere messe in discussione tramite il DSB o essere soggette a misure di ritorsione quando danneggino l'industria domestica o gli interessi di uno Stato Membro o annullino i benefici derivanti a tale Stato dall'Accordo GATT 1994. D'altra parte l'assistenza per le attività di ricerca e sviluppo come anche per i costi del personale di ricerca, degli strumenti o di consultazione risulta pienamente conforme con la normativa ASCM. Tuttavia come nel caso dell'accordo TRIMS anche l'accordo ASCM copre solo l'ambito del commercio di prodotti senza considerare servizi o proprietà intellettuale.¹³²

¹³¹ KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 48

¹³² KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy implications, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017, p. 58

CAPITOLO III

I LIMITI DELLA WTO NEL DISCIPLINARE LE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA

Sommario:

*Sezione I. DIVERGENZE TRA USA E UE SULL'APPLICABILITÀ DEL TRIPS
ALLE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA
RELATIVE AGLI IPR*

- 1.1 Il mancato ricorso da parte degli USA all'articolo 39 dell'Accordo TRIPS
- 1.2 Il dilemma dell'implementazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina

*Sezione II. L'ASSALTO DELLA COMMISSIONE 301 ALLE PRATICHE
CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA RELATIVE AGLI FDI*

- 2.1 Il regime cinese sugli investimenti all'estero in relazione al trasferimento forzato di tecnologia
- 2.2 Le industrie automobilistiche
- 2.3 I Regolamenti NEV sui veicoli a nuova energia
- 2.4 Il settore aeronautico
- 2.5 I processi di concessione di licenza e di revisione amministrativa nel regime di trasferimento di tecnologia cinese

*Sezione III. LA REVISIONE DELLA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE UE
DS549*

- 3.1 Il regime cinese sugli FDI in relazione al Protocollo di accesso della Cina alla WTO
- 3.2 Nuove considerazioni sui Regolamenti NEV
- 3.3 La Legge sulle JV e le disposizioni sugli FDI in sementi per colture

Sezione IV. LA LITANIA STATUNITENSE CONTRO IL SISTEMA ECONOMICO NON DI MERCATO CINESE

- 4.1 Gli investimenti sistematici cinesi verso l'estero in settori chiave per le politiche industriali della Cina
- 4.2 Il sistema cinese di approvazione degli investimenti verso l'estero
- 4.3 Il ruolo delle SOE e delle Banche di proprietà statale nel regime cinese sugli investimenti cinesi verso l'estero
- 4.4 La controversa definizione del concetto di "organo pubblico"

Le difficoltà del diritto WTO nel disciplinare determinate pratiche di trasferimento tecnologico internazionale vengono chiaramente alla luce se si prende in considerazione il caso specifico del regime cinese sul trasferimento di tecnologia il quale rappresenta uno degli esempi più avanzati del modello regolatore di cui si è parlato nel precedente capitolo. L'assalto a questo regime così come articolato nel report della commissione 301 e nelle rispettive richieste di consultazione di USA e UE ha infatti ripresentato i principali nodi insoluti dello storico dibattito sul trasferimento di tecnologia, in particolare la disciplina sulle pratiche legate agli investimenti. Come dimostra la richiesta di consultazione DS 542 gli Stati Uniti hanno ritenuto che solo alcune pratiche cinesi legate ai diritti di proprietà intellettuale fossero disciplinabili dall'accordo TRIPS, mentre buona parte delle accuse contro il regime cinese sul trasferimento di tecnologia si è concentrata nel report della commissione 301 dimostrando una generale sfiducia nelle potenzialità del diritto WTO. L'Unione Europea invece, oltre a convergere con gli Stati Uniti per quanto riguarda le violazioni dell'accordo TRIPS, ha cercato di dimostrare come alcuni aspetti del regime cinese trattati dagli Stati Uniti solo nel report della commissione 301 siano affrontabili anche a livello WTO.

Il seguente capitolo si addentrerà perciò in una discussione più approfondita dei divergenti approcci di USA e UE per capire fino a che punto la normativa WTO possa arrivare a coprire efficacemente le pratiche che caratterizzano il regime sul trasferimento di tecnologia della Cina.

SEZIONE I

DIVERGENZE TRA USA E UE SULL'APPLICABILITÀ DEL TRIPS ALLE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA RELATIVE AGLI IPR

1.1 Il mancato ricorso da parte degli USA all'articolo 39 dell'Accordo TRIPS

Se nell'insieme le accuse nelle Richieste di consultazione di Stati Uniti e Unione Europea hanno converso pienamente per quanto riguarda la violazione dei diritti di brevetto e del trattamento nazionale, già in ambito TRIPS ci sono state comunque delle divergenze per quanto riguarda questioni come i segreti commerciali e l'implementazione della protezione degli IPR.

Nel primo capitolo del Report della Commissione 301 si è menzionato tra i meccanismi di trasferimento di tecnologia utilizzati dalle agenzie amministrative cinesi la forzata divulgazione di informazioni tecniche sensibili. Tale divulgazione forzata verrebbe richiesta come requisito di approvazione amministrativa per entrare nel mercato cinese, costringendo spesso le compagnie straniere a rivelare un quantitativo troppo dettagliato di informazioni riservate a soggetti che non sempre sarebbero funzionari governativi. Si è sostenuto infatti che in alcuni casi le imprese straniere hanno inconsapevolmente fornito le loro informazioni a membri di industrie locali che le hanno a loro volta utilizzate per sviluppare operazioni simili. Similmente la Cina richiederebbe per gli investimenti in entrata revisioni da parte "panel di esperti" che possono includere rappresentanti del governo

cinese dell'industria, accademici o altri che possono avere interessi competitivi nelle informazioni prese in visione. Tali revisioni potrebbero avvenire a qualsiasi livello delle operazioni per stabilire una compagnia in Cina, come nel caso della fase prima dello stabilimento in cui una compagnia può essere soggetta a revisioni per accertare la sicurezza, l'impatto ambientale e il risparmio energetico dell'investimento proposto. In questi casi il panel di esperti tenderebbe a richiedere "informazioni dettagliate riguardo ai costi e alle rendite del progetto, informazioni sulle capacità e l'equipaggiamento, materie prime, requisiti energetici e altri dettagli riservati sulle operazioni".¹³³In alcuni casi le informazioni richieste possono includere segreti commerciali. Al riguardo la Camera di commercio americana a Shanghai avrebbe notato: *"Companies have also expressed concerns about some of China's product approval requirements. In particular, for companies to gain approval from regulatory agencies they must disclose proprietary formula or designs. Despite assurances by regulators, companies are still not confident that the information will be protected. Some companies report that they have been able to push back but others have not been as successful and must face the difficult choice of seeking product approval, which could put proprietary information at risk, or not pursuing market opportunities in China in order to protect their IP"*.¹³⁴

Non mancano poi revisioni di sicurezza nel periodo successivo allo stabilimento in Cina, come per esempio in una ampia gamma di settori della legge cinese sulla sicurezza informatica della Repubblica popolare cinese (Legge sulla sicurezza informatica). Una delle maggiori preoccupazioni

¹³³ USCBC, IMPROVING CHINA'S LICENSING SYSTEM: RECOMMENDATIONS FOR KEY SECTORS 4 (Mar. 2014). in USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 42 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹³⁴ AM. CHAMBER OF COMMERCE SHANGHAI, Submission, Section 301 Hearing 2 (Sept. 28, 2017);

statunitensi riguardo queste revisioni è la mancanza di misure di salvaguardia per assicurare che non si abusi delle informazioni concesse.¹³⁵

L'insieme delle pratiche di revisione cinesi tese a favorire il trasferimento forzato di tecnologia rientra nelle misure di screening degli FDI su cui come si è visto nel precedente capitolo si possono trovare delle discipline al riguardo solo in ambito GATS. Ciò non toglie che invece sulle ricadute di queste misure come la mancata protezione dei segreti commerciali è riscontrabile una normativa specifica nell'articolo 39 dell'accordo TRIPS. Ci si è chiesti perché gli Stati non abbiano fatto ricorso a tale articolo in DS 542, cosa che invece l'UE ha prontamente fatto nella sua richiesta di consultazione DS 549. L'UE ha infatti sostenuto che gli articoli dal 18 al 21 delle TIER come anche il primo paragrafo dell'articolo 43 dei Regolamenti sulle Joint Venture violino gli articoli 39.1 e 39.2 del TRIPS. Da una parte il paragrafo 1 dell'articolo 43 delle Joint venture prevede un esame generale e requisiti di approvazione per ogni accordo di trasferimento di tecnologia concluso da una Joint Venture, dall'altra gli articoli dal 18 al 21 delle TIER impongono che tutti i contratti di import tecnologico debbano essere notificati e registrati presso le autorità cinesi provvedendo anche a fornire una copia del contratto. Secondo l'UE la violazione dell'articolo 39 deriverebbe dal fatto che in relazione a queste misure di screening la Cina sembra non garantire un'effettiva protezione delle informazioni confidenziali per i detentori stranieri di proprietà intellettuale.¹³⁶ Prima dell'entrata in vigore dell'accordo TRIPS la protezione dei segreti commerciali non era considerata parte della Protezione dei diritti di proprietà intellettuale ma parte delle norme generiche sulla competizione sleale. Si può affermare che l'articolo 39 abbia costituito una grande innovazione per quel

¹³⁵ GATT Agreement, Article X (Jurisprudence) Se si riconsidera la giurisprudenza sull'articolo X(3)(a) del GATT citata nel primo capitolo proprio questa mancanza di misure di salvaguardia potrebbe giocare a favore dell'Unione europea nel dimostrare che la Cina amministra le sue leggi e regolamenti in maniera irragionevole e imparziale nell'ottica di favorire il trasferimento forzato di tecnologia.

¹³⁶ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, 06 June 2018, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

che riguarda la protezione dei diritti di proprietà intellettuale a livello di diritto internazionale. Con l'adozione dell'accordo infatti le informazioni riservate sono state per la prima volta incluse all'interno delle diverse forme di proprietà intellettuale. L'articolo 39 rappresenta perciò il primo riconoscimento multilaterale del ruolo essenziale giocato dai segreti commerciali nell'industria e la prima disposizione che in ambito multilaterale richiede esplicitamente gli stati membri di provvedere alla protezione dei segreti commerciali. Gli Stati Uniti erano in prima fila nel richiedere l'inclusione della dell'articolo 39 nell'accordo TRIPS eppure ad ora non esiste nessun caso alla WTO in cui gli Stati Uniti abbiano reclamato una violazione di tale articolo da parte della Cina.

137

A un quarto di secolo di distanza dall'adozione dell'accordo TRIPS l'UE è stata il primo membro WTO a fare ricorso all'articolo 39 sul quale non esiste quindi alcuna giurisprudenza al riguardo. Ciò non sembrerebbe derivare da presunte lacune o ambiguità dell'articolo. Le informazioni confidenziali ai sensi dell'articolo 39 sono in primo luogo parte dei diritti di proprietà intellettuale che devono essere fatti valere in base alla Parte terza dell'Accordo TRIPS relativa all'“Applicazione dei diritti di Proprietà intellettuale”. L'articolo 39 dell'accordo TRIPS sancisce poi che le persone naturali e giuridiche devono avere la possibilità di prevenire che informazioni legalmente sotto il loro controllo possano essere divulgate a, acquistate da, o usate da altri senza il loro consenso in una maniera contraria a pratiche commerciali eque. Risulta evidente che l'articolo 39 provvede per una protezione obbligatoria da parte di ogni membro della WTO delle informazioni riservate e anche se il termine informazioni riservate non è definito ampiamente nell'articolo, le circostanze nelle quali informazioni legalmente sotto il controllo di una parte privata possono essere protette contro la divulgazione, l'acquisizione o l'uso senza il

¹³⁷ BACCHUS J. LESTER S., HUAN Z., *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, November 15, 2018. Available at: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/disciplining-chinas-trade-practices-wto-how-wto-complaints-can-help>

consenso del proprietario sono chiarite in dettaglio. L'obbligo per i governi di garantire che le informazioni riservate siano protette sussiste infatti fintanto che tali informazioni:

a) Siano segrete nel senso che non sono nel loro Corpus o nella precisa configurazione e assemblaggio dei loro componenti generalmente conosciute tra o immediatamente accessibili a persone all'interno dei circoli che normalmente operano con il tipo di informazioni in questione;

(b) abbiano un valore commerciale perché sono segrete; e

(c) Siano soggette ai dovuti passaggi sotto le condizioni, da parte della persona legalmente in controllo di tali informazioni, per tenerle segrete.¹³⁸

Delle informazioni sono quindi protette ai sensi dell'articolo 39 se sono segrete, hanno un valore commerciale e sono state protette contro la divulgazione. Del termine segreto viene offerta una definizione calata nel contesto della protezione dei diritti di proprietà intellettuale e della competizione equa. In base all'articolo 39.2 risulta segreta un'informazione che "non è generalmente conosciuta o immediatamente accessibile nel suo corpo o nella combinazione e assemblaggio delle sue componenti a coloro che normalmente operano con il tipo di informazioni in questione. Tale definizione rimanda quindi ai vari concorrenti del settore in cui le informazioni riservate risultano decisive per ottenere un vantaggio commerciale. Ne deriva che proprio perché l'informazione è segreta possiede anche un valore commerciale. E se tali informazioni possiede un valore commerciale sembrerà naturale è scontato che sia protetta da parte del proprietario contro il rischio di divulgazione. Tuttavia proprio su questo terzo requisito l'articolo 39 non entra nel dettaglio, pur affermando che le informazioni riservate per essere protette ai sensi dell'articolo 39 devono essere state a loro volta sottoposte a dei ragionevoli passaggi in base alle circostanze da parte della persona legalmente in controllo di tali informazioni per rimanere segrete, non viene fornito alcun esempio di cosa questi ragionevoli passaggi possono essere e non esiste come sopra citato

¹³⁸ TRIPS Agreement, Article 39 in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

alcun caso legale alla WTO che faccia da guida al riguardo. Rifacendosi al diritto interno sulla protezione dei diritti di proprietà intellettuale si riscontra che “ i segreti vanno mantenuti all'interno della compagnia: solo quelle persone che hanno bisogno delle informazioni per farne uso a vantaggio della compagnia possono avere accesso ad esse; gli altri ne sono esclusi”. Inoltre “maggiore è il valore di un segreto più sofisticata e costose dovrebbe essere la protezione che ci si aspetta dal suo proprietario”; quindi i passaggi intrapresi di conseguenza dovrebbero essere considerati tra i “ragionevoli passaggi” ai sensi dell'articolo 39.¹³⁹

Va aggiunto che ai sensi dell'articolo 39 la divulgazione, l'acquisizione o l'uso di informazioni riservate senza il consenso del proprietario è proibito solo se avviene in una maniera contraria a pratiche commerciali oneste. Tali pratiche vengono definite ai fini di tale provvedimento nella nota a piè di pagina 10 dove si afferma che una maniera contraria a pratiche commerciali oneste deve significare “quanto meno” pratiche come la rottura di un contratto, violazione della riservatezza e induzione alla violazione, e include l'acquisizione di informazioni riservate da parte di terzi che erano palesemente negligenti nel non riuscire a riconoscere che tali pratiche erano implicate nell'acquisizione. L'inclusione del termine “quantomeno” all'interno di questa nota a piè di pagina lascia ampio spazio per ulteriori pratiche commerciali che possono essere considerate inique.¹⁴⁰

Considerata la complessiva solidità dell'articolo 39 si è sostenuto che gli Stati uniti avrebbero potuto usarlo per affrontare non solo, come ha fatto l'Unione europea, le pratiche sul trasferimento di tecnologia cinesi ma anche in forma più sistematica per dimostrare la generale mancanza di protezione dei segreti commerciali a fronte delle perduranti falle nella legge cinese contro la

¹³⁹ BACCHUS J. LESTER S., HUAN Z., *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, November 15, 2018. pp. 22-23 Available at: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/disciplining-chinas-trade-practices-wto-how-wto-complaints-can-help>

¹⁴⁰ Ibidem. p. 23

competizione iniqua (Anti-Unfair Competition Law AUCL).¹⁴¹ Come è stato osservato dall'USTR sull'aggiornamento del 2017 dell'AUCL “nonostante l'impegno di lungo termine da parte di Stati Uniti e di altri paesi, la Cina ha scelto di non istituire una legge sui segreti commerciali autonoma e continua invece a inserire importanti disposizioni sui segreti commerciali nell'AUCL, un arrangiamento che contribuisce a carenze nozionali, concettuali e pratiche nella protezione dei segreti commerciali”.¹⁴²

Va ammesso tuttavia, che per quanto gli Stati Uniti abbiano spazio per poter presentare un reclamo alla WTO sulla violazione dei segreti commerciali da parte della Cina, il processo per poter sostanziare tale reclamo non si presenta affatto semplice. Gli Stati Uniti dovrebbero apportare prove sufficienti per ogni presunta violazione dei segreti commerciali e dimostrare che effettivamente delle “informazioni riservate” costituiscono tali segreti commerciali.

Tutto ciò richiederebbe la raccolta e il rilascio di un notevole quantitativo di informazioni, un'impresa particolarmente ardua di fronte all'opacità e all'elusività del sistema economico e amministrativo cinese. Lo stesso vale per l'Unione Europea che ha comunque deciso di affrontare il problema dei segreti commerciali nella sua Richiesta di consultazione DS 549. Se si riprende però la giurisprudenza dell'articolo X del GATT nel quale si toccava in maniera indiretta la divulgazione dei segreti commerciali, ci potrebbero essere delle possibilità che l'Unione Europea non debba dimostrare ogni singola istanza di mancata protezione dei segreti commerciali in Cina; basterebbe dimostrare che mancano nel sistema cinese le dovute misure di salvaguardia per evitare che in situazioni come lo screening di investimenti tecnologici non si verifichi trasferimento forzato di tecnologia tramite fuga di informazioni riservate.¹⁴³

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² USTR, *Special 301 Report*, April 27, 2018, p. 40 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018%20Special%20301.pdf>

¹⁴³ GATT Agreement, Article X, (Jurisprudence) pp. 22-24 in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

1.2 Il dilemma dell'implementazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina

Una seconda divergenza tra gli approcci di Stati Uniti e Unione Europea in tema di IPR si è riscontrata riguardo a un problema che indirettamente influenza il trasferimento di tecnologia, cioè l'inadeguata implementazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina. Se l'Unione Europea sembra non aver sentito il bisogno di inserire nella sua richiesta di consultazione un reclamo in materia, gli Stati Uniti ne hanno parlato seppur in maniera concisa verso la fine del Report 301. In questo si afferma che diverse parti interessate di compagnie americane operanti in Cina hanno espresso preoccupazioni riguardo alla mancanza di un adeguato meccanismo di implementazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina. Tale inadeguatezza sarebbe particolarmente critica se si considera l'ampia diffusione in Cina di pratiche come il furto di segreti commerciali, la falsificazione di marchi, la violazione di brevetti e la contraffazione in un'ampia gamma di prodotti come medicinali, prodotti elettronici e informatici, accessori, abbigliamento e calzature, giocattoli, parti di automobili e semiconduttori. Nonostante la Cina stia cercando di migliorare il quadro giuridico sugli IPR, molte parti interessate hanno sostenuto che continuano ad esserci ostacoli sostanziali all'implementazione civile e che l'implementazione amministrativa e criminale del Governo Cinese rimanga ineffettiva e inconsistente. Questi problemi sarebbero ulteriormente esacerbati dall'insufficiente coordinazione governativa, dall'insufficiente volontà politica dei funzionari cinesi e dalla mancanza di risorse e capacità adeguate per affrontare i problemi legati agli IPR.¹⁴⁴

Si tratta di una problematica che da anni interessa le compagnie americane operanti in Cina, ma per quanto sia riscontrabile una chiara disciplina in materia nel TRIPS ad ora gli Stati Uniti hanno presentato al riguardo un solo

¹⁴⁴ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 179 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

reclamo alla WTO nella disputa con la Cina DS 362.¹⁴⁵ Reclamo su cui fra l'altro gli Stati non sono riusciti a far valere a pieno le proprie argomentazioni, motivo per cui forse questa volta hanno scelto di non ripresentarlo nella richiesta di consultazione DS 542 e di dedicarvi solo una sintetica menzione nel report 301. Nella disputa iniziata nel 2007 DS 362 "Cina- Misure influenzanti la Protezione e l'implementazione dei diritti di proprietà intellettuale" gli Stati Uniti avevano sostenuto inter alia che la Cina non avesse fornito adeguate sanzioni penali per determinate violazioni di Marchi commerciali e copyright così come richiesto dalla prima sentenza dell'articolo 61 del TRIPS, la quale così dispone: "I membri devono prevedere sanzioni e procedure penali da applicare almeno in casi di volontaria contraffazione di Marchi commerciali o di pirateria di copyright su scala commerciale". Questo perché secondo gli Stati Uniti le soglie in termini di volume e valore di beni contraffatti o piratati stabilite dalla Cina per applicare procedure e sanzioni penali contro la contraffazione di marchi commerciali o la violazione di copyright superavano i limiti consentiti dall'articolo 61 del TRIPS. Era quindi in gioco il grado di discrezione che gli Stati membri possono mantenere nell'attuare le norme dell'accordo TRIPS. Un'importante questione interpretativa per il Panel fu la determinazione del significato di "scala commerciale" nella prima sentenza dell'articolo 61. Secondo gli Stati Uniti infatti le soglie quantitative stabilite dalla Cina violavano il TRIPS in quanto permettevano di contraffarre e piratare beni a livello commerciale così come inteso nell'articolo 61.¹⁴⁶

¹⁴⁵ WTO DS 362: *China, Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. Panel Report*, January 26 2009, Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm

¹⁴⁶ SAGGI, K., TRACHTMAN, J., *Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009. In H. Horn & P. Mavroidis (Eds.), *The WTO Case Law of 2009: Legal and Economic Analysis* (The American Law Institute Reporters Studies on WTO Law, pp. 63-86). Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Gli strumenti legali cinesi nei quali gli Stati Uniti avevano riscontrato queste soglie erano la legge penale della Cina, l'interpretazione giudiziaria numero 19 e l'interpretazione giudiziaria numero 16. Per esempio nell'interpretazione giudiziaria numero 19 la falsificazione di Marchi registrati poteva risultare in sanzioni penali solo quando il numero di unità falsificate avesse superato i 20000 pezzi o se il volume di affari legali fosse stato superiore ai 50 mila yuan o se ancora la somma di guadagni illegali avesse superato i 30.000 yuan.¹⁴⁷ Il Panel rigettò le argomentazioni statunitensi osservando che ciò che costituisce scala commerciale dipende dal prodotto e dal mercato in questione. Le soglie cinesi per l'imposizione di sanzioni penali potevano essere effettivamente troppo alte per determinati mercati, tuttavia il panel ha affermato che gli Stati Uniti non erano stati capaci di fornire prove consistenti a dimostrazione che era questo il caso per specifici mercati o prodotti in Cina. Di fatti, le prove fornite dagli Stati Uniti si limitavano ad alcuni articoli di giornale o riviste. Il panel inoltre rigettò il ricorso da parte degli Stati Uniti al PIL pro capite, come criterio per misurare la scala commerciale, ritenendolo invece una misura troppo ampia in relazione a specifici mercati. Si è offerta al contrario una visione del concetto di scala commerciale come di uno "standard" generico, la conformità al quale va giudicata caso per caso nelle risoluzioni delle controversie WTO. La decisione del Panel quindi, accettando nel caso in questione un relativo margine di discrezione nazionale nel rafforzamento degli IPR, sembra aver dato ragione alle argomentazioni cinesi che in risposta agli Stati Uniti avevano reclamato il diritto sovrano di uno Stato di determinare le proprie leggi penali.¹⁴⁸

SEZIONE II

¹⁴⁷ Ibidem. p. 12

¹⁴⁸ Ibidem. pp. 15-16

L'ASSALTO DELLA COMMISSIONE 301 ALLE PRATICHE CINESI SUL TRASFERIMENTO DI TECNOLOGIA RELATIVE AGLI FDI

2.1 Il regime cinese sugli investimenti dall'estero in relazione al trasferimento forzato di tecnologia

Se già in tema di diritti di proprietà intellettuale vi sono state delle discordanze tra gli approcci di USA e UE alle violazioni cinesi, è sulle misure di incentivazione del trasferimento di tecnologia relative agli investimenti che tali approcci hanno preso strade completamente diverse. Il regime cinese sul trasferimento di tecnologia ingloba infatti proprio quelle misure relative agli investimenti che come si è osservato nel precedente capitolo non sempre sono adeguatamente disciplinate dagli accordi WTO. Di fronte a queste mancanze della normativa WTO gli Stati Uniti hanno scelto di sviluppare le loro accuse solo nel report 301, mentre l'Unione Europea con una visione più costruttiva ha cercato degli strumenti alternativi all'interno del sistema WTO per dimostrare l'illegalità internazionale delle misure cinesi sugli investimenti.

Nel report 301 le accuse statunitensi si sono focalizzate su due strategie cinesi in ambito di investimenti: Da una parte il Governo cinese userebbe restrizioni agli investimenti esteri come limiti alla partecipazione estera nelle joint ventures per richiedere o forzare il trasferimento di tecnologia. Dall'altra il governo cinese nei suoi processi amministrativi di approvazione e di concessione di licenze richiede il trasferimento di tecnologia come requisito di prestazione necessario per poter ottenere le varie approvazioni necessarie per stabilire un'attività e operare in Cina.¹⁴⁹

Il punto di partenza per analizzare le restrizioni sugli investimenti esteri nel regime di trasferimento tecnologico della Cina è stato il Catalogo delle Industrie per la Direzione degli investimenti stranieri (Catalogo degli investimenti) che costituisce lo strumento principale per la guida degli FDI in

¹⁴⁹ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 19 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

Cina. Nella sua versione del 2017 il catalogo contiene una lista di industrie dove gli FDI sono incoraggiati e una lista negativa di investimenti la quale a sua volta indica le industrie dove gli FDI sono limitati o proibiti.¹⁵⁰ Gli investimenti stranieri in industrie limitate sono soggetti a revisioni governative più rigorose e a processi di approvazione amministrativi che variano caso per caso, mentre gli investimenti in settori incoraggiati beneficiano di trattamenti preferenziali, per esempio sui dazi di importazione di beni capitali. Tuttavia anche la più positiva classificazione di industria “incoraggiata sembra essere secondo l’USTR solo qualcosa di provvisorio, come già successo in passato, una volta che la Cina otterrà l’autosufficienza in tali settori “incoraggiati” e avrà quindi chiuso il Gap tecnologico non tarderanno ad arrivare nuove restrizioni. Tramite questa selettiva restrittività il governo cinese utilizza così il proprio regime sugli investimenti per canalizzare gli investimenti stranieri ai fini delle proprie politiche industriali.¹⁵¹ Un’altro tratto saliente del Catalogo sugli investimenti è che questo richiede che gli investimenti in determinati settori prendano la forma di una joint venture azionaria o controllata, in cui la partecipazione nel capitale del partner straniero è soggetta a dei limiti o in cui la parte cinese deve detenere la maggioranza delle azioni o essere l’azionista di controllo. Secondo varie testimonianze prese in considerazione nell’investigazione 301 l’imposizione da parte della Cina di questi requisiti preclude alle compagnie statunitensi di concordare termini vantaggiosi per entrare nel mercato cinese mettendo le basi perché il governo cinese si trovi nella posizione di poter richiedere il trasferimento forzato di tecnologia.¹⁵² Nonostante delle riforme nel regime cinese sugli investimenti esteri abbiano permesso altre forme di investimento come le WFOE (imprese sotto il pieno

¹⁵⁰ WTO, *Trade Policy Review: China*, 2018, p. 37 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp475_e.htm

¹⁵¹ USTR, *Section 301 Report on China’s Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 24-26 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹⁵² Ibidem.

controllo dell'investitore straniero), le restrizioni sulla proprietà continuano a valere in settori chiave come i servizi, l'agricoltura, l'industria estrattiva e il manifatturiero. Attualmente trentacinque settori risultano inclusi nella categoria "limitati", alcuni di questi e le forme di investimento a cui sono limitati vengono mostrati nella tabella seguente.

Table II.1: Examples of Equity Restrictions and Local Partner Requirements in China's 2017 Foreign Investment Catalogue

Sector	Summary of Requirements
Selection and cultivation of new varieties of crops and production of seeds	Chinese party must be the controlling shareholder.
Exploration and development of oil and natural gas	Limited to CJV or EJV
Manufacturing whole automobiles	Chinese party's investment cannot be lower than 50 percent, and the same foreign investor may establish no more than two JVs in China for the same kind of automobiles, subject to certain exceptions.
Manufacturing commercial aircraft	Chinese party must be the controlling shareholder.
Construction and operation of nuclear power plants	Chinese party must be the controlling shareholder.
Value-added Telecommunications Services	Foreign investment cannot exceed 50 percent, excluding e-commerce, and is limited to WTO commitments. Note that China classifies a broad range of internet and technology-related services under this sector.
Basic telecommunications services	Chinese party must be the controlling shareholder and foreign investment is limited to WTO commitments.
Banks	Foreign financial institution investment cannot exceed 20 percent or 25 percent depending on how the investment is structured.
Medical institutions	Limited to CJV or EJV.
Surveying and mapping companies	Chinese party must be the controlling shareholder.

Source: *Foreign Investment Catalogue (2017 Amendment)*.

¹⁵³ La lista negativa nel catalogo degli investimenti stranieri insieme ai requisiti

¹⁵³ Ibidem. p. 26

di formazione delle joint venture rientrano in quel tipo di restrizioni agli investimenti che come si è visto nel precedente capitolo hanno una disciplina in ambito WTO solo per quanto riguarda il settore dei servizi. Essendo invece le misure cinesi applicate nell'industria manifatturiera ad alto contenuto tecnologico è comprensibile perché gli Stati Uniti non le abbiano attaccate nella loro richiesta di consultazione DS 542.

Dopo aver analizzato il Catalogo degli investimenti stranieri il report 301 ha preso poi in rassegna alcuni settori tecnologici specifici per illustrare come le restrizioni agli investimenti fungano da strumento per indurre il trasferimento forzato di tecnologia.

2.2 Le Industrie automobilistiche

Il primo settore preso in considerazione è stato quello automobilistico di cui si è analizzato il cosiddetto modello di investimento Changan, così chiamato in riferimento alla joint ventures 50\50 formata da una casa automobilistica statunitense e dalla Chongqing Changan Automobile (Changan), una impresa di proprietà statale (SOE) controllata a monte dalla “Commissione del Consiglio di Stato per l'amministrazione e la supervisione degli asset statali”(State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC)) attraverso il “China South Industries Group”. Secondo quanto riscontrabile in un articolo sul sito della SASAC questo modello si caratterizza per il fatto che la proprietà straniera non può superare il 50% della joint venture mentre la Changan detiene il nucleo della tecnologia produttiva, il che gli permette di incrementare le capacità di innovazione indigene e progressivamente migliorare il proprio marchio domestico. Viene messa così in pratica la cosiddetta strategia “IDAR” (*Introduce, Digest, Absorb, Re-innovate*) che punta cioè all'introduzione di tecnologia straniera, alla digestione e assorbimento di questa e al suo rinnovamento. L'IDAR è poi complementata dai cambiamenti periodici nel “Catalogo degli investimenti stranieri”. È infatti possibile osservare che il Catalogo fino al 2010 “incoraggiava” la produzione completa di automobili in Cina, tra il 2011 e 2014 questa risultava semplicemente “ammessa” mentre a partire dal 2015 è entrata

a far parte della categoria di investimenti “limitati” quando le capacità produttive cinesi nel settore hanno iniziato a crescere.¹⁵⁴

2.3 I Regolamenti NEV sui veicoli a energia innovativa

Negli ultimi anni le pressioni per il trasferimento tecnologico in Cina si sarebbero fatte particolarmente intense nel settore dei veicoli a energia innovativa, new energy vehicles (NEVs), che includono gli ibridi plug-in, a batteria elettrica e a celle a combustione. Nel 2012 il Consiglio di Stato ha rilasciato il piano NEV(2012-2020) che traccia le linee guida per lo sviluppo industriale del settore, chiedendo l'adozione di numerose Regolamenti e programmi di sussidio per supportare l'R&D, la produzione e l'utilizzo di NEV nazionali. Il principio base del Piano NEV è quello di accelerare la formazione di tecnologia, standard e brand attraverso l'utilizzo di proprietà intellettuale indigena.¹⁵⁵ Più recentemente il noto documento “Made in China 2025” ha riconfermato il focus cinese nello sviluppo di capacità domestiche per produrre NEV includendo il settore nella tabella di marcia delle aree tecnologiche chiave (Made in China 2025 Roadmap), che sollecita fra le varie cose, che i NEV indigeni arrivino a comprendere il 70% delle vendite domestiche di NEV entro il 2020 e l'80% per il 2025.¹⁵⁶

Secondo il report 301 i produttori stranieri di NEV subirebbero pressioni affinché producano i loro veicoli direttamente in Cina anziché esportarli verso la Cina; ciò avverrebbe tramite maggiori dazi di importazione, sovvenzioni a coloro che producono NEV in Cina e il più recente sistema di credito NEV. Fino al 2017 la stessa produzione in Cina veniva poi sottoposta a regole di accesso al mercato, ordinate nel 2009 dal Ministero dell'Industria e dell'IT (MIIT), le

¹⁵⁴ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 30 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹⁵⁵ Ibidem p. 31

¹⁵⁶ STATE COUNCIL OF PRC, *Made in China 2025, 中国制造 2025*, 7 July 2015, p. 25, Available at: <http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/>

quali valendo allo stesso modo per tutte le imprese che producono NEV in Cina per uso in Cina e costituendo condizione necessaria per essere selezionati per determinati programmi preferenziali, richiedevano che le NEV JV detenessero diritti di proprietà intellettuale in una delle tre tecnologie NEV chiave: Batterie, sistemi di guida e sistemi di controllo. I produttori stranieri di NEV, non potendo ottenere il controllo del nucleo della Joint Venture si trovavano quindi nella condizione di accettare il trasferimento di tecnologie di valore quale condizione di accesso al mercato. A partire dal 2017 queste pressioni si sono fatte più intense, le nuove regole di accesso al mercato ordinate dal MIIT richiedono che la parte straniera che va a formare la joint venture “padroneggi” (*master*) lo sviluppo e la produzione di un intero veicolo NEV anziché una delle tre tecnologie richieste nel precedente regolamento e che inoltre possieda capacità chiave in ambito di Ricerca e Sviluppo (R&D). Considerato ancora una volta il fatto che un investimento nel settore automobilistico in Cina può avvenire solo nella forma di una joint venture nella quale la parte straniera detiene non più del 50% dell’equity, la casa automobilistica straniera deve effettivamente trasferire un alto livello di tecnologie e componenti chiave verso la JV affinché quest’ultima possa padroneggiare il processo di produzione, inclusi sistemi di controllo elettrici, elettronici, sistemi energetici di bordo, propulsori e attrezzature di accoppiamento dinamico.¹⁵⁷

Il caso NEV contiene chiari esempi di requisiti di prestazione in forma di trasferimento di tecnologia e contributi all’R&D, misure che similmente alle restrizioni sugli investimenti tecnologici non trovano un’esatta disciplina nella WTO, risultando generalmente conformi all’accordo TRIMS il quale vieta solo requisiti di prestazione in materia di contenuto locale.

Per quanto riguarda le sovvenzioni ai produttori stranieri di NEV si può dire che esse siano specifiche ai sensi dell’articolo 2 dell’Accordo SCM in quanto mirate esclusivamente al settore NEV. Il fatto però che siano vincolate alla

¹⁵⁷ USTR, *Section 301 Report on China’s Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 31-32 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

localizzazione della produzione in Cina, al trasferimento di tecnologia di valore e alla conduzione di R&D, non costituisce però una condizione tra quelle considerate dall'articolo 3 dell'SCM affinché una sovvenzione sia da considerare proibita. Le sovvenzioni vincolate alla conduzione di R&D non sono poi nemmeno perseguibili ai sensi dell'articolo 8; ci sarebbe del potenziale per valutare se lo siano invece quelle vincolate al trasferimento di tecnologia, in quanto come specificato nell'articolo 5 capaci di produrre effetti avversi per l'economia. Non va comunque dimenticato che l'Accordo SCM rientra nell'ambito del GATT 1994 e copre quindi il commercio di prodotti senza che vi sia un chiaro riferimento agli investimenti esteri.¹⁵⁸

2.4 Settore aeronautico

Un ultimo settore preso in considerazione nel report 301 è stato quello aeronautico. L'analisi di questo settore si è focalizzata sull'ampia discrezione con cui il governo cinese tratterebbe i fornitori stranieri. Considerato che le tre compagnie aeronautiche cinesi più grosse, AirChina, China Eastern, and China Southern – sono di proprietà statale il report 301 sostiene che il governo cinese goda di un ampio potere d'acquisto sui produttori di aerei stranieri. Tale potere verrebbe sfruttato per richiedere la formazione di joint ventures e il trasferimento di tecnologia in cambio di due tipi di vantaggi commerciali: l'acquisto di aeroplani da parte delle compagnie di Stato cinesi e l'acquisto di componenti per aeroplani fabbricati in Cina.¹⁵⁹

L'influenza dello Stato cinese sulle compagnie aeronautiche straniere si esplica poi tramite l'imposizione di processi di approvazione governativa alle loro vendite. Il potere d'acquisto dello Stato cinese in questo settore viene infine utilizzato per implementare la catena domestica di distribuzione di aerei

¹⁵⁸ SCM Agreement, in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

¹⁵⁹ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 33 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

prodotti in Cina quali in particolare il C919, il primo aereo “indigeno” commerciale di grandi dimensioni cinese. Nello specifico la società aerei commerciali della Cina (COMAC), una SOE, avrebbe reso esplicito che i fornitori stranieri del C919 devono entrare in una joint ventures con un fornitore cinese per poter partecipare alle gare d'appalto per la fornitura di componenti e sistemi essenziali. Un tipo di pressione che appare prevalente quando si tratta di gare d'appalto per la fornitura di alta tecnologia in cui le capacità cinesi risultano arretrate, è il caso di materiali all'avanguardia o di sistemi di controllo di volo.¹⁶⁰

Le osservazioni statunitensi sulla condotta del governo cinese nel settore aeronautico toccano ancora una volta un'area in cui il diritto WTO non offre una guida precisa, gli appalti pubblici internazionali. Il TRIMS è muto al riguardo lasciando ai governi piena libertà di discriminare sui fornitori stranieri o di imporre requisiti di prestazione come quelli appena visti nel caso cinese.

2.5 I processi di concessione di licenza e di revisione amministrativa nel Regime di trasferimento tecnologico cinese.

Dopo aver offerto alcuni esempi specifici relativi alle restrizioni agli investimenti e ai requisiti sulle joint ventures il report 301 si è concentrato sulla seconda strategia del regime sul trasferimento di tecnologia della Cina: i processi di revisione amministrativa e di concessione di licenza.

Generalmente in Cina gli investimenti esteri sono sottoposti a una serie di approvazioni governative che dipendono dai termini dell'investimento, dalla tipologia di industria coinvolta e dalla località in cui ha luogo l'investimento. Un investitore straniero potrebbe dover ottenere un'approvazione di investimento dal Ministero del Commercio (MOFCOM) o dalla sua controparte locale, un'approvazione progettuale da parte della Commissione per le riforme e lo sviluppo nazionali (NDRC), un'approvazione antimonopolio

¹⁶⁰ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 34 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

e di rispetto della sicurezza nazionale, o un'approvazione locale per requisiti inerenti al sito dell'investimento.¹⁶¹

Il report della commissione 301 enfatizza come ad ogni passaggio dei processi di approvazione disposizioni vagamente formulate provvedano i funzionari governativi di una significativa discrezione nell'imporre requisiti di trasferimento di tecnologia. Al riguardo vengono citate i Regolamenti che governano le joint-venture le quali stabiliscono espressamente che una Equity joint venture debba contribuire alla crescita del livello scientifico e tecnologico della Cina e che nel processo di approvazione la MOFCOM debba considerare se inter alia un investimento sia compatibile con i bisogni dello sviluppo economico nazionale e gli obiettivi delle politiche industriali cinesi.

In aggiunta anche se un investimento estero è tecnicamente ammesso, l'impresa estera che vuole intraprendere questo investimento deve comunque ottenere una licenza specifica per l'industria in cui vuole condurre la sua attività. La Cina imporrebbe così requisiti amministrativi per il rilascio di licenze a più di cento tipologie di attività commerciali, requisiti che come i tempi di approvazione variano in base al tipo di industria in questione. Per industrie fortemente regolate il processo di revisione può richiedere più di un anno.¹⁶²

Le procedure sopra descritte rientrano nell'ambito delle procedure di screening che caratterizzano il modello regolatore utilizzato dai paesi in via di sviluppo per incentivare il trasferimento di tecnologia. Come nel caso delle restrizioni agli FDI nel Catalogo cinese sugli investimenti solo l'accordo GATS impone dei limiti alla discrezione nazionale al riguardo. Tuttavia per quanto riguarda processi amministrativi in quanto tali e le ripercussioni in termini di trasferimento di tecnologia l'Unione Europea ha comunque fatto un

¹⁶¹ WTO, *Trade Policy Review: China*, 2018, p. 41 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp475_e.htm

¹⁶² USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 34 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

interessante ricorso agli articoli X del GATT e 39 del TRIPS. Come si è visto in precedenza, ha sostenuto infatti che i suddetti processi amministrativi, in quanto irragionevoli e parziali, violino l'articolo X(3)(a) del GATT, mentre le ripercussioni di tale imparzialità e irragionevolezza in termini di fuga di informazioni riservate siano in violazione degli articoli 39.1 e 39.2 del TRIPS.

SEZIONE III

LA REVISIONE DELLA RICHIESTA DI CONSULTAZIONE DELL'UE DS549

3.1 Il regime cinese sugli FDI in relazione al Protocollo di accesso della Cina alla WTO

Se è vero che si fatica a trovare nel diritto WTO norme che sanzionino direttamente le varie sfaccettature del regime cinese sul trasferimento tecnologico, è stato fatto notare che la Cina tramite il Protocollo di accesso alla WTO ha sottoscritto degli impegni supplementari nei confronti degli altri membri (*WTO plus obligations*) e tra questi è possibile identificare espliciti riferimenti ad alcune delle pratiche che gli Stati Uniti hanno attaccato nel Report 301.¹⁶³ Già nella richiesta di consultazione DSB 549 l'Unione Europea aveva reclamato una violazione del Protocollo d'accesso della Cina. Il 20 dicembre 2019 presentando una revisione di tale richiesta l'UE ha poi decisamente espanso le accuse di violazione del Protocollo. La revisione europea si è posta in antitesi all'approccio statunitense nel report 301. Per esempio, uno dei casi presi in analisi dall'UE è proprio il sopracitato caso NEV, riguardo al quale, contrariamente agli Stati Uniti, l'Unione Europea sostiene che i Regolamenti sui veicoli NEV violino in maniera esplicita il diritto internazionale.

¹⁶³ BACCHUS J. LESTER S., HUAN Z., *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, November 15, 2018. Available at: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/disciplining-chinas-trade-practices-wto-how-wto-complaints-can-help>

3.1 Nuove considerazioni sui Regolamenti NEV

Nello specifico i Regolamenti per l'ammissione di prodotti e imprese produttrici di veicoli a energie innovative (*NEV Regulation*) sarebbero incoerenti con gli impegni presi dalla Cina in relazione al Paragrafo 7.3¹⁶⁴ sulle misure non tariffarie della Parte I del protocollo di accesso della Cina alla WTO e al Paragrafo 1.2 Parte I del medesimo protocollo, in quanto incorpora gli impegni presi ai sensi dei Paragrafi 49 e 203 del Report del gruppo di lavoro sul Protocollo di accesso della Cina alla WTO¹⁶⁵.

¹⁶⁴ WTO, *China Protocol of Accession to the WTO*, 23 November 2001, Available at:

<https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=t%3A%2Fwt%2F432.doc&>

Part 1, Paragraph 7.3: "China shall, upon accession, comply with the TRIMs Agreement, without recourse to the provisions of Article 5 of the TRIMs Agreement. China shall eliminate and cease to enforce trade and foreign exchange balancing requirements, local content and export or performance requirements made effective through laws, regulations or other measures. Moreover, China will not enforce provisions of contracts imposing such requirements. Without prejudice to the relevant provisions of this Protocol, China shall ensure that the distribution of import licences, quotas, tariff- rate quotas, or any other means of approval for importation, the right of importation or investment by national and sub- national authorities, is not conditioned on: whether competing domestic suppliers of such products exist; or performance requirements of any kind, such as local content, offsets, the transfer of technology, export performance or the conduct of research and development in China".

¹⁶⁵ WTO, *Report of the Working Party on the Accession of China*, 1 October 2001, Available at:

<https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=t%3A%2Fwt%2Facc%2Fchn49.doc&>

Paragraph 49: "The representative of China confirmed that China would only impose, apply or enforce laws, regulations or measures relating to the transfer of technology, production processes, or other proprietary knowledge to an individual or enterprise in its territory that were not inconsistent with the WTO Agreement on Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS Agreement") and the Agreement on Trade- Related Investment Measures ("TRIMs Agreement"). He confirmed that the terms and conditions of technology transfer, production processes or other proprietary knowledge, particularly in the context of an investment, would only require agreement between the parties to the investment. The Working Party took note of these commitments."

Paragraph 203: "The representative of China confirmed that upon accession, as set forth in the Draft Protocol, China would comply fully with the TRIMs Agreement, without recourse to Article 5 thereof, and would eliminate foreign-exchange balancing and trade balancing requirements, local content requirements and export performance requirements. Chinese authorities would not enforce the terms of contracts containing such requirements. The allocation, permission or rights for importation and investment would not be conditional upon performance requirements set by national or sub-national authorities, or subject to secondary conditions covering, for example, the conduct of research, the provision of offsets or other forms of industrial compensation including specified types or volumes of business opportunities, the use of local inputs or the transfer of technology. Permission to invest, import licences, quotas and tariff rate quotas would be granted without regard to the existence of competing Chinese domestic suppliers. Consistent with its obligations under the WTO Agreement and the Draft Protocol, the freedom of contract of enterprises would be respected by China. The Working Party took note of this commitment."

Ai sensi del paragrafo 7.3 del Protocollo d'accesso e dei paragrafi 49 e 203 del Report del gruppo di lavoro la Cina si era impegnata a non vincolare l'approvazione da parte di autorità cinesi del diritto di investimento a requisiti di prestazione di qualsiasi tipo, come il trasferimento di tecnologia e lo svolgimento di Ricerca e Sviluppo in Cina. La Cina verrebbe meno a tali impegni proprio perché i Regolamenti NEV vincolano l'accesso al mercato NEV in Cina a requisiti di prestazione come il trasferimento di tecnologia, software, strumenti e equipaggiamenti alle joint ventures in Cina e la localizzazione della produzione in Cina. Il requisito di trasferimento di tecnologia in particolare si esplicherebbe nell'obbligo per la parte straniera che vuole formare una Joint Venture in Cina di capire e padroneggiare tecnologia di alto livello, di possedere specifici strumenti, equipaggiamenti, software, impianti, capacità produttiva e ulteriori capacità. I regolamenti NEV stabiliscono inoltre una serie di requisiti generali di approvazione che includono lo stabilimento di impianti di sviluppo e progettazione e lo svolgimento di attività di Ricerca e Sviluppo in Cina.¹⁶⁶

Questi requisiti di prestazione si possono specificatamente individuare nelle seguenti disposizioni dei Regolamenti NEV:

- Alla voce I(2), paragrafo 1 dell'allegato 1 dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina sono richiesti la conoscenza e il padroneggiamento di tecnologie pertinenti allo sviluppo e produzione di NEV;
- Alla voce I(2), punto (5) dell'allegato 1 dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato di veicoli elettrici plug-in (*plug-in hybrid electric vehicle (PHEV)*), sono richiesti anche la conoscenza e il padroneggiamento dei sistemi di controllo per il motore e per i dispositivi di accoppiamento elettromeccanici;
- Alla voce I(2), punto (5) dell'allegato 1 dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato di veicoli elettrici a celle a combustibile (fuel

¹⁶⁶ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, Revision, December 20 2018, pp. 6-7 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

cell electric vehicle (FCEV)), sono richieste la conoscenza e il padroneggiamento di tecnologie legate al controllo del sistema a celle a combustibile e al controllo del sistema di stoccaggio dell'idrogeno;

- Alla voce I(5) dell'allegato I dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina è richiesto di possedere gli strumenti, i software e l'equipaggiamento essenziali per lo sviluppo dei veicoli e dei relativi sistemi e di avere specifiche capacità di sviluppo.

- Alla voce II(9) dell'allegato I dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina è richiesto di avere determinate capacità produttive, inclusi specifici strumenti, equipaggiamenti e macchinari.

- Alla voce I(1), primo paragrafo dell'allegato I dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina è generalmente richiesto di mettere in piedi un'istituzione di design e Sviluppo esclusivamente per lo sviluppo del design del prodotto e del processo di produzione in Cina.

- Alla voce I(3), primo paragrafo dell'allegato I dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina è generalmente richiesto di stabilire e mantenere nel territorio cinese specifici software e hardware, manuali e altri documenti di progettazione.

- Alla voce I (4) punti da (1) a (3) dell'allegato I dei Regolamenti NEV, alle imprese che vogliono accedere al mercato NEV in Cina è generalmente richiesto di creare in Cina una banca dati di informazione sui prodotti che includa un numero specifico di dati e informazioni specifiche, quali dati relativi alle prestazioni, disegni e specifiche tecniche e di progettazione.¹⁶⁷

3.2 La legge sulle JV e le disposizioni sugli FDI in sementi per colture

Oltre ai Regolamenti NEV, L'Unione Europea ha voluto citare altri due strumenti legali tramite i quali la Cina violerebbe gli impegni presi in base al paragrafo 7.3 della prima parte del protocollo di accesso alla WTO e al

¹⁶⁷ Ibidem. p. 6

paragrafo 1.2 della parte prima del medesimo protocollo in quanto incorpora gli impegni presi in base al paragrafo 203 del report del partito dei lavoratori: “I Regolamenti per l'implementazione della legge della Repubblica Popolare Cinese sulle joint ventures a equity sino-straniera ("JV Regulation") da sole o in congiunzione con altri strumenti legali, in particolare la legge della Repubblica Popolare Cinese sulle joint-venture a equity sino-straniera ("JV Law") e le Disposizioni sull'amministrazione di esame, approvazione e registro delle imprese di sementi per colture a investimento estero ("Seed FIE Approval Provisions").”¹⁶⁸

Le Disposizioni violerebbero gli impegni presi dalla Cina in base ai suddetti paragrafi del protocollo di accesso alla WTO perché come condizione per l'approvazione di imprese a investimento straniero di sementi per colture impongono requisiti che fanno riferimento al trasferimento di tecnologia, di materiale genetico e di biotecnologie verso la Cina. Per esempio:

- L'articolo 4(1) richiede che la parte straniera di un'impresa di sementi per colture a investimento straniero deve essere un'impresa che possiede un alto livello di selezione scientifica delle sementi, tecnologia di produzione e management di impresa. Gli stessi requisiti non valgono invece per la parte cinese dell'impresa.
- L'articolo 4(2) richiede che un'impresa di sementi per cultura a investimento straniero sia capace di introdurre e adottare varietà superiori di germoplasma, tecnologie di inseminazione e equipaggiamenti avanzati dall'estero.¹⁶⁹

I regolamenti si combinano con le Misure per l'amministrazione della licenze alla produzione di, e alle operazioni con sementi per colture("Seed Measures"). Queste sarebbero incoerenti con il paragrafo 7.3 e il paragrafo 1.2 della prima parte del Protocollo di accesso in quanto richiedono che un'impresa a partecipazione estera che voglia produrre sementi per colture o ottenere licenze commerciali in tale settore debba raggiungere specifici target nell'investimento in ricerca scientifica. Il rilascio delle licenze commerciali nel

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 7

settore delle sementi per colture sarebbe quindi vincolato alla conduzione di operazioni di ricerca e sviluppo in Cina. Ciò avviene nei seguenti casi:

- L'articolo 9(4) stabilisce che specifici obiettivi di Ricerca e Sviluppo debbano convogliare una percentuale degli introiti della compagnia o in termini prettamente finanziari, costituiscano condizioni da soddisfare per ottenere le necessarie licenze per la produzione di sementi;

- L'articolo 12 richiede che una compagnia che si candidi per una licenza di produzione di sementi debba rilasciare documenti dettagliati alle autorità cinesi, incluse descrizioni delle attività di Ricerca e Sviluppo della compagnia.¹⁷⁰In forma più ampia anche i Regolamenti¹⁷¹ e le Leggi sulle Joint Venture¹⁷² di cui si è parlato nel primo capitolo violerebbero gli impegni presi sulla base dei suddetti paragrafi del protocollo di accesso alla WTO. Questo perché la Cina vincola il diritto di un investitore straniero di investire in Cina al trasferimento di determinate tecnologie alla joint venture con un partner cinese. In particolare, imponendo dei requisiti sul tipo di tecnologia che deve essere trasferita alla joint venture, la Cina impedisce o limita la possibilità di un investitore straniero di decidere o patteggiare liberamente con il partner della joint venture quale tipo di tecnologia vada trasferita alla joint venture. La Cina rende questi requisiti condizione necessaria per ottenere le dovute approvazioni da parte delle autorità nazionali o subnazionali. Questi requisiti sono riscontrabili nei seguenti articoli:

- L'articolo 5 della *JV Law* richiede che l'equipaggiamento e la tecnologia conferiti da un partner straniero a una joint venture siano altamente progrediti e adeguati alle necessità della Cina. Il medesimo articolo richiede inoltre che il partner straniero di una joint venture debba pagare una compensazione nel

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ MOFCOM, Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint Ventures, January 17, 2003, Available at: <http://english.mofcom.gov.cn/article/lawsdata/chineselaw/200301/20030100064563.shtml>

¹⁷² MOFCOM, Law on Sino-Foreign Equity Joint Venture, January 14, 2003, Available at: <http://english.mofcom.gov.cn/article/lawsdata/chineselaw/200301/20030100062855.shtml>

caso di perdite economiche dovute all'intenzionale fornitura di tecnologia o equipaggiamenti obsoleti.

- L'articolo 41 delle *JV regulation* prevede che la tecnologia acquisita da una joint venture deve essere adeguata e all'avanguardia in modo da rendere i prodotti della joint venture capaci di fornire cospicui contributi sociali ed economici a livello domestico o di essere competitivi nel mercato internazionale
- In base agli articoli 7, 11, 26 e 27 delle *JV Regulations*, i dettagli riguardo alla tecnologia trasferita alla joint venture dal partner straniero sono parte delle informazioni che devono essere rilasciate alle autorità cinesi per l'esame di approvazione. In particolare l'articolo 27 prevede che la tecnologia fornita da una parte straniera debba essere soggetta a esame e approvazione dalle autorità competenti.
- Le *JV Regulation* e in particolare il suo articolo 4(3), da solo o in congiunto con altri strumenti, preclude l'approvazione di una joint venture da parte delle autorità se il progetto non è in conformità con lo sviluppo dell'economia nazionale cinese.¹⁷³

¹⁷³ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, Revision, December 20 2018, p. 4 Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

SEZIONE IV

LA LITANIA STATUNITENSE CONTRO IL SISTEMA ECONOMICO NON DI MERCATO CINESE

Sarebbe erroneo pensare che gli impegni aggiuntivi presi dalla Cina nel suo Protocollo d'accesso alla WTO siano sfuggiti agli Stati Uniti. Nel Report 301 vi è anzi una menzione diretta di tale protocollo, vi si riconosce infatti che mentre prima del 2001 la Cina imponeva esplicitamente il trasferimento di tecnologia come *quid pro quo* per l'accesso al mercato cinese, dopo l'accesso alla WTO la Cina si è impegnata nel suo Protocollo d'accesso e nel Report del gruppo di lavoro sul protocollo a non condizionare l'approvazione di investimenti e importazioni a requisiti di trasferimento tecnologico. Tuttavia secondo il report 301 la principale conseguenza di questo adeguamento normativo è stata che le pratiche e le politiche cinesi sul trasferimento di tecnologia si sono fatte sempre più implicite, venendo spesso condotte per istruzioni orali e a porte chiuse.¹⁷⁴ Se anche fosse possibile come ha fatto l'Unione europea individuare delle norme che codificano esplicitamente il trasferimento forzato di tecnologia, verrebbe in tal modo affrontata comunque solo una minima parte del problema.

Questo ragionamento è sintomo della generale impostazione che sta alla base del Report 301. Esso infatti non si pone solamente come un attacco legale al regime cinese sul trasferimento di tecnologia, ma in forma più ampia sottende una generale messa in discussione del sistema economico non di mercato cinese. Secondo gli Stati Uniti infatti il trasferimento di tecnologia sarebbe uno strumento del governo cinese ai fini di ambiziose politiche industriali, come quelle delineate nel documento chiave "Made in China 2025". L'obiettivo di

¹⁷⁴ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 20, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

queste politiche è ottenere il dominio domestico e la leadership globale in un ampio raggio di tecnologie, soprattutto quelle più avanzate, sollevando così la Cina nella catena globale di valore da centro di manifattura a basso costo a potenza innovativa globale nella scienza e nella tecnologia. Essendo la Cina particolarmente arretrata in molti settori chiave per il raggiungimento di questi risultati l'acquisizione, l'assorbimento e la re-innovazione di tecnologia straniera costituiscono i focus principali delle politiche tecnologiche cinesi. Per fare questo il "Made in China 2025" ripropone come in precedenti piani industriali cinesi un approccio top-down a direzione statale per lo sviluppo tecnologico, che include interventi governativi, sovvenzioni e sostanziali supporti finanziari alle industrie chiave per tale sviluppo.¹⁷⁵

Ciò considerato, secondo gli Stati Uniti la principale difficoltà nell'affrontare il trasferimento forzato di tecnologia in Cina deriverebbe quindi, oltre che dalla sopracitata mancanza di trasparenza nell'ambiente normativo, soprattutto dalla complessa relazione tra Governo e settore privato nella quale si sono sviluppati i meccanismi attraverso i quali verrebbe forzato il trasferimento di tecnologia. Nella quarta sezione del report 301, focalizzata sugli investimenti sistematici della Cina verso l'estero, gli Stati Uniti hanno offerto un resoconto dettagliato di come il Governo cinese e il Partito Comunista cinese (PCC) utilizzerebbero una vasta gamma di attori, regolamenti e linee guida informali per raggiungere gli obiettivi delle politiche industriali cinesi.¹⁷⁶

¹⁷⁵ STATE COUNCIL OF PRC, *Made in China 2025* 中国制造2025, 7 July 2015, Available at: <http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/>

¹⁷⁶ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 21, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

4.1 Gli investimenti sistematici verso l'estero in settori chiave per le politiche industriali della Cina

Gli investimenti diretti all'estero cinesi (OFDI), inizialmente improntati nella ricerca di depositi di minerali e di altre risorse naturali in regioni in via di sviluppo come in Africa e America Latina, si sono oggi sempre più focalizzati sulla tecnologia in regioni altamente sviluppate come gli Stati Uniti e l'Europa. Se da una parte non è possibile negare che gli investimenti diretti all'estero cinesi siano mossi da logiche prettamente di mercato quali l'espansione del mercato, l'incremento dell'efficienza e delle risorse disponibili, dall'altra questi vettori non sarebbero secondo gli USA sufficienti a spiegare pienamente le strategie complessive di investimento all'estero attuate dalla Cina. Il report della commissione 301 cita diverse fonti a sostegno del fatto che in realtà gli investimenti esteri della Cina siano sottoposti a un estensivo intervento governativo ai fini del raggiungimento di specifiche politiche industriali.¹⁷⁷

Una chiave di volta degli investimenti all'estero cinesi è la strategia “Andare fuori” (*Going out*), la quale incoraggia esplicitamente le compagnie cinesi a uscire fuori dal territorio nazionale per investire all'estero e fa appello al governo affinché si ponga da guida e facilitatore di questo processo.¹⁷⁸ Il sopracitato documento “Made in China 2025” offre specifiche linee guida a questa strategia d'acquisizione di tecnologia straniera attraverso gli investimenti all'estero. Tra i vari strumenti ha esplorato per esempio l'uso di fondi industriali, dividendi di capitali di proprietà statale e altri canali alternativi per supportare “l'andare fuori” di capacità manifatturiere come linee ferroviarie ad alta velocità, equipaggiamenti per generatori di potenza, automobili, ingegneristica così come implementare l'acquisizione di investimenti overseas.”¹⁷⁹

¹⁷⁷ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 61-65, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹⁷⁸ Ibidem. p. 66

¹⁷⁹ STATE COUNCIL OF PRC, *Made in China 2025 中国制造2025*, 7 July 2015, Available at: <http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/>

Un'altra importante iniziativa a supporto della strategia “Andare fuori” è la nuova Via della seta (*One Belt One Road*) lanciata nel 2015.¹⁸⁰ In essa la Cina ha fatto appello a una “cooperazione internazionale delle capacità industriali” focalizzata sull'incoraggiare gli investimenti all'estero nelle industrie manifatturiere per espandere il mercato per i beni e le tecnologie cinesi. Il concetto di “cooperazione internazionale delle capacità industriali” comprende anche possibili arrangiamenti da parte delle compagnie cinesi per ottenere tecnologie dalle entità straniere inclusi acquisizioni, varie forme di investimenti azionari e joint ventures. Nel maggio 2015 il Consiglio di Stato ha poi rilasciato un Guida su tale cooperazione internazionale individuando 11 settori prioritari per l'espansione internazionale: acciaio e metalli non ferrosi, materiali da costruzione, equipaggiamenti ferroviari, infrastrutture e generatori di potenza, sviluppo di risorse, tessile, automobilistico, tecnologia informatica, meccanica, aviazione e cantieristica navale. Per facilitare la strategia “Andare fuori” la Guida del Consiglio di Stato ha fatto inoltre appello al supporto dello Stato anche tramite strumenti di finanziamento quali: (1) investimenti azionari e nuove forme di finanziamento,(2) l'uso internazionale del renminbi per facilitare le transazioni con il supporto di banche di intervento di proprietà statale quali la banca per lo sviluppo cinese (CDB) e la banca dell'import-export della Cina(China Exim); (3) fondi di finanziamento diversificati incluso l'accesso lowcost al finanziamento tramite raccolta fondi domestica e accesso preferenziale alle riserve di valuta estera; (4) incremento nelle risorse di investimento azionario tramite un maggiore uso di fondi a

¹⁸⁰HONG KONG TRADE DEVELOPMENT COUNCIL, *Belt and Road Basics*, Available at:

<http://beltandroad.hktdc.com/en/belt-androad-basics> Last visited September 28, 2019 :“The Belt and Road Initiative refers to the Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road, a significant development strategy launched by the Chinese government with the intention of promoting economic co-operation among countries along the proposed Belt and Road routes. The Initiative has been designed to enhance the orderly free-flow of economic factors and the efficient allocation of resources. It is also intended to further market integration and create a regional economic co-operation framework of benefit to all.”)

contributo statale come il fondo per la nuova Via della Seta; (5) l'assicurazione del credito all'esportazione.¹⁸¹

4.3 Il sistema cinese di approvazione degli investimenti verso l'estero

Secondo il report 301 il governo cinese ritiene una considerevole abilità di influenzare gli investimenti verso l'estero anche attraverso procedure amministrative di approvazione degli OFDI e controllo sul cambio delle valute estere. Fino ai primi anni 2000 gli investimenti cinesi verso l'estero erano abbastanza rari soprattutto a causa del regime molto restrittivo a riguardo. Solo a partire dal 2004 il governo cinese ha cominciato a rilassare alcune restrizioni sugli investimenti verso l'estero e a formalizzare in leggi e Regolamenti un proprio sistema di approvazione degli investimenti verso l'estero. A fondamento di questo cambio si trova la Legge sulle licenze amministrative della Repubblica Popolare Cinese entrata in vigore il primo luglio del 2004. La legge traccia una marcata distinzione tra un insieme di elementi che potrebbero e un insieme che non potrebbe necessariamente essere oggetto di approvazione governativa e codifica rilevanti procedure regolatorie al riguardo. Sempre nel luglio 2004 il Consiglio di Stato ha rilasciato anche un parere guida sulla revisione delle approvazioni agli investimenti raccomandando una generale riduzione delle approvazioni ma allo stesso tempo la necessità di formulare piani di sviluppo economico di lungo termine e cataloghi di guida agli investimenti in modo da canalizzare gli investimenti verso aree favorite dal governo.¹⁸²

¹⁸¹ STATE COUNCIL OF PRC, *Guiding Opinion on Promoting International Industrial Capacity and Equipment Manufacturing Cooperation* No. 30, issued May 13, 2015..

¹⁸² USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 70 Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

I principali attori coinvolti nel sistema di approvazione degli investimenti verso l'estero sono agenzie governative individuali come la NDRC, la SAFE e il MOFCOM. In primo luogo la commissione per la riforma e lo sviluppo nazionale (*National Development and Reform Commission* (NDRC)) ha l'autorità di visionare e approvare i progetti di investimento verso l'estero che coinvolgano estrazioni di risorse all'estero o ampi volumi di valuta estera, così come la quantità di valuta estera utilizzata per l'investimento. L'amministrazione di Stato della valuta estera (*State Administration of Foreign Exchange* (SAFE)), il braccio della banca centrale cinese che amministra la valuta estera, ha poi l'autorità di esaminare e approvare i transfer verso l'estero di valuta estera per progetti di capitale e di visionare e esaminare la fonte d'origine dei transfer verso l'estero di valuta estera per gli investimenti all'estero. Infine il Ministero cinese del commercio (MOFCOM) ha l'autorità di esaminare e approvare lo stabilimento di imprese overseas e la partecipazione in grossi appalti all'estero.¹⁸³

Il MOFCOM e la NDRC in primo luogo applicano tramite differenti strumenti legali un esame di approvazione specifico per investimenti in paesi e settori "sensibili". Gli altri investimenti regolari sono invece sottoposti a requisiti di registrazione negli archivi statali per poter ottenere le dovute approvazioni.

Il MOFCOM può rigettare un investimento se le informazioni fornite non sono "complete" o "veritiere", ritenendo quindi ampia discrezione sulla profondità delle informazioni richiedibili. I principali criteri utilizzati invece dalla NDRC per selezionare gli investimenti sarebbero la conformità alle politiche industriali, agli "interessi e alla sicurezza nazionali" della Cina. Secondo gli Stati Uniti il Governo cinese utilizzerebbe una definizione troppo espansiva e inconsistente dei termini "sicurezza nazionale", "interesse nazionale" e "settori sensitivi" che lascia ancora una volta considerevole discrezione alle autorità governative nell'approvare gli investimenti verso l'estero.¹⁸⁴

¹⁸³ Ibidem. p. 71

¹⁸⁴ Ibidem. pp. 74-75

Dopo aver superato il processo di esaminazione e approvazione e aver fornito una deposizione per i registri governativi al MOFCOM e alla NDRC, le imprese che intendono intraprendere investimenti all'estero devono passare per un'ulteriore esame in modo da ottenere i quantitativi di valuta estera necessari per i propri investimenti; a partire dal 2015 tali revisioni vengono effettuate dalle banche locali sotto la supervisione della SAFE. Considerato il fatto che la Cina opera attraverso un account di capitale chiuso limitando la convertibilità della propria valuta così come i flussi monetari verso l'esterno e l'interno, questo controllo sul cambio di valute estere costituirebbe secondo il report 301 un'arma cruciale del governo cinese per influenzare gli investimenti verso l'estero.¹⁸⁵

Oltre ai vari processi amministrativi di screening e approvazione, per canalizzare gli investimenti esteri verso le priorità governative la Cina avrebbe anche istituito un sistema di settori "incoraggiati" all'interno delle "Politiche guida Industriali per gli investimenti overseas" rilasciato nel 2006 dalla MOFCOM e dalla NDRC. I settori di investimento che sarebbero incoraggiati da tale sistema sono: gli investimenti che permettono l'acquisizione di risorse e materiali grezzi di cui si ha una scarsa produzione domestica e di cui esiste un'urgente domanda per lo sviluppo sociale ed economico della nazione;" (2) investimenti che supportano l'export di prodotti, equipaggiamenti, tecnologie e manodopera nei quali la Cina risulta possedere un vantaggio competitivo; (3) investimenti che sono chiaramente capaci di implementare le capacità di sviluppo e ricerca tecnologici della Cina, inclusa l'abilità di utilizzare tecnologie d'avanguardia, esperienza manageriale e talenti professionali di alta classe a livello internazionale.

Gli investimenti "incoraggiati" ricevono quindi diverse forme di sostegno governativo, tra cui: sussidi per onorari sostenuti e prestiti bancari a tassi di interesse sovvenzionati dal governo; supporto finanziario dalle banche di intervento; approvazione amministrativa prioritaria; supporto prioritario per l'uso di valuta estera; riduzioni delle imposte all'esportazione sulle

¹⁸⁵ Ibidem.

esportazioni di attrezzature e altri materiali relativi ai progetti di investimento overseas; accesso prioritario ai servizi relativi al finanziamento estero, alla consulenza sugli investimenti, valutazione dei rischi, controllo dei rischi e assicurazione degli investimenti; supporto coordinato da diversi dipartimenti governativi per quanto riguarda lo scambio di informazioni, protezione diplomatica, spostamenti di personale all'estero e registrazione di diritti di importazione ed esportazione.¹⁸⁶

4.4 Il ruolo delle SOE e delle Banche a proprietà statale nel regime cinese sugli investimenti verso l'estero

Oltre che da agenzie governative come la NDRC, il MOFCOM e la SAFE la strategia “*Going Out*” verrebbe infine implementata da tutta una serie di attori il cui legame con il Governo Cinese risulta più complesso da decifrare. Si tratta in particolare delle imprese a proprietà statale (SOE) che ancora oggi contano per buona parte del totale degli investimenti all'estero e sono responsabili per le più grosse transazioni overseas. Un ruolo decisivo sarebbe giocato poi dalle banche di proprietà statale (SOB) e le banche commerciali di stato (SOCB) le quali hanno facilitato gli investimenti all'estero soprattutto tramite sostegni finanziari alle SOE.¹⁸⁷

Gli Stati Uniti nel report 301 hanno compiuto un ampio sforzo analitico per dimostrare come esista un intimo legame tra il governo cinese, le SOE e le SOCB, e come questo legame serva le strategie complessive di investimento all'estero come il “*Going Out*”.

Un primo documento citato a supporto delle argomentazioni statunitensi è stata una dichiarazione del Presidente cinese e Segretario generale del PCC Xi Jinping che nell'ottobre 2016 avrebbe definito le SOE come un'estensione dello

¹⁸⁶ Ibidem. pp. 77-79

¹⁸⁷ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, p. 80, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

Stato Partito in quanto importanti forze per l'implementazione di decisioni del partito comunista cinese e delle maggiori strategie come la strategia industriale "Andare Fuori" ("Going Out") tesa a promuovere la potenza complessiva della nazione, lo sviluppo economico e sociale e il benessere della popolazione.¹⁸⁸

Un'ulteriore prova che le SOE siano soggette alla direzione e al controllo diretti dello Stato sarebbe il fatto che il governo cinese ha un mandato legale e costituzionale per mantenere un ruolo di leader nel settore statale. Le più grosse SOE in Cina sono infatti amministrate dalla Commissione del Consiglio di Stato per la supervisione e amministrazione degli asset di proprietà statali (SASAC). La SASAC impone un elaborato sistema di regole, piani, e obblighi di segnalazione che utilizza per monitorare e influenzare gli investimenti all'estero delle SOE centrali. Tali requisiti sono stati articolati dalla SASAC in due misure: Le misure provvisorie sulla supervisione e l'amministrazione degli investimenti all'estero delle imprese centrali a proprietà statale del 2012 (*2012 SOE Measures*) e il suo aggiornamento del 2017 (*2017 SOE Measures*). Le *SOE Measures* del 2012 hanno stipulato che nell'intraprendere investimenti all'estero le SOEs devono agire in conformità con i piani per lo sviluppo economico e sociale della nazione e con le politiche industriali di investimento all'estero, in conformità con la composizione dell'economia di proprietà statale e con la direzione degli aggiustamenti strutturali e in conformità con strategie a livello di impresa in settori industriali chiave che puntino all'internazionalizzazione delle operazioni e al rafforzamento della competitività internazionale delle imprese di tale settore. Nonostante l'aggiornamento del 2017 abbia semplificato il grosso di questi principi, gli Stati Uniti hanno fatto notare che esso conserva il requisito per le imprese di Stato centrali di agire in accordo con gli orientamenti strategici del Governo cinese.¹⁸⁹

¹⁸⁸ CHINA DAILY, *Xi Stresses CPC Leadership of State-owned Enterprises*, Oct. 12, 2016, Available at: http://www.chinadaily.com.cn/china/2016-10/12/content_27035822.htm

¹⁸⁹ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 82-83, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

Un controllo addizionale sulle attività delle SOE verrebbe esercitato dal governo cinese attraverso il Partito Comunista cinese. I dirigenti delle SOEs sono in genere membri del PCC, che si alternano tra posizioni governative e di controllo societario e sono soggetti alla valutazione del dipartimento organizzativo del PCC. Le SOEs ospiterebbero anche al loro interno commissioni del PCC che partecipano attivamente nella governance di impresa; si tratta di una situazione codificata all'interno della legge cinese nell'articolo 19 della Legge della Repubblica Popolare Cinese sulle imprese (*PRC Company Law*) il quale dispone che: “Un'organizzazione del Partito Comunista cinese può essere istituita in tutte le imprese senza riguardo del fatto che siano proprietà di Stato, private, domestiche o a investimento straniero per portare avanti le attività del PCC”.¹⁹⁰ Secondo gli Stati Uniti sarebbe poi in atto negli ultimi anni una pressione coordinata per incrementare l'influenza delle commissioni del Partito Comunista sulle decisioni delle imprese.¹⁹¹ Più di 30 SOE cinesi registrate ad Hong Kong avrebbero alterato i loro articoli di associazione nel 2007 per codificare un ruolo operativo più esplicito per le loro commissioni interne di partito. Per esempio la Sinopec ha emendato il suo articolo di associazione per fare appello a un incremento dell'input del Partito Comunista sulle più importanti questioni imprenditoriali e sul personale manageriale.¹⁹²

4. 5 La controversa definizione del concetto di “organo pubblico”

La strategia “Going out” soprattutto per quanto riguarda i vari incentivi agli investimenti in essa implicati sarebbe in teoria disciplinabile a livello multilaterale dall'accordo SCM sulle sovvenzioni e le misure di ritorsione.

¹⁹⁰ NATIONAL PEOPLE CONGRESS, PRC Company Law (adopted by the NPC on Dec. 29, 1993, amended Dec. 25, 1999, further amended Aug. 28, 2004 and Oct. 27, 2005 and Dec. 28, 2013) Available at: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html

¹⁹¹ USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018, pp. 84-85, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

¹⁹² Ibidem. pp. 85-86

Tuttavia il controverso ruolo giocato in tale strategia da attori come le SOE e le SOB riproporrebbe in ambito SCM un problema interpretativo noto come “la questione dell’organo pubblico”. Perché un contributo sia considerato una sovvenzione vietata o sanzionabile ai sensi dell’articolo I dell’Accordo SCM esso deve essere fornito da “un governo o da un qualsiasi organo pubblico all’interno del territorio di un Membro (indicato in questo accordo come “governo”)”.¹⁹³ Nel caso in cui sia il governo cinese a fornire specifici contributi a determinati investimenti verso l’estero si potrebbe facilmente parlare di sovvenzioni ai sensi dell’articolo I. Tuttavia quando siano le SOE o le SOCB a fornire tali contributi per poter parlare di sovvenzioni occorre prima dimostrare che le SOE e le SOCB siano degli organi pubblici. Non essendovi nell’accordo SCM una definizione adeguata di ciò che costituisce “organo pubblico” tale identificazione può risultare davvero controversa; ne è prova la disputa DS 379: Stati Uniti - AD-CVD, il più autorevole precedente al riguardo nella giurisprudenza WTO.¹⁹⁴ Nel 2008 il Dipartimento del commercio degli Stati Uniti stabilì che determinate SOE e SOB fossero degli organi pubblici e come conseguenza di ciò gli Stati Uniti imposero incrementi tariffari in forma di misure di compensazione (*Countervailing measures*(CVD)) contro gli esportatori cinesi che avevano ricevuto dei prestiti preferenziali da tali SOE e banche statali. Nel caso DS 379 la Cina presentò quindi un reclamo secondo il quale la decisione del Dipartimento del Commercio americano era incorretta e che le misure di compensazione erano illegali. Al cuore della disputa si pose la seguente questione: cosa prova che un’entità commerciale come una SOE o una SOB costituisce un organo pubblico?¹⁹⁵ In un primo momento il report del

¹⁹³ SCM Agreement, Article 1.1, in WTO Analytical Index (2018) Available at: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

¹⁹⁴ WTO DS 379 *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*. Available at: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm.

¹⁹⁵ WU, M., *The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance*. Harvard International Law Journal, Vol. 57, 1001-1063 (2016); Harvard Public Law Working Paper No. 16-35. (May 13, 2016), p. 302 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779781>

Panel sostenne le argomentazioni degli Stati Uniti in base alle quali tale identificazione dovesse essere in base al criterio del controllo governativo, per esempio valutando se il governo fosse il principale azionista di tali SOE e SOB. A conclusione delle sue argomentazione il Panel aveva infatti affermato: “consideriamo che interpretare qualsiasi organo pubblico come qualsiasi entità controllata dal governo serve al meglio l’oggetto e lo scopo dell’Accordo SCM.”¹⁹⁶

L’organo d’appello ha poi invece rovesciato la decisione del panel rigettando il principio del controllo governativo utilizzato dagli Stati Uniti e supportato dal Panel. L’AB ha dichiarato in primo luogo “che i contorni e le caratteristiche di ciò che costituisce un organo pubblico variano da entità a entità, da Stato a Stato e da caso a caso”. Considerata quindi la specificità di ogni contesto secondo l’AB per poter determinare se ci si trovasse di fronte a un organo pubblico bisognava valutare se in tale contesto un certo ente possedesse, esercitasse o fosse investito di autorità governativa.¹⁹⁷

L’evidenza che un governo esercitava un controllo significativo su un’entità e la sua condotta avrebbe potuto certo contribuire a dimostrare che in specifiche circostanze una determinata entità possedesse autorità governative e esercitasse tale autorità nello svolgere funzioni governative. Tuttavia semplici collegamenti formali tra un’entità e un governo in senso stretto difficilmente sarebbero bastati a stabilire il possesso necessario di un’autorità governativa. Così per esempio si è sostenuto, confutando le argomentazioni statunitensi, che il semplice fatto che un governo fosse il maggiore azionista di un’entità non dimostrava che tale governo esercitasse un controllo significativo sulla condotta di tale entità e ancor meno che il governo le avesse conferito autorità

¹⁹⁶ MESSENGER, G., *The Public-Private Distinction at the World Trade Organization: Fundamental Challenges to Determining the Meaning of ‘Public Body’* (July 13, 2016). *International Journal of Constitutional Law* (2017) 15(1), 60-83. p. 65 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2826129>

¹⁹⁷ WU, M., *The ‘China, Inc.’ Challenge to Global Trade Governance*. *Harvard International Law Journal*, Vol. 57, 1001-1063 (2016); Harvard Public Law Working Paper No. 16-35. (May 13, 2016), p. 303 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779781>

governativa. Ciò che più importava sarebbe stata invece l'evidenza che un'entità esercitava funzioni governative e che ciò avveniva in maniera sostenuta e sistematica.¹⁹⁸

La decisione dell'Organo d'Appello non fu una completa vittoria per la Cina. Questo infatti decretò che alcuni colossi bancari cinesi di proprietà statale erano effettivamente degli organi pubblici in quanto il loro statuto legale li investiva dell'autorità per servire gli obiettivi del governo cinese. Perciò i loro prestiti se ritenuti artificialmente economici potevano essere soggetti a misure di compensazione. Nonostante l'interpretazione dell'AB si sia imposta come un precedente autorevole anche in casi successivi come USA- Acciaio al carbone, essa ha dato luogo fin da subito a diverse critiche in base alle quali il metodo scelto dall'AB per individuare un organo pubblico risultava un test troppo oneroso e che quindi alla Cina era stata concessa eccessiva discrezione nel sovvenzionare le sue industrie e manipolare i suoi mercati.¹⁹⁹ Come si vedrà nel prossimo capitolo gli Stati Uniti ancora oggi non condividono l'interpretazione del panel sul concetto di organo pubblico e vista la crescente criticità di enti come le SOE e le SOCB nell'economia globale spingono affinché di tale concetto venga elaborata una definizione normativa più rigida e oggettiva.

¹⁹⁸ WTO DS 379: *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*. Report of the Appellate Body, March 11 2011, Available at: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm

¹⁹⁹ BLUSTEIN, P. *China Inc. in the WTO Dock: Tales from a System under Fire*. CIGI Papers no. 157 . Centre for International Governance Innovation. December 2017. p. 15

CAPITOLO IV

PROPOSTE DI RIFORMA PER LA WTO

Sommario:

Sezione I. LA PRESSIONE STATUNITENSE PER AFFRONTARE LE SFIDE AL SISTEMA WTO

1.1 La dichiarazione plenaria d'apertura di Robert Lighthizer all'undicesima Conferenza Ministeriale della WTO: I punti chiave della critica statunitense al sistema WTO.

1.2 L'iniziativa trilaterale di USA, UE e Giappone

Sezione II. L'INIZIATIVA DELL'UE PER UNA RIFORMA DELLA WTO

2.1 Il Concept Paper dell'UE per una generale modernizzazione della WTO

2.2 Le proposte di riforma dell'AB presentate dall'UE al Consiglio generale della WTO

Sezione III. LA CINA NEL RUOLO DI "RILUTTANTE RIFORMATORE" DELLA WTO

3.1 La presa di posizione della Cina su un'eventuale riforma della WTO

3.1 La controproposta della Cina per una riforma della WTO

3.2 Rimedi contro le minacce all'esistenza della WTO

3.3 L'implementazione del ruolo della WTO nella Governance economica globale

La generale sfiducia degli Stati Uniti nelle capacità delle norme WTO di regolare la specificità del regime sul trasferimento di tecnologia cinese così come il loro ricorso a misure unilaterali come quelle applicate ai sensi della sezione 301 del Trade Act 1974 sembrano dimostrare le osservazioni del professore Mark Wu della Harvard Law school che nel suo saggio "The China Ink" ha sostenuto nel 2016 "the WTO faces a challenge: can the institution craft a predictable and fair set of legal rules to address new trade-distortive behavior arising out of China, Inc.? If not, key countries may turn away from the WTO to address these issues."²⁰⁰

Va considerato tuttavia che l'ultima volta che gli Stati Uniti ricorsero in maniera estensiva alle pratiche del cosiddetto "*Aggressive Unilateralism*" ci si trovava nel pieno delle negoziazioni dell'Uruguay round che hanno condotto alla nascita della WTO. In tale contesto le misure ritorsive della sezione 301 se da una parte misero fortemente in discussione il limitato sistema GATT 1947, dall'altra costituirono un efficace strumento di pressione per spingere alcuni

²⁰⁰ WU, M., *The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance*. Harvard International Law Journal, Vol. 57, 1001-1063 (2016); Harvard Public Law Working Paper No. 16-35. (May 13, 2016) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779781>

paesi in via di sviluppo ad accettare l'inclusione di accordi come TRIPS, TRIMS, e GATS nell'agenda di negoziazione dell'Uruguay round.²⁰¹

Similmente in questi anni si è ripresentata la necessità condivisa di una generale riforma della WTO, il cui spirito negoziativo sembra essere andato scemando dopo lo stallo del Doha Round. Il caso cinese sembra costituire il principale catalizzatore delle problematiche su cui più urge attualmente una riforma della normativa WTO.

Nel seguente capitolo si vedrà come nonostante gli Stati Uniti abbiano fatto ricorso all'”*Aggressive unilateralism*” d'altra parte sono stati anche i primi ad avanzare appelli di riforma per la WTO. Il principale tra questi è stato fatto all'undicesima Conferenza ministeriale della WTO dall'USTR Robert Lighthizer a Dicembre del 2017. Ad esso si sono associati il Giappone e l'UE in una dichiarazione congiunta nella medesima conferenza. La convergenza di interessi tra USA, UE e Giappone ha dato inoltre luogo a una serie di meeting trilaterali nei quali si è posto l'impegno di affrontare le problematiche emerse nell'assalto al regime cinese sul trasferimento di tecnologia sia tramite una riforma della WTO sia tramite strumenti alternativi a livello regionale e bilaterale.

Si vedrà poi come l'aggravarsi dell'escalation tariffaria a Settembre ha fatto da propulsore perché l'UE si sganciasse dal limitato ambito trilaterale per sviluppare una sua iniziativa di riforma autonoma incentrata esclusivamente sulla WTO. In essa da una parte si è mantenuto il focus sulle questioni che più premono agli Stati Uniti in modo che questi continuino a partecipare alle negoziazioni ma dall'altra l'UE ha puntato soprattutto per una riforma dell'AB, in cui l'attuale impasse nella nomina di nuovi giudici causata dagli Stati Uniti costituisce la principale minaccia all'esistenza della WTO.

Infine si osserverà come anche la Cina si sia lentamente inserita in queste dinamiche negoziative, associandosi prima alla proposta di riforma dell'AB

²⁰¹ HUGH P., BHAGWATI J. *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1990 p. 132

presentata dall'UE a Dicembre 2018 e presentando poi una sua proposta di riforma a Maggio del 2019.

SEZIONE I

LA PRESSIONE STATUNITENSE PER AFFRONTARE LE SFIDE AL SISTEMA WTO

1.1 La Dichiarazione plenaria di apertura di Robert Lightizer all'undicesima Conferenza ministeriale della WTO: I punti chiave della critica statunitense al sistema WTO.

Già prima della pubblicazione del report della commissione 301 gli Stati Uniti avevano lanciato importanti appelli per un rinnovamento della WTO. Le linee guida di queste argomentazioni si possono rintracciare nella Dichiarazione plenaria d'apertura di Robert Lightizer all'undicesima Conferenza ministeriale della WTO. In tale discorso Lightizer ha riconosciuto che la WTO rimane un'istituzione importante sia per la mole di lavoro svolto sia per il ruolo di foro negoziativo fra i membri, tuttavia si trova nelle circostanze attuali ad affrontare delle grandi sfide.²⁰²

In primo luogo Lighthizer ha voluto sottolineare il fatto che la WTO sta perdendo il suo essenziale focus sulla negoziazione, incentrandosi al contrario sempre più sui contenziosi legali. Si tratta di una riflessione sul mandato originale della WTO così come espresso nel paragrafo 2 dell'articolo III dell'accordo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: *"The WTO shall provide the forum for negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations in matters dealt with under the agreements in the*

²⁰² USTR, *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference, 12/11/2017*, Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

*Annexes to this Agreement. The WTO may also provide a forum for further negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations, and a framework for the implementation of the results of such negotiations, as may be decided by the Ministerial Conference.”*²⁰³

Questo spirito originario della WTO è venuto sempre meno soprattutto dopo lo stallo nelle ultime negoziazioni commerciali su larga scala del Doha Round nel 2001. Quello che è comunemente definito Doha Development round includeva nella sua ambiziosa agenda questioni come:

- I problemi dei paesi in via di sviluppo nell’implementare gli accordi WTO in vigore.
- L’accesso al mercato per i prodotti non agricoli.
- Problematiche relative all’accordo TRIPS quali l’accesso dei paesi in via di sviluppo alle medicine essenziali e la protezione delle indicazioni geografiche.
- Regole sui dazi antidumping, sovvenzioni e accordi commerciali regionali.
- La risoluzione delle controversie.
- Trattamento speciale e differenziato per i paesi in via di sviluppo e meno sviluppati.

Alcuni membri della WTO, in particolare la comunità europea spinsero per l’inclusione nelle negoziazioni di ulteriori temi, noti come “Singapore Issues”, quali le relazioni tra il commercio e gli investimenti, le leggi sulla competizione, trasparenza negli appalti governativi e agevolazioni al commercio. E fu proprio per l’opposizione dei paesi in via di sviluppo all’inizio di negoziazioni sui “Singapore issues” insieme alla reticenza di paesi come Stati Uniti e UE nell’abbandonare le proprie politiche agricole protezioniste a causare il generale fallimento del Doha Round.²⁰⁴

²⁰³ VAN DEN BOSSCHE, P. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. doi:10.1017/CBO9781139165143. p. 90

²⁰⁴ Ibidem pp. 91-93

Nella dichiarazione rilasciata da Lightizer si ripresentano alcune delle principali questioni dell'agenda Doha, in particolare quelle sulla risoluzione delle controversie, sullo status dei paesi in via di sviluppo, l'implementazione degli accordi WTO da parte di questi ultimi, le sovvenzioni e le pratiche commerciali anticompetitive. Dopo il richiamo allo spirito originario della WTO Lightizer ha proseguito infatti affermando che c'è da chiedersi che senso abbia la corrente struttura di risoluzione delle controversie se si considera che troppo spesso i membri credono di poter ottenere attraverso dispute legali concessioni che non potrebbero mai ottenere al tavolo delle negoziazioni²⁰⁵. Implicito è il rimando all'accusa di eccessiva assertività che gli Stati Uniti hanno a lungo rivolto all'Organo d'Appello della WTO. Secondo gli Stati Uniti infatti le decisioni vincolanti date dall'Organo d'appello su norme ambigue o incomplete della WTO, stabilendo un precedente per casi futuri, aggirano la prerogativa dei paesi Membri di rinegoziare nuove regole e ne limitano la sovranità nazionale. Il sopradescritto rovesciamento del Report del Panel sull'interpretazione del concetto di "Organo Pubblico" costituirebbe un esempio emblematico di questa tendenza dell'Organo d'Appello.²⁰⁶ In tale ottica quindi gli Stati Uniti si sono da diversi anni mobilitati bloccando la nomina di nuovi giudici all'Organo d'Appello in modo da far pressione per la negoziazione di nuove norme che prendano in considerazione gli interessi statunitensi e limitino il presunto abuso di potere giudiziario dell'AB.²⁰⁷ In secondo luogo Lightizer ha sostenuto che c'è bisogno di maggiore chiarezza sul concetto di sviluppo all'interno della WTO, soprattutto quando cinque delle sei nazioni più ricche al mondo reclamano lo status di paesi in via di sviluppo,

²⁰⁵ USTR, *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference*, 12/11/2017, Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

²⁰⁶ BLUSTEIN, P. *China Inc. in the WTO Dock: Tales from a System under Fire*. CIGI Papers no. 157 December 2017. Centre for International Governance Innovation

²⁰⁷ PAYOSOVA, T., HUFBAUER, G., SCHOTT, J., *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief 18-5 (March). Washington: Peterson Institute for International Economics, 2018.

in modo da usufruire dei vantaggi ad esso connessi tramite il diritto di eccezioni alle regole della WTO. La Cina è il caso più eclatante al riguardo, nonostante sia la seconda più grande economia del pianeta e il suo maggiore esportatore continua ad autodefinirsi “*the world’s largest developing country*”.²⁰⁸ Desterebbe turbamento inoltre che una gran maggioranza di stati all’interno della WTO dimostri di credere che vi siano decisi vantaggi nell’applicare eccezioni alle regole della WTO e che dunque al contrario la completa applicazione di tali regole risulti addirittura di ostacolo alla crescita economica.²⁰⁹

In terzo luogo è stata poi sollevata la questione dell’implementazione delle regole della WTO, al primo posto nell’agenda del Doha round, sostenendo che sia impossibile negoziare nuove regole quando il grosso di quelle attuali non viene affatto rispettato; ai fini di una maggiore implementazione sarebbe necessario correggere le scarse prestazioni di molti membri in ambiti come la notificazione e la trasparenza. Gli Stati Uniti hanno poi puntato a una revitalizzazione della WTO per implementare l’efficienza dei mercati focalizzandosi su nuove sfide quali eccesso cronico di capacità produttiva e l’influenza delle imprese di Stato, problematiche di cui ancora una volta la Cina costituisce il caso più rappresentativo. Le varie sfide sollevate hanno infine convogliato in un generale appello ad usare la WTO nel suo spirito originario per creare nuove regole che aumentino l’efficienza dei mercati, il commercio e il benessere globale e contribuiscano così a rafforzare la credibilità pubblica del libero mercato e della stessa WTO.²¹⁰

²⁰⁸ SOUTH CHINA MORNING POST, *China refuses to give up ‘developing country’ status at WTO despite US demands*, April 6 2019, Available at: <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3004873/china-refuses-give-developing-country-status-wto-despite-us> Visitato il 16/09/2019

²⁰⁹ USTR, *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference*, 12/11/2017, Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

²¹⁰ Ibidem.

1.2 L'iniziativa trilaterale di USA, UE e Giappone

Sempre all'undicesima Conferenza ministeriale della WTO il 12 Dicembre 2018 l'UE e il Giappone si sono associati all'appello statunitense rilasciando insieme agli USA la seguente dichiarazione congiunta:

"We shared the view that severe excess capacity in key sectors exacerbated by government-financed and supported capacity expansion, unfair competitive conditions caused by large market-distorting subsidies and state owned enterprises, forced technology transfer, and local content requirements and preferences are serious concerns for the proper functioning of international trade, the creation of innovative technologies and the sustainable growth of the global economy.

"We, to address this critical concern, agreed to enhance trilateral cooperation in the WTO and in other forums, as appropriate, to eliminate these and other unfair market distorting and protectionist practices by third countries."²¹¹

Dato il convergere dei loro punti di vista sulle attuali sfide al sistema WTO l'Unione Europea, il Giappone e gli Stati Uniti si sono perciò impegnati in una partnership trilaterale per ricercare vie che indirizzino le distorsioni al commercio globale causate dal sistema economico non di mercato cinese. Sono state considerate sia iniziative di breve termine sia modelli di regole per disciplinare un regime commerciale mercantilista e a direzione statale. Le negoziazioni inoltre non si limitano al solo ambito di USA, UE e Giappone, anzi il loro obiettivo è che un loro eventuale progresso attiri il coinvolgimento di altri membri della WTO.²¹²

Il documento più esemplificativo a testimonianza di tale impegno trilaterale è stato la Dichiarazione congiunta sul meeting trilaterale a Parigi dei ministri del commercio di Stati Uniti, UE, e Giappone, pubblicato il 31 marzo del 2018.

²¹¹ USTR, *Joint Statement by the United States, European Union and Japan at MC11, 12/12/2017*, Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/joint-statement-united-states>

²¹² BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

L'ambasciatore Robert E. Lighthizer, rappresentante del commercio degli Stati Uniti, Hiroshige Seko, ministro dell'economia, commercio e industria giapponesi e Cecilia Malmström, Commissaria europea per il commercio, posta come base l'importanza di conservare e implementare un sistema economico mondiale orientato ai mercati hanno sostenuto al riguardo che è particolarmente necessario approfondire e accelerare le discussioni per la negoziazione di nuove e più rigide regole sulle sovvenzioni industriali e sulle imprese di stato SOE.²¹³ Su questi due temi si può dire che sia stato ribadito quanto espresso da Robert Lightizer l'11 dicembre 2018 nella sua dichiarazione plenaria d'apertura alla Conferenza ministeriale della WTO.

Considerato infatti che gli organi pubblici come le SOE sono l'ossatura portante di determinate economie a controllo statale, essendo gli strumenti attraverso i quali tale controllo viene esercitato, ci si è accordati per discutere le basi su cui definire un'entità caratterizzata in quanto "organo pubblico", e partendo da tale definizione distinguere invece quali siano i comportamenti distorsivi del mercato determinati da entità non caratterizzate come "organi pubblici". Per quanto riguarda nuove e più efficienti regole sulle sovvenzioni ci si è accordati sulla necessità di proibire in maniera definitiva determinate sovvenzioni a meno che non si dia prova che nessun danno commerciale è stato causato ad altri, di sviluppare nuove regole che provvedano un rimedio specifico alle sovvenzioni correlate alla sovraccapacità e di trovare un modo per implementare in seno alla WTO la raccolta di informazioni sulle sovvenzioni e i loro effetti.²¹⁴

Nel seguito della dichiarazione congiunta si sono affrontate poi le principali problematiche trattate nel report 301 e nelle richieste di consultazione degli Stati Uniti e UE DS 542 e DS 543. I ministri hanno condiviso infatti la visione che nessun paese debba richiedere o far pressione per il trasferimento di

²¹³ USTR, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan*. Paris, May 23, 2018. Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/may/joint-statement-trilateral-meeting>

²¹⁴ Ibidem.

tecnologia da parte di compagnie straniere verso compagnie nazionali attraverso l'uso di strumenti quali ad esempio requisiti per la formazione di joint ventures, limitazioni nella percentuale di Equity della parte straniera, processi di concessione della licenza o di revisione amministrativa. I ministri hanno poi discusso gli effetti deleteri di misure regolatorie che forzano le compagnie straniere richiedenti una licenza di tecnologia a entità domestiche a fare ciò su termini non di mercato che favoriscono le entità domestiche. Si è discusso infine sul bisogno di stabilire meccanismi coordinati per bloccare le pratiche dei governi che direttamente e in maniera iniqua facilitano investimenti sistematici in e acquisizioni di compagnie straniere per ottenere tecnologie e proprietà intellettuale generando così trasferimento di tecnologia verso le compagnie domestiche. E condivisa inoltre una condanna generale per quelle azioni governative che supportano intrusioni non autorizzate in e furto da i network informatici delle compagnie straniere a scopo di ottenere informazioni sensibili e segreti commerciali e usare tali informazioni in modo da incrementare il proprio vantaggio competitivo. Al riguardo quindi i ministri si sono ulteriormente accordati per lavorare insieme includendo altri partner commerciali in linea su queste idee per trovare strumenti effettivi che blocchino i danni causati dal trasferimento forzato di tecnologia, incluso, però solo “dove appropriato”, l’organismo di risoluzione delle controversie in seno alla WTO.²¹⁵

L’incontro a Parigi è stato seguito da una ulteriore dichiarazione congiunta del 25 Settembre 2018 in cui sono ribadite le tematiche espresse il 23 Maggio partendo in primo luogo dalle discussioni per una eventuale riforma della WTO. Per quanto riguarda lo sviluppo di regole che indirizzino i comportamenti distorsivi del mercato delle imprese di Stato si è integrata la necessità di confrontare specifiche sovvenzioni deleterie quali : credito da parte di banche a proprietà statale incompatibile con l'affidabilità creditizia di una società, incluso a seguito di implicite garanzie statali; investimento azionario governativi o da parte di fondi di investimento governativi a

²¹⁵ Ibidem.

condizioni non commerciali; non-commercial debt-to-equity swaps; prezzi di input preferenziali, incluso il doppio pricing; sovvenzioni a un'impresa in difficoltà senza un piano di ristrutturazione credibile; e sovvenzioni che portano o mantengono l'eccesso di capacità.²¹⁶

Per quanto riguarda le politiche pratiche di paesi terzi non orientate al mercato i tre membri hanno indirizzato il loro staff a implementare le discussioni sui vari elementi o indicatori che segnalino l'esistenza per le imprese e le industrie di politiche non orientate al mercato, hanno poi fatto pressione perché aumenti la diffusione di informazioni sulle pratiche le politiche non orientate al mercato di paesi terzi e perché ci si impegni con altri partner commerciali a identificare degli strumenti per mantenere condizioni orientati al mercato. Si è infine confermato l'impegno per approfondire le discussioni sull'implementazione e sulla creazione di nuove regole quali strumenti per affrontare questi problemi. Sul tema del trasferimento forzato di tecnologia e dello spionaggio industriale si è ribadita la generale condanna di tali pratiche. Nella nuova dichiarazione si sono poi aggiunte condivise preoccupazioni riguardo dalla proliferazione del protezionismo digitale e il consenso per cooperare in modo da facilitare il commercio digitale e la crescita dell'economia digitale e per garantire un migliore ambiente di impresa tramite la promozione della sicurezza dei dati.

Ci si è mostrati ottimisti riguardo al progresso dei lavori esplorativi dell'iniziativa per una dichiarazione congiunta sul commercio elettronico alla WTO. Si confida che un'intensificazione e accelerazione di tale processo possa aiutare i vari membri a capire possibili elementi da includere in un futuro accordo sul Commercio digitale. I 3 ministri si sono poi accordati per continui lavori verso il tempestivo lancio di negoziazioni per un accordo che garantisca alti standard di condotta in ambito di Commercio digitale.²¹⁷

²¹⁶ USTR, *Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union*, September 25, 2018, Available at:

<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-trilateral>

²¹⁷ Ibidem.

Tuttavia secondo i tre partner un fattore inibisce in maniera decisa la possibilità di intraprendere negoziazioni sostanziali verso l'espansione del commercio internazionale: si tratta della classificazione troppo ampia e generica di paese in via di sviluppo all'interno della WTO, la quale si combina con la autodesignazione a tale status da parte di paesi come la Cina che invece considerato il loro livello innegabile di economie avanzate (Advanced WTO members) sono chiamati a assumere a pieno i loro impegni e responsabilità in future negoziazioni.²¹⁸ Riprendendo la dichiarazione di Robert Lightizer alla Conferenza Ministeriale della WTO abbiamo qui riformulato il suo quarto punto, quello sull'ambiguità dello status di paese in via di sviluppo.

Un ultima dichiarazione trilaterale di USA, UE e Giappone è stata rilasciata il 21 Maggio 2019. In essa è possibile tracciare alcuni avanzamenti nelle iniziative dei tre membri WTO, in particolare si sono applauditi la dichiarazione congiunta a Davos sull'E-Commerce e il dichiarato intento da parte di alcuni membri con economie avanzate di accantonare l'autodesignazione a paese in via di sviluppo e di assumere quindi a pieno le loro responsabilità nelle correnti e future negoziazioni alla WTO.²¹⁹

SEZIONE II

L'INIZIATIVA DELL'UE PER UNA RIFORMA DELLA WTO

2.1 Il Concept Paper dell'UE per una generale modernizzazione della WTO

Si può dire che la partnership trilaterale fra USA, UE e Giappone si sia posizionata in maniera ambivalente nei confronti delle potenzialità di una

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ USTR, *Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union*, May 23, 2018, Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/joint-statement-trilateral-meeting>

riforma della WTO, valutando il ricorso anche a strumenti alternativi per risolvere le problematiche prese in considerazione. A partire da settembre 2018 l'aggravarsi dell'escalation tariffaria insieme alle minacce di Trump di tirarsi fuori dall'organizzazione, mettendo pesantemente in discussione la credibilità della WTO, hanno spinto i suoi membri a mobilitarsi per iniziative di riforma dell'Organizzazione più ambiziose che ne scongiurino una crisi definitiva rendendola al contrario capace di affrontare le problematiche sollevate dalla guerra commerciale fra Cina e Stati Uniti. A settembre del 2018, un giorno dopo l'entrata in vigore del terzo round di ritorsioni tariffarie sulla Cina l'Unione Europea in particolare ha pubblicato un concept paper in cui si è imposto l'impegno di affrontare le problematiche considerate nei precedenti meeting trilaterali esclusivamente a livello WTO tramite una sua generale modernizzazione.²²⁰

Per quanto riguarda in primo luogo problemi come le sovvenzioni, le imprese di stato, le barriere ai servizi e agli investimenti incluso il trasferimento forzato di tecnologia e il trattamento differenziato per i paesi in via di sviluppo l'UE ha analizzato dove gli accordi WTO mostrino delle insufficienze nella loro capacità regolatrice e ci sia quindi bisogno di creare nuove discipline.²²¹

Sulle sovvenzioni industriali si è fatto notare come l'Accordo SCM, pur offrendo un quadro normativo dettagliato, non sia riuscito a limitare come dovuto determinate pratiche emerse negli ultimi anni. Con la sua applicazione si sono rivelate quindi diverse lacune e ambiguità per le quali urgerebbe rimedio. La creazione di nuove regole dovrebbe puntare a stimolare la notificazione dei paesi membri delle proprie sovvenzioni per esempio attraverso la creazione di presunzioni generali confutabili in base alle quali se

²²⁰ PIIE, *EU Proposals to Resolve the WTO Appellate Body Crisis Represent Partial Progress*, December 10, 2018. Available at: <https://www.pii.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-proposals-resolve-wto-appellate-body-crisis-represent-partial>

²²¹ EU, *Concept Paper on WTO modernization, September 2018*, Available at: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf

una sovvenzione non viene notificata o viene contro-notificata, si può presumere che sia una sovvenzione causante pregiudizio.²²²

Come nei meeting trilaterali è emersa la necessità di espandere il raggio delle sovvenzioni vietate e sanzionabili ma soprattutto di categorizzare meglio quelle fornite dalle SOE. Queste ultime sovvenzioni sarebbero disciplinate dall' SCM allo stesso modo di quelle governative attraverso il ricorso al concetto di "organo pubblico". Tuttavia l'UE ha fatto notare come a livello WTO il termine organo pubblico sia stato interpretato in maniera troppo ristretta, permettendo a numerose SOE di evadere l'applicazione dell'accordo SCM. Si tratta delle stesse critiche sollevate contro la sopra descritta decisione dell'AB in DS 379: US- AD-CVD.²²³ Una possibile chiarificazione di cosa costituisce organo pubblico dovrebbe quindi secondo l'UE combinare il criterio di controllo governativo che è stato generalmente scartato nella giurisprudenza WTO con quello dell'esercizio di autorità e funzioni governative.

Per quanto riguarda il trasferimento forzato di tecnologia si è osservato come le varie disposizioni al riguardo negli accordi GATT, GATS, TRIPS e TRIMS abbiano uno scopo di applicazione insufficiente per quanto riguarda misure sugli investimenti come i requisiti di prestazione e i limiti nella partecipazione straniera per le joint venture. C'è poi bisogno di nuove regole per disciplinare meglio le revisioni amministrative e i processi di concessione delle licenze come anche restrizioni nei contratti di licenza come quelle emerse nel caso cinese che impedirebbero di negoziare i contratti di trasferimento tecnologico secondo termini di mercato. Un'ulteriore disciplina che richiederebbe un rafforzamento sarebbe l'implementazione della protezione dei segreti commerciali.²²⁴

²²² Ibidem.

²²³ WTO DS 379: United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China. Report of the Appellate Body, March 11 2011, Available at: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm

²²⁴ EU, *Concept Paper on WTO modernization*, September 2018, Available at: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf

Nel considerare poi la questione dello sviluppo l'UE ha sostenuto come la differenza tra paesi sviluppati e in via di sviluppo non sia più capace di riflettere la realtà della rapida crescita economica che si è avuta negli ultimi decenni in alcuni paesi considerati in via di sviluppo. Ne deriva che il gruppo dei paesi in via di sviluppo include oggi alcune delle nazioni leader nel commercio globale, la cui economia è ormai ben distinta da quella degli altri paesi considerati in via di sviluppo e spesso eguaglia quella di molti paesi sviluppati. Questo cambio avrebbe delle conseguenze importanti soprattutto per quello che riguarda la questione del trattamento speciale e differenziato (S&D) che costituisce una delle maggiori fonti di tensione alla WTO e un grave ostacolo alle negoziazioni di nuove regole. Per esempio l'attuale richiesta di un generale trattamento differenziato da parte di membri il cui status in via di sviluppo è diventato discutibile offuscherebbe i reclami da parte di quei membri che effettivamente avrebbero bisogno di tale trattamento.

Ciò considerato l'UE ha dichiarato di supportare pienamente la concessione di assistenza e flessibilità necessarie per gli obiettivi di sviluppo tuttavia risulterebbe necessario cambiare il metodo con cui queste flessibilità vengono strutturate e implementate affinché risultino accessibili solo ai membri che veramente le necessitano. A tal fine L'Unione Europea ha proposto un sistema di "graduazione" che incoraggi i membri a "graduarsi" e uscire dallo status SDT. Nel caso di negoziazioni sul trattamento speciale e differenziato in futuri accordi l'Unione Europea sostiene che bisognerebbe allontanarsi dal sistema di eccezioni per blocchi aperti per dirigersi verso un approccio basato sulle evidenze (evidence-based) e guidato dai bisogni specifici (needs-driven) di ogni paese richiedente in modo che l'SDT risulti il più possibile mirato. In maniera simile quando invece sia richiesto un SDT supplementare in relazione ad accordi già esistenti questo dovrebbe essere concesso tramite di una valutazione caso per caso basata su una chiara identificazione degli obiettivi di sviluppo del paese richiedente, un'analisi degli impatti economici su tale

paese e sugli altri Membri WTO e un'esatta specificazione della durata dell'SDT e del suo ambito d'applicazione.²²⁵

L'impegno per un tale sforzo di creazione e aggiornamento normativo non ha mancato di risollevarne l'importanza di rendere a sua volta possibile il processo di creazione di norme riportando la WTO al suo spirito originario di forum negoziativo. Per sbloccare le funzioni negozitative della WTO l'UE ha proposto il ricorso a un multilateralismo flessibile in cui una questione anche se non pronta per un pieno consenso multilaterale possa essere elaborata dai membri interessati sotto gli auspici della WTO in direzione di un eventuale accordo ristretto. Da una parte l'UE ha continuato a supportare negoziazioni e risultati pienamente multilaterali, dall'altra quando un consenso multilaterale sia impossibile ha sostenuto il ricorso a negoziazioni plurilaterali aperte all'inclusione di altri membri e i cui risultati vengano applicati in base al principio della nazione più favorita.

Se per quanto riguarda i temi sopra considerati si assiste a un approfondimento in ambito WTO delle problematiche già toccate nei meeting trilaterali con Giappone e USA, il Concept Paper si è però distinto da queste iniziative per un focus esclusivo sulla crisi dell'Organo d'appello della WTO.

Ciò è stato fatto perchè secondo l'Unione Europea nell'attuale contesto di crescente tensione commerciale lo sblocco della paralisi nella nomina di nuovi giudici all'AB è cruciale per preservare e rafforzare il sistema WTO. Se infatti il veto degli Stati Uniti a tale nomina continuasse fino a dicembre del 2019 l'AB si ritroverebbe con meno di tre membri, cioè il minimo necessario per poter accogliere un ricorso. Per rompere questa impasse l'UE ha quindi cercato di affrontare nel suo Concept paper le principali ragioni di insoddisfazione degli USA nei confronti dell'AB. Si tratta di questioni come:

- L'indifferenza nei confronti della scadenza di 90 giorni per gli appelli
- Il servizio continuato da parte di persone che hanno concluso il loro mandato di giudici nell'AB

²²⁵ Ibidem.

- Il rilascio di pareri consultivi non necessari per risolvere una disputa, come le 46 pagine di obiter dicta nel caso Argentina –Misure relative al commercio di beni e servizi (DS453)
- La revisione de novo da parte dell'AB di fatti e revisioni di normative interne degli Stati membri, soprattutto nei casi in cui l'AB abbia revisionato conclusioni del Panel riguardo al significato di legislazioni domestiche.
- Il presunto reclamo da parte dell'AB che i suoi report possano essere trattati come precedenti.²²⁶

In relazione a queste critiche l'UE ha sostenuto la necessità di affrontarle cercando però allo stesso tempo di preservare e rafforzare la struttura originaria dell'AB. Al contrario degli USA, l'UE si è quindi preposta di esplorare ulteriori miglioramenti che non riducano il raggio d'azione dell'AB ma anzi ne garantiscano l'imparzialità e l'indipendenza. Questo soprattutto per evitare in maniera sistematica situazioni insostenibili come quella in cui nel 2016 gli Stati Uniti avrebbero bloccato il reincarico di un giudice all'AB a causa di una sua sentenza.²²⁷

2.2 Le proposte di riforma dell'AB presentate dall'UE al Consiglio Generale della WTO

Gli impegni enunciati nel Concept paper di Settembre si sono poi concretizzati in due parallele proposte di riforma dell'AB presentate dall'UE insieme ad altri Membri della stessa opinione al Consiglio generale della WTO tra il 12 e 13 Dicembre 2018.²²⁸

La prima proposta è stata presentata dall'UE insieme a Cina, Canada, India, Norvegia, Nuova Zelanda, Svizzera, Australia, Corea, Islanda, Singapore, e

²²⁶ Ibidem. p. 15

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ PIIIE, *EU Proposals to Resolve the WTO Appellate Body Crisis Represent Partial Progress*, December 10, 2018. Available at: <https://www.piiie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-proposals-resolve-wto-appellate-body-crisis-represent-partial>

Messico. Sulla scia del concept paper in essa si sono proposti diversi emendamenti del DSU al fine di potenziare l'Organo di risoluzione delle controversie e di affrontare le critiche sollevate su di esso dagli Stati Uniti in particolare. Per quanto riguarda la continuazione dell'attività di giudice all'AB da parte di figure che avevano ormai concluso tale mandato si è proposta l'applicazione di una regola transitoria che permetta a un giudice in uscita di concludere le disposizioni riguardo ad appelli pendenti nel caso in cui tali appelli abbiano avuto inizio durante il loro mandato. Sul limite di 90 giorni si è valutata la possibilità per le parti di una disputa di accordarsi preventivamente su un'eventuale proroga della scadenza prescritta.²²⁹ Risulterebbero invece più restrittivi gli emendamenti in relazione agli obiter dicta dell'AB e alle sue interpretazioni sulle normative nazionali. Sono stati infatti proposti una limitazione della possibilità per l'AB di interpretare il significato di leggi nazionali contestate²³⁰ e un emendamento all'articolo 17.12 del DSU in base al quale l'AB dovrebbe affrontare ogni questione sollevata nell'appello dalle parti in una disputa solo nella misura necessaria alla risoluzione della disputa. Per quanto riguarda infine le critiche al fatto che l'AB tratti i suoi report come precedenti da seguire in assenza di "ragioni convincenti" si sono proposti degli incontri annuali tra i Membri WTO e l'AB, in cui i Membri possano esprimere il proprio punto di vista sugli approcci dell'AB, questioni sistemiche e le tendenze nella sua giurisprudenza. In merito a questa proposta si è sostenuto che non sia riuscita ad affrontare a pieno le critiche statunitensi. Soprattutto riguardo alla questione degli obiter dicta e dell'interpretazione delle legislazioni nazionali le proposte dell'UE sembrerebbero insufficienti a prevenire quelle che gli Stati Uniti hanno definito interpretazioni pervasive (*overreaching*) nei casi in cui il diritto WTO presenti "ambiguità costruttive", cioè aree dove gli Stati membri si sarebbero

²²⁹ WTO, *Communication from the European union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore and Mexico to the general council*, November 26, 2018, pp. 2-3 Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157514.pdf

²³⁰ Ibidem.

accordati per lasciare norme volutamente ambigue. Inoltre, gli incontri annuali proposti come canale di comunicazione con l'AB per esprimere le riserve sul suo operato costituirebbero al massimo una versione soft del "rimando legislativo" e non sarebbero capaci di scaturire negoziazioni per risolvere le incertezze legali.²³¹

La seconda proposta di riforma dell'AB lanciata da UE, Cina e India si è focalizzata sul rafforzamento dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'Organo d'Appello, sull'incremento della sua efficienza affinché sia capace di osservare le scadenze prescritte e sull'assicurare procedure di transizione e selezione ordinate. Rispetto alla prima proposta risulta quindi più limitata nei suoi obiettivi e non ha affrontato nessuna delle problematiche sollevate dagli Stati Uniti. Per aumentare l'indipendenza dell'Organo d'Appello si è suggerito per i suoi membri la sostituzione dell'attuale mandato rinnovabile di quattro anni con un mandato singolo non rinnovabile ma di durata più ampia (dai sei agli otto anni). Per incrementare invece l'efficienza dell'AB si è proposto di aumentare il numero di giudici da sette a nove e di trasformare il loro lavoro da un part time a un full time maggiormente remunerato. Riguardo alla regola transitoria definita nella prima proposta si è ulteriormente specificato che un giudice in uscita può continuare il suo operato finché non viene nominato un sostituto entro un massimo di due anni. Si è chiarito infine che il processo di selezione per un nuovo giudice deve essere automaticamente lanciato non oltre i sei mesi dopo la scadenza del mandato del giudice in uscita.²³²

Al Consiglio Generale del 12 Dicembre gli Stati Uniti hanno prontamente rigettato le proposte dell'UE. L'ambasciatore americano alla WTO Dennis Shea ha dichiarato al riguardo che è difficile capire come gli emendamenti del DSU

²³¹ PIIIE, *EU Proposals to Resolve the WTO Appellate Body Crisis Represent Partial Progress*, December 10, 2018. Available at: <https://www.piiie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-proposals-resolve-wto-appellate-body-crisis-represent-partial>

²³² WTO, *Communication from the European union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore and Mexico to the general council*, November 26, 2018, pp. 5-6 Available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157514.pdf

avanzati dall'UE affrontino le critiche americane all'AB. Aniché risolvere le problematiche sollevate dagli Stati Uniti, tali proposte sembrerebbero anzi confermare la validità dell'operato dell'AB. L'ambasciatore Dennis Shea ha quindi suggerito che invece di emendare il DSU per rendere possibile ciò che attualmente è proibito i membri WTO dovrebbero formalmente discutere le questioni sollevate dagli USA per assicurare che il sistema di risoluzione delle controversie aderisca pienamente alle regole della WTO. Ma al di là di questa opposizione gli Stati Uniti non hanno avanzato alcun suggerimento concreto su come migliorare l'attuale sistema.²³³

SEZIONE III

LA CINA NEL RUOLO DI “RILUTTANTE RIFORMATORE” DELLA WTO

3.1 La presa di posizione della Cina su un'eventuale riforma della WTO

Essendo la principale interessata in molte delle politiche e pratiche su cui secondo USA, UE e Giappone urge una riforma delle discipline della WTO, la Cina si è ritrovata ad assumere essa stessa il ruolo di “riluttante riformatore”. Consapevole dell'importanza che la WTO ha avuto per la crescita economica cinese, e a fronte della pesante messa in discussione a cui l'organizzazione è stata sottoposta da parte degli Stati Uniti, anche la Cina infatti ha dovuto riconoscere che una riforma della WTO è decisamente preferibile alla sua cessazione e la conseguente creazione da zero di nuove regole per il commercio globale. Il 23 Novembre 2018 il MOFCOM (Ministero del commercio Cinese) ha quindi pubblicato una sua prima posizione riguardo a una potenziale riforma della WTO. In essa la Cina ha dimostrato di essere d'accordo con gli altri Stati membri su una riforma della WTO, ma il suo punto di vista è apparso fortemente conservatore. La posizione cinese risultava imperniata su tre

²³³ JDSUPRA, *The United States Rejects the European Union's Proposal To Reform the WTO Dispute Settlement Process*, January 17, 2019, Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/the-united-states-rejects-the-european-96544/>

principi: preservare i valori basici del sistema commerciale multilaterale, salvaguardare gli interessi di sviluppo dei paesi in via di sviluppo e continuare a seguire la pratica del consenso nelle negoziazioni.²³⁴

Più che per una riforma la Cina sembra perciò aver premuto per un consolidamento dello Status quo che si è venuto a creare all'interno dell'organizzazione. Ulteriori dichiarazioni dei funzionari cinesi sembrano poi dimostrare che la Cina pur supportando una futura riforma non ha alcuna intenzione di essere messa in trappola da iniziative come quella trilaterale di USA, UE e Giappone che vorrebbero farla capitolare in toto su questioni come le SOE, le sovvenzioni, la sovraccapacità produttiva e il trasferimento forzato di tecnologia. Al riguardo l'ambasciatore cinese Zhang Xiangchen ha affermato a Novembre del 2018 in una conferenza WTO a Parigi che: "If someone wishes, in the name of reform, to put China in a tailor-made straitjacket of trade rules to constrain China's development... they will be very much disappointed".²³⁵

3.2 La proposta della Cina per una riforma della WTO

Dopo aver appoggiato l'UE nelle sue proposte di riforma dell'AB a Dicembre del 2018, la Cina ha adottato un approccio più consistente e proattivo a partire dal 23 Maggio del 2019 rilasciando la sua proposta ufficiale di riforma della WTO. A conferma del punto di vista espresso a Novembre del 2018 la proposta della Cina si è nuovamente imperniata su tre principi basici:

- La preservazione dei valori centrali del sistema commerciale multilaterale quali quello della non discriminazione e dell'apertura,

²³⁴ INSTITUT MONTAIGNE, *China, the Reluctant WTO Reformer*, China Trends #1BLOG, 15 march 2019, Available at: <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/china-trends-1-china-reluctant-wto-reformer>

²³⁵ THE DIPLOMAT, *What China wants from WTO reforms*, May 21 2019, Available at: <https://thediplomat.com/2019/05/what-does-china-want-from-wto-reforms/>

con una visione tesa a creare un ambiente stabile e prevedibile per il commercio internazionale.

- La salvaguardia degli interessi di sviluppo dei membri in via di sviluppo, in particolare eliminando i deficit in ambito di sviluppo nelle regole attuali della WTO, risolvendo le difficoltà incontrate dai membri in via di sviluppo la loro integrazione nella globalizzazione economica e contribuendo a raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'agenda 2030 delle Nazioni Unite.
- Il dovere di seguire il processo decisionale per consenso, cosicché ogni questione da prendere in esame, agenda di lavoro o risultato finale possano essere accordati solo dopo estensive consultazioni sulla base del mutuo rispetto, della partecipazione inclusiva e del dialogo alla pari.²³⁶

Una necessaria riforma della WTO secondo la Cina dovrebbe poi coprire le seguenti quattro aree per un'azione concreta:

- Risolvere i problemi che minacciano l'esistenza stessa della WTO;
- Aumentare il peso della WTO nella governance economica globale;
- Incrementare l'efficienza operativa della WTO;
- Sviluppare l'inclusività del sistema multilaterale commerciale.

Si può osservare come la Cina abbia continuato a mettere in secondo piano obiettivi di innovazione e di creazione di nuove regole in seno alla WTO per prediligere invece questioni come la conservazione, il consolidamento e il potenziamento dell'organizzazione attualmente esistente.²³⁷

3.3 Rimedi contro le minacce all'esistenza della WTO

In linea con quanto sostenuto dall'UE la principale minaccia all'esistenza della WTO risulta essere secondo la Cina l'impasse nella nomina di nuovi membri dell'organo d'Appello. Al riguardo la Cina ha confermato gli impegni contenuti

²³⁶ WTO, *China proposal on WTO reform*, May 13 2019. pp. 2-3 Available at: <http://images.mofcom.gov.cn/sms/201905/20190514094326217.pdf>

²³⁷ Ibidem. p. 3

nelle proposte di riforma dell'organo d'Appello presentate a Dicembre 2018 su iniziativa dell'Unione Europea. Risulta quindi essenziale risolvere questioni come le regole di transizione per i membri dell'organo in uscita, il periodo di 90 giorni per i procedimenti dell'organo d'appello, lo status del diritto interno, conclusioni non necessarie per la risoluzione delle controversie e il problema del precedente.²³⁸

Una seconda problematica che secondo la Cina è urgente affrontare per garantire la sopravvivenza della WTO sono le misure unilaterali inconsistenti con il diritto dell'organizzazione mondiale del commercio, misure quali l'aumento di barriere al commercio e l'imposizione di tariffe sugli import in maniera arbitraria e senza l'autorizzazione della WTO; il riferimento è implicito alle misure tariffarie di ritorsione imposte da Trump a seguito del rilascio del report della commissione 301. Nonostante queste azioni abbiano severamente violato gli impegni internazionali degli Stati Uniti e le regole della WTO causando serie conseguenze economiche, non esiste ancora nella WTO nessuna disciplina o rimedio efficace e tempestivo contro questo tipo di azioni. Al fine di limitare tali misure unilaterali la Cina ha proposto fra le varie possibilità un rafforzamento del meccanismo di revisione multilaterale, l'autorizzazione al membro danneggiato di intraprendere immediati ed effettivi rimedi provvisori in casi d'urgenza e l'accelerazione dei rilevanti procedimenti di risoluzione delle controversie.²³⁹

3.4 L'implementazione del ruolo della WTO nella governance economica globale

L'obiettivo di implementare il ruolo della WTO nella governance economica mondiale è stato oggetto di una più approfondita trattazione all'interno della proposta di riforma cinese.

Si è attaccata in primo luogo l'iniquità delle norme sull'agricoltura, tema al centro dell'agenda Doha su cui ancora oggi non si è raggiunto un vero

²³⁸ Ibidem

²³⁹ Ibidem p. 4

compromesso tra paesi sviluppati e in via di sviluppo. In particolare per quanto riguarda le norme sulle misure aggregate di sostegno, (*Aggregate measurement of support* (AMS)) si è denunciato il fatto che mentre diversi paesi sviluppati godono di alti livelli di AMS, essendo così capaci di garantire maggiore supporto a specifici prodotti e creando quindi effetti distorsivi nel mercato agricolo globale, al contrario la maggior parte dei paesi in via di sviluppo non ha alcun diritto all'AMS e gli è inoltre interdetta la possibilità di realizzare programmi di stoccaggio pubblico a fini di sicurezza alimentare. Per raggiungere una maggiore equità nelle norme sull'agricoltura la Cina punta quindi a una graduale eliminazione del diritto all'AMS per i paesi sviluppati e al raggiungimento di un accordo che risolva in maniera definitiva la questione dello stoccaggio pubblico ai fini di sicurezza alimentare.²⁴⁰

Si è affermata in secondo luogo la necessità di migliorare le regole sui rimedi commerciali le quali presentano attualmente numerose lacune e ambiguità e sono state spesso abusate favorendo pratiche discriminatorie per determinati paesi d'origine e tipologie di imprese. La Cina sostiene che sul tema dei rimedi commerciali non è stato dato il dovuto peso alla situazione dei paesi in via di sviluppo, delle piccole e medie imprese così come alla questione del pubblico interesse facendo così in modo che le regole su tali rimedi non abbiano dato il dovuto contributo allo sviluppo del sistema multilaterale commerciale. I rimedi e le regole che non a caso sono oggetto di critica da parte della Cina sono le varie misure di antidumping e di compensazione e le regole sulle sovvenzioni, sulle quali verte infatti il grosso delle controversie iniziate dalla Cina in seno alla WTO. Si chiede in primo luogo che le disposizioni sulle sovvenzioni incontestabili vengano reintegrate e il loro spettro ampliato. Uno sforzo è poi richiesto affinché vengano chiarite e migliorate le tecniche di comparazione dei prezzi in relazione ai procedimenti antidumping, affinché si migliorino le regole sul riesame in previsione della scadenza delle disposizioni e si esplorino possibilità di armonizzazione delle regole sulla antielusione. Inoltre le regole sulle sovvenzioni e di compensazione riguardanti

²⁴⁰ Ibidem.

l'identificazione delle sovvenzioni, il calcolo dei benefici conferiti e l'applicazione dei fatti disponibili dovrebbero essere chiarite e migliorate per mitigare applicazioni abusive delle misure di compensazione. Si insiste infine sui temi della trasparenza, dell'obbligo di implementazione e in particolare sulla necessità di dare maggiore importanza alla situazione speciale dei paesi in via di sviluppo e delle piccole medie imprese così come degli interessi pubblici.²⁴¹

Un'altra importante necessità è per la Cina quella di lanciare un'iniziativa congiunta sugli aspetti commerciali del e-commerce. È stato fatto notare come nonostante l'e-commerce abbia raggiunto un ruolo cruciale nell'economia globale portando alla ribalta questioni spinose come la Cyber Security e la Data security, negli ultimi 20 anni la WTO non ha ancora lanciato un processo per la creazione di norme sugli aspetti commerciali del e-commerce. La Cina insieme ad altri 75 membri della WTO ha lanciato una dichiarazione congiunta sull'e-commerce con l'intenzione di iniziare negoziazioni sugli aspetti commerciali dell'e-commerce attenendosi alle basi degli attuali accordi nel contesto della WTO. Anche in questo caso rimane centrale la cura nella dimensione dello sviluppo per focalizzarsi sull'implementazione del commercio di beni transfrontaliero tramite internet così come di servizi logistici e di pagamento, per stabilire regole sulla facilitazione del e-commerce transfrontaliero, della firma elettronica, dell'autenticazione elettronica e della protezione del consumatore on-line.²⁴² L'ultima questione ritenuta rilevante da parte della Cina per quanto riguarda il rafforzamento del ruolo della WTO nella governance economica globale è la promozione delle discussioni multilaterali sugli investimenti internazionali. Anche in questo caso la Cina sembrerebbe smentire le sopracitate tendenze conservatrici che le accollano gli Stati Uniti. Già nell'introduzione alla sua proposta di riforma della WTO la Cina ha considerato che le opportunità e le sfide introdotte dalla nuova rivoluzione scientifico tecnologica e dalla potenza trasformativa dell'economia digitale

²⁴¹ Ibidem. p.5

²⁴² Ibidem.

impongono di esplorare un nuovo set di norme sugli investimenti internazionali che risponda agli sviluppi dei nostri tempi e ai bisogni delle comunità imprenditoriali. Più nello specifico la Cina ha affermato che misure di facilitazione degli investimenti giocano un ruolo di crescente importanza nel potenziamento degli ambienti imprenditoriali, nell'attrarre investimenti transfrontalieri in entrata e nel promuovere il commercio e lo sviluppo sostenibile. Tuttavia gli investimenti transfrontalieri sono ancora fortemente ostacolati da politiche opache e inefficienze governative. Mini, piccole e medie imprese che offrono un contributo significativo alla creazione di lavoro e all'innovazione tecnologica si trovano ad affrontare diverse sfide nel connettersi alla catena globale del valore, come un accesso limitato alle informazioni e un alto costo del finanziamento del commercio. Per quanto riguarda la facilitazione degli investimenti la Cina punta quindi a stabilire un meccanismo ad hoc che permette ai membri di coordinare efficacemente le proprie politiche e di esplorare l'istituzione di un contesto multilaterale. Si ha quindi uno slancio iniziale davvero ambizioso se si considera poi che il focus del processo è sulla trasparenza, la cooperazione internazionale e lo snellimento delle procedure amministrative. La rigidità cinese sembra però riapparire quando si afferma che rimane doveroso pagare il dovuto rispetto al diritto dei membri alla regolamentazione. Obiettivo centrale della facilitazione agli investimenti è infatti che i membri in via di sviluppo possano beneficiare di assistenza tecnica e capacity building. Un altro gruppo che infine potrà fortemente beneficiare da tale processo è quello delle mini, piccole e medie imprese MSMEs, che potranno partecipare più agevolmente al commercio internazionale tramite un maggiore accesso alle informazioni, un più facile finanziamento d'impresa e ridotti costi commerciali.²⁴³

3.5 Il rafforzamento dell'inclusività del sistema multilaterale

È sul tema del rafforzamento dell'inclusività del sistema multilaterale commerciale che la già centrale questione dello sviluppo assume una rilevanza

²⁴³ Ibidem. p. 6

fondamentale. Si può dire che in questo caso la Cina si è fatta paladina delle disposizioni sul trattamento speciale e differenziato per i membri in via di sviluppo(S&D). Nonostante l'esistenza di un accordo siglato nella WTO la maggior parte di queste disposizioni si presenterebbero più come buoni propositi e lascerebbero molto a desiderare per quanto riguarda la loro implementazione. La Cina si è mostrata inoltre preoccupata del fatto che alcuni membri (è il caso dell'appello degli Stati Uniti all'undicesima conferenza ministeriale a Dicembre 2017) stiano sfidando il diritto dei paesi in via di sviluppo alle S&D, trascurando i gap sistemici tra i membri in via di sviluppo e quelli sviluppati al punto di richiedere che alcuni paesi in via di sviluppo assumano gli stessi obblighi dei paesi sviluppati. L'enfasi della Cina su questa tematica diviene particolarmente rilevante se si considera che questa continua ancora oggi a reclamare lo status di paese in via di sviluppo. Insieme ad altri membri della WTO la Cina ha comunicato una proposta congiunta sul S&D e preme per la preservazione dei diritti dei paesi in via di sviluppo al S&D. La Cina inoltre ha proposto l'implementazione delle attuali disposizioni S&D, in particolare del trattamento Duty-Free and Quota-Free e del trattamento preferenziale ai servizi e ai fornitori di servizi dei paesi meno sviluppati LDCs. L'approccio della Cina alla questione del trattamento speciale e differenziato risulta particolarmente conservatore e si rifà in particolare ai tentativi falliti di far valere gli interessi dei paesi in via di sviluppo nelle negoziazioni del Doha round. Secondo la Cina anche future negoziazioni sulle disposizioni S&D dovranno muoversi in conformità con la dichiarazione ministeriale di Doha e la concessione di un adeguato ed effettivo trattamento speciale e differenziato per i paesi in via di sviluppo non può essere trascurato in caso di futuri sviluppi nelle negoziazioni sulle regole del commercio e degli investimenti. Si ha infine un incoraggiamento ai paesi in via di sviluppo ad assumere attivamente obblighi che siano commisurati ai loro livelli di sviluppo e di capacità economica. ²⁴⁴

²⁴⁴ Ibidem. p. 7

Il secondo punto sviluppato dalla Cina sul rafforzamento dell'inclusività del sistema multilaterale commerciale si è posto come una risposta diretta agli attacchi di Stati Uniti, Europa e Giappone allo status delle imprese di Stato (SOE). La Cina rigetta la classificazione, da parte di alcuni membri, di tutte le SOE quali "organi pubblici" (public bodies) sostenendo invece che queste siano impegnate nella competizione commerciale di mercato allo stesso piano di qualsiasi altro tipo di impresa. La classificazione delle imprese di stato in quanto organi pubblici, definita dalla Cina come "indiscriminata", sarebbe stata sviluppata da membri quali Stati Uniti, Unione Europea e Giappone nell'ambito dell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure di compensazione basandosi sul criterio della percentuale di proprietà governativa nell'impresa; da essa deriverebbero addizionali requisiti di trasparenza, speciali discipline e un trattamento discriminatorio nelle revisioni di sicurezza degli investimenti stranieri per le SOEs. Secondo la Cina queste pratiche vanno a detrimento della creazione di un contesto istituzionale di equa competizione e se non individuate rischiano di produrre regole ulteriormente discriminatorie nel futuro. Gli obiettivi della Cina sulla questione delle imprese di Stato sono ancora una volta fortemente conservatori opponendosi in primo luogo, nel caso di future discussioni sulla disciplina delle sovvenzioni, all'istituzione di discipline speciali o discriminatorie per le SOEs in nome di una riforma della WTO. In secondo luogo si preme affinché le revisioni di sicurezza degli investimenti stranieri vengano condotte in base ai Principi della trasparenza e dell'equità e non secondo trattamenti che discriminino gli investimenti in base alla struttura della proprietà delle imprese.²⁴⁵

²⁴⁵ Ibidem. p. 7-8

Conclusioni

A marzo del 2019 la Cina ha emendato le principali normative nazionali legate al trasferimento di tecnologia. Sono state emendate la legge sugli investimenti stranieri, la legge contro la competizione sleale per quanto riguarda i segreti commerciali e la legge sui Marchi. Ma ancora più importanti sono stati gli emendamenti delle TIER e dei Regolamenti sulle Joint venture. Il 18 Marzo 2019 il Consiglio di Stato della Cina ha infatti promulgato la Decisione del Consiglio di Stato sull'emendamento di alcuni regolamenti amministrativi (Le Decisioni) che *inter alia* ha cancellato diverse disposizioni delle TIER e dei Regolamenti sulle Joint Ventures.²⁴⁶

Dalle TIER sono stati rimossi l'articolo 24 sulle responsabilità di indennizzo del licenziante, l'articolo 27 che garantiva i diritti sui miglioramenti sulla tecnologia trasferita alla parte che li avesse realizzati e l'articolo 29 che vietava clausole nei contratti di import di tecnologia che impedissero al ricevente di migliorare la tecnologia ricevuta.²⁴⁷

Similmente la Decisione ha eliminato dai regolamenti sulle Joint Venture la disposizione nell'articolo 43(3) secondo la quale la durata di un accordo di trasferimento di tecnologia non doveva eccedere i dieci anni e quella dell'articolo 43(4) secondo la quale la parte cinese in una joint venture sino-straniera aveva il diritto di continuare a utilizzare la tecnologia trasferitagli anche dopo la scadenza dei termini della licenza.²⁴⁸

²⁴⁶ MORGAN LEWIS, *China Introduces Amendments to Address Fear of Forced Technology Transfer*, March 25, 2019, Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/china-introduces-amendments-to-address-21378/>

²⁴⁷ CHINA IPR, *The TIER is revised...*, March 18, 2018, Available at: <https://chinaipr.com/2019/03/18/the-tier-is-revised/>

²⁴⁸ MORGAN LEWIS, *China Introduces Amendments to Address Fear of Forced Technology Transfer*, March 25, 2019, Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/china-introduces-amendments-to-address-21378/>

Con l'emendamento delle TIER e dei regolamenti sulle Joint Venture si può dire che il grosso delle basi per i reclami di Stati Uniti e Unione Europea alla WTO si sia praticamente disciolto.²⁴⁹ Ed infatti per quanto riguarda la disputa DS 542 il 3 Giugno 2019 gli Stati Uniti, d'accordo con la Cina, hanno chiesto al Panel, che era stato composto il 16 Gennaio 2019, di sospendere le proprie procedure fino al 31 Dicembre 2019.²⁵⁰ La disputa DS 549 invece non è ancora andata oltre la fase di consultazioni, forse anche a seguito della revisione apportata a Dicembre del 2018 dall'UE alla propria richiesta di consultazione. Considerato tuttavia che con tale revisione l'Ue ha ulteriormente ampliato la portata delle proprie argomentazioni al di là dei reclami sulle TIER, i Regolamenti sulle JV e l'amministrazione iniqua delle leggi cinesi sul trasferimento di tecnologia, potrebbero esserci ancora interessanti sviluppi per questa disputa.²⁵¹

Gli emendamenti cinesi sulle TIER e sui Regolamenti sulle Joint Venture hanno seguito di poco la promulgazione da parte della Cina di una nuova Legge sugli investimenti stranieri il 15 Marzo 2019 che allo stesso modo si è proposta di affrontare il problema del trasferimento forzato di tecnologia così come sollevato nel report della commissione 301.²⁵² La nuova legge che entrerà in vigore il 1 Gennaio 2020 ha cercato soprattutto nei suoi articoli 21, 22, 23 di porre rimedio alle restrizioni sulla libertà di contratto nei processi di trasferimento di tecnologia e alla mancata protezione dei segreti commerciali.

249

²⁵⁰ WTO DS 542: *China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights*. March 23 2018, Available at:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

²⁵¹ WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology*. Request for consultations by the European Union, Revision, December 20 2018, Available at:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

²⁵² CHINA IPR, *The TIER is revised...*, March 18, 2018, Available at:
<https://chinaipr.com/2019/03/18/the-tier-is-revised/>

L'articolo 22 della nuova legge ha infatti disposto che lo stato “incoraggia la cooperazione tecnologica sulla base del principio della volontarietà e delle regole di business. Le condizioni per la cooperazione tecnologica nel corso degli investimenti esteri devono essere negoziate dalle varie parti dell'investimento e gli organi amministrativi e i loro dipendenti non devono forzare il trasferimento di tecnologia attraverso misure amministrative.” In quest'ottica la cancellazione dell'articolo 43 (4) dai regolamenti sulle Joint Ventures costituisce già un'implementazione della nuova legge sugli investimenti esteri. Gli articoli 21 e 23 hanno stabilito inoltre chiaramente che le agenzie governative e i loro impiegati devono mantenere la riservatezza dei segreti commerciali degli investitori stranieri ottenuti nello svolgimento delle loro funzioni e non devono divulgarli o fornirli illegalmente ad altri.²⁵³

Nell'insieme gli emendamenti messi in atto dalla Cina sembrano dimostrare un serio impegno per venire incontro alle rimostranze espresse in particolare nel report 301 sul trasferimento forzato di tecnologia. Eppure, nonostante questo sforzo legislativo, gli Stati Uniti continuano a dichiararsi insoddisfatti.²⁵⁴ Al riguardo Larry Kudlaw, presidente del Consiglio nazionale sull'economia degli Stati Uniti, così si è espresso in un'intervista del 12 Maggio 2019 su Fox news: *“For many years, China trade, it was unfair, nonreciprocal, unbalanced, in many cases, unlawful. And so, we have to correct those and one of the sticking points right now as we would like to see these corrections in an agreement which is codified by law in China, not just the state council announcement. We need to see something much clearer. And until we do, we have to keep our tariffs on”*. Secondo Kudlaw le misure intraprese dalla Cina a livello nazionale non sono quindi sufficienti a fissare in maniera definitiva problemi come il furto di proprietà intellettuale, il trasferimento forzato di tecnologia, le intrusioni cibernetiche e le barriere tariffarie e non tariffarie; è necessario invece un accordo bilaterale con

²⁵³ CHINA IPR, *Unpacking the role of IP legislation in the trade war*, May 19, 2019, Available at: <https://chinaipr.com/2019/05/19/unpacking-the-role-of-ip-legislation-in-the-trade-war/>

²⁵⁴ Ibidem.

disposizioni di implementazione robuste che venga codificato dalla legge in Cina. Finché non si arriverà a un tale compromesso le misure tariffarie continueranno ad essere utilizzate dagli Stati Uniti come strumento di negoziazione.²⁵⁵

A chi tra i funzionari e gli osservatori cinesi ha espresso che un tale accordo sarebbe eccessivamente sbilanciato Kudlaw ha così risposto: *“OK? Had to be -- no, the relationship has been too unbalanced and because of these problems of unfair and sometimes unlawful trading practice, we have to have a very strong agreement to correct, to right these wrongs before we would be satisfied.”*²⁵⁶

Il discorso sullo sbilancio che secondo Kudlaw esiste da decenni nei rapporti commerciali fra Cina e USA, dimostra che l'attacco degli Stati Uniti al regime cinese sul trasferimento di tecnologia sottende un più generale attacco al sistema economico cinese non di mercato, alle sue politiche industriali e al controverso rapporto tra governo cinese e settore privato. Come si è visto i tentativi di porre un rimedio a queste problematiche non si sono espressi solamente nei rapporti bilaterali fra Stati Uniti e Cina ma hanno avuto anche importanti ripercussioni a livello del sistema commerciale multilaterale WTO. La ripercussione più evidente della guerra commerciale è stata la generale messa in discussione della credibilità della WTO la quale si è accompagnata al progressivo stallo nella nomina di nuovi giudici che rischia di paralizzare l'Organo d'Appello e alla minaccia da parte degli Stati Uniti di tirarsi fuori dall'Organizzazione. La scossa data da Trump non è stata tuttavia fatale,

²⁵⁵ REAL CLEAR POLITICS, *Larry Kudlow On China Tariffs: A Risk We Should Take To Correct 20 Years Of Unfair Trade*, May 12, 2019. Available at: https://www.realclearpolitics.com/video/2019/05/12/larry_kudlow_on_china_tariffs_a_risk_we_should_take_to_correct_20_years_of_unfair_trade.html

²⁵⁶ Ibidem.

sembra anzi aver dato l'imput decisivo per importanti iniziative di riforma della WTO in modo da scongiurare una crisi definitiva dell'organizzazione.²⁵⁷ Al di là dei meeting trilaterali fra USA, UE e Giappone che hanno mostrato un approccio ambivalente a una potenziale riforma della WTO, la prima iniziativa concreta al riguardo è stata quella intrapresa dall'UE in reazione al terzo round dell'escalation tariffaria tra Cina e Stati Uniti a settembre del 2018. Nel tentativo di preservare il funzionamento dell'organizzazione e di mantenere gli Stati Uniti all'interno dei giochi la Commissione dell'UE ha presentato a Settembre un Concept Paper con proposte per fissare alcune falle del sistema WTO e affrontare le critiche espresse dagli Stati Uniti riguardo al Sistema di Risoluzione delle Controversie. Considerando che l'attuale stallo nella nomina di nuovi giudici all'organo d'appello costituisce la principale minaccia al funzionamento dell'organizzazione il paper dell'UE ha specificatamente affrontato i principali reclami degli Stati Uniti sul funzionamento dell'AB.²⁵⁸ Il paper si è poi concretizzato in due parallele proposte di riforma presentate dall'UE insieme a un gruppo di altri Membri al consiglio generale della WTO a Dicembre 2018. Entrambe le proposte come il precedente paper sono state elaborate per affrontare specificatamente la crisi dell'AB.²⁵⁹ Gli Stati Uniti hanno tuttavia respinto le proposte dell'UE sostenendo che non indirizzassero affatto i loro interessi.²⁶⁰ Ad Aprile del 2019 hanno poi

²⁵⁷ BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, October 12 2018, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

²⁵⁸ BLOOMBERG LP (US), *EU rushes out proposals for WTO revamp amid Trump trade pressure*, September 18, 2018 Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-18/eu-rushes-out-proposals-for-wto-revamp-amid-trump-trade-pressure> Visitato il 4 Ottobre 2019

²⁵⁹ PIIIE, *EU Proposals to Resolve the WTO Appellate Body Crisis Represent Partial Progress*, December 10, 2018. Available at: <https://www.piiie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/eu-proposals-resolve-wto-appellate-body-crisis-represent-partial>

²⁶⁰ BLOOMBERG LP (US), *US rejects the UE trade reform proposal putting WTO at risk*, December 12 2018, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-12-12/u-s-rejects-the-eu-s-trade-reform-proposal-putting-wto-at-risk>

ulteriormente boicottato gli sforzi dell'UE facendo pressione sul Giappone affinché non si associ all'iniziativa europea.²⁶¹

Ad ora quindi la paralisi dell'Organo d'appello non accenna a miglioramenti al punto che in una dichiarazione congiunta di UE e Canada a Montreal si è prospettato il ricorso a una soluzione provvisoria di riserva se non si arriva a uno sblocco per la fine di quest'anno. Tale soluzione prevederebbe il ricorso ad un accordo interinale di arbitrato basato sulle norme esistenti della WTO, anche se ci sono incertezze su come una tale struttura possa funzionare.²⁶²

In questo scenario la Cina, nonostante si sia inserita nei giochi in ritardo, mostrandosi quasi guardinga e costretta dalle circostanze, potrebbe attualmente divenire un attore decisivo nelle negoziazioni per una futura riforma della WTO. Se all'inizio la sua posizione è stata fortemente conservatrice come si è visto nella dichiarazione di Novembre e nella proposta di riforma pubblicata il 13 Maggio, negli ultimi mesi questa si è evoluta verso una visione di più ampio respiro tesa a connettere le riforme della WTO alle politiche interne della Cina di "rinnovamento e apertura nel nuovo millennio". Tutta una serie di strategie negoziative sta venendo applicata affinché alla WTO si impongano priorità di riforma in linea con gli interessi di lungo termine della Cina, trasformando così "la pressione dall'esterno in motivazione interiore".²⁶³

Una prima strategia è stata quella di puntare sui "raccolti precoci" scartando questioni di principio su cui difficilmente sarebbe possibile un consenso sul breve termine. Anziché dare la priorità a problematiche di ampia portata come le sovvenzioni governative, la regolamentazione sulle SOE, il trasferimento forzato di tecnologia e l'implementazione degli IPR la Cina ha cercato invece

²⁶¹ EURACTIV, *Trump presses Japan to reject EU demands on WTO reform*, April 16, 2018, Available at: <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/trump-presses-japan-to-reject-eu-demands-on-wto-reform/> Visitato il 4 Ottobre 2018

²⁶² VOA, *Canada: Deal Close With EU on Fix to WTO Deadlock*, July 18 2019, Available at: <https://www.voanews.com/usa/us-politics/canada-deal-close-eu-fix-wto-deadlock> Visitato il 4 Ottobre 2018

²⁶³ THE DIPLOMAT, *China's Evolving Strategy for WTO Reforms*, July 31 2019, Available at: <https://thediplomat.com/2019/07/chinas-evolving-strategy-for-wto-reforms/>

di focalizzarsi su questioni scottanti, meno controverse e più rapidamente risolvibili come la riforma dell'Organo d'appello, le sovvenzioni alla pesca, l'e-commerce e le facilitazioni agli investimenti. In particolare, come si è visto in precedenza, la Riforma dell'AB ha assunto una priorità esclusiva nella recente proposta di riforma della WTO rilasciata dalla Cina il 13 Maggio.²⁶⁴

In secondo luogo la Cina sta cercando di individuare aree di negoziazione in cui essere più flessibile rispetto alle precedenti prese di posizione decisamente conservatrici. Per quanto riguarda ad esempio il trattamento speciale e differenziato (S&DT) la nuova posizione cinese è che manterrà la sua autodesignazione a paese in via di sviluppo ma cercherà anche di avere un'attitudine più aperta per quanto riguarda il principio di equivalenza e reciprocità in specifiche questioni e di entrare in compromessi commerciali tenendo in considerazione il suo proprio livello di sviluppo. La Cina ha espresso dunque di essere disposta a negoziare il trattamento speciale e differenziato nell'agenda di riforma della WTO ma a condizione che ciò non avvenga in maniera sistematica ma tramite un approccio caso per caso.²⁶⁵

La Cina sta infine dando sempre maggiore priorità alla formazione di alleanze strategiche all'interno dei processi negoziativi di riforma. Considerato lo sviluppo di piccoli gruppi di interesse come il meccanismo tripartito EU-Giappone-USA, il gruppo d'Ottawa guidato dal Canada, o ancora il tentativo di accordo tra USA e Brasile (col Brasile che ha proposto di abbandonare lo status di paese in via di sviluppo in cambio del lasciapassare statunitense per la sua candidatura all'OECD) la Cina si è resa conto che la storica divisione paesi in via di sviluppo e sviluppati sta progressivamente venendo meno per dare spazio ad mutevoli alleanze di intenti. La Cina si è perciò proposta di costruire maggiori alleanze strategiche all'interno della WTO e di sviluppare approcci specifici per trattare con i vari gruppi e meccanismi che già si sono formati. Ha istituito per esempio un gruppo di lavoro sulla riforma della WTO con l'UE a livello ministeriale e sta anche lavorando con India, Malesia e altri paesi in via

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

di sviluppo per intraprendere ricerche e posizionamenti congiunti a livello WTO. D'altra parte la Cina si mantiene vigilante nei confronti del meccanismo tripartito UE-Giappone-USA per evitare che questo trasformi una futura riforma della WTO in un tentativo di tessere una camicia di forza normativa allo sviluppo cinese. Non sono però escluse possibili concessioni a questo gruppo in aree come la governance e le operazioni delle SOE e le sovvenzioni industriali. C'è poi un deciso ottimismo sui prospetti di un meccanismo bilaterale Cina-Eu che possa fare da ponte tra Cina e Stati Uniti, come anche sulle iniziative del gruppo d'Ottawa che ha sviluppato un approccio comparativamente moderato ai processi di riforma. Nell'insieme la Cina punta a posizionarsi come ponte tra i paesi sviluppati e quelli in via di sviluppo cercando da una parte di riunire il mondo in via di sviluppo attorno a quei problemi su cui si era arenato il Doha round e dall'altra di usare le differenze tra i paesi sviluppati su questioni di nuova generazione come l'e-commerce, le facilitazioni agli investimenti e le piccole medie imprese per espandere lo scopo delle negoziazioni per la Cina su piani sfarsati.²⁶⁶

²⁶⁶ Ibidem.

Bibliografia

ABBOTT, F., *US Section 301, China, and technology transfer: Law and its limitations revisited (again)* (May 23 2018) Available at: <https://www.ictsd.org/opinion/us-section-301-china-and-technology-transfer-law-and-its-limitations-revisited>

ABBOTT, F., *China in the WTO 2006: 'Law and its Limitations' in the Context of TRIPS (August 30, 2011)*. *WTO LAW AND DEVELOPING COUNTRIES*, pp. 59-81, G. Bermann, P. Mavroidis, eds., Cambridge Univ. Press, 2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1919488>

BACCHUS J. LESTER S., HUAN Z., *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, Cato Institute, November 15, 2018. Available at: <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/disciplining-chinas-trade-practices-wto-how-wto-complaints-can-help>

BBC NEWS, *Trade War: US-China Trade battle in charts*, Available at: <https://www.bbc.com/news/business-48196495> Visitato il 9 Settembre 2019

BBC NEWS, *A quick guide to the US-China trade war*, Available at: <https://www.bbc.com/news/business-45899310> Visitato il 9 Settembre 2019

BLOOMBERG LP (US), *Trump's Threat to Leave the WTO Could Be a Saving Grace*, Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-10-12/trump-s-threat-to-leave-the-wto-could-be-a-saving-grace> Visitato il 10 Settembre 2019

BLUSTEIN, P. *China Inc. in the WTO Dock: Tales from a System under Fire*. CIGI Papers no. 157 December 2017. Centre for International Governance Innovation.

CHAD P., DOUGLAS A. *Trump's Assault on the Global Trading System And Why Decoupling From China Will Change Everything*. Foreign Affairs, Volume 98, n.5, September October 2019 Issue.

CHINA IPR, *What the EU and US WTO IP Disputes Reveal About Trade Diplomacy*, June 13, 2018, Available at:

<https://chinaipr.com/2018/06/13/what-the-eu-and-us-wto-ip-disputes-reveal-about-trade-diplomacy/>

CHINA IPR, *The TIER is revised...*, March 18, 2018, Available at:

<https://chinaipr.com/2019/03/18/the-tier-is-revised/>

CHINA IPR, *Unpacking the role of IP legislation in the trade war*, May 19, 2019, Available at:

<https://chinaipr.com/2019/05/19/unpacking-the-role-of-ip-legislation-in-the-trade-war/>

CNN BUSINESS, *Trump said he'd ease up on Huawei. Questions remain about what that means*, Available at:

<https://edition.cnn.com/2019/07/03/tech/trump-huawei-restrictions/index.html> Visitato il 9 Settembre 2019

CNN BUSINESS, *Trump administration labels China a currency manipulator*, Available at:

<https://edition.cnn.com/2019/08/05/business/china-currency-manipulator-donald-trump/index.html> Visitato il 9 Settembre 2019

DRYSDALE, P., HARDWICK. S. “China and the Global Trading System: Then and Now.” *China’s 40 Years of Reform and Development: 1978–2018*, edited by Ross Garnaut et al., ANU Press, Acton ACT, Australia, 2018, pp. 545–574. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctv5cgbnk.35.

EUROPEAN COMMISSION, *Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union*, Brussels, 26 September 2018. Available at: https://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-5915_en.htm

GARVEY S. *Resolving us-china ip disputes through the wto: a legal alternative to unilateral sanctions* (October 6 2018) Available at: <https://bciptf.org/2018/10/resolving-us-china-ip-disputes-through-the-wto-a-legal-alternative-to-unilateral-sanctions/>

HAUG D. M. *The International Transfer Of Technology: Lessons That East Europe Can Learn From The Failed Third World Experience*, Harvard journal of international law, Volume 5, Spring Issue, 1992

HUGH P., BHAGWATI J. *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*. Ann Arbor, Mich.: University of Michigan Press, 1990 p. 132

INSTITUT MONTAIGNE, *China, the Reluctant WTO Reformer*, China Trends #1BLOG, 15 march 2019, Available at: <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/china-trends-1-china-reluctant-wto-reformer>

KOUL, AUTAR K. *Guide to the Wto and Gatt: Economics, Law and Politics*. The Hague: Kluwer Law International, New Delhi, 2005

KOWALSKI, P., RABAIOLI, D., VALLEJO S., *International Technology Transfer measures in an interconnected world: Lessons and policy*

implications, OECD Trade Policy Papers, No. 206, OECD Publishing, Paris. November 20 2017

KWA A., LUNENBORG P., *US' Section 301 Actions: Why They Are Illegitimate and Misguided* (September 4, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3280853> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3280853>

LONG, O. *Law and Its Limitations in the Gatt Multilateral Trade System*. London: Graham & Trotman/M. Nijhoff, 1987. Print.

MASKUS, K., REICHMAN, J. *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime*. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. doi:10.1017/CBO9780511494529

MESSENGER, G., *The Public-Private Distinction at the World Trade Organization: Fundamental Challenges to Determining the Meaning of 'Public Body'* (July 13, 2016). International Journal of Constitutional Law (2017) 15(1), 60-83. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2826129>

MORGAN LEWIS, *China Introduces Amendments to Address Fear of Forced Technology Transfer*, March 25, 2019, Available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/china-introduces-amendments-to-address-21378/>

PAYOSOVA, T., HUFBAUER, G., SCHOTT, J., *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, PIIE Policy Brief 18-5 (March). Washington: Peterson Institute for International Economics ,2018.

PRUSA, T., VERMULST, E., (2013). United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China: Passing the Buck on Pass-Through. *World Trade Review*, 12(2), 197-234. doi:10.1017/S1474745612000560

REAL CLEAR POLITICS, *Larry Kudlow On China Tariffs: A Risk We Should Take To Correct 20 Years Of Unfair Trade*, May 12, 2019. Available at: https://www.realclearpolitics.com/video/2019/05/12/larry_kudlow_on_china_tariffs_a_risk_we_should_take_to_correct_20_years_of_unfair_trade.html

SAGGI, K., TRACHTMAN, J., *Incomplete Harmonization Contracts in International Economic Law: Report of the Panel, China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R, adopted 20 March 2009. In H. Horn & P. Mavroidis (Eds.), *The WTO Case Law of 2009: Legal and Economic Analysis* (The American Law Institute Reporters Studies on WTO Law, pp. 63-86). Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SAMPATH, B. G., ROFFE P. *Unpacking the International Technology Transfer Debate: Fifty Years and Beyond*. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Geneva, 2012.

SELL, S., *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* (Cambridge Studies in International Relations). Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

STATE COUNCIL OF PRC, *Made in China 2025 《中国制造 2025》*, 7 July 2015, Available at: <http://english.www.gov.cn/2016special/madeinchina2025/>

THE DIPLOMAT, *What China wants from WTO reforms*, May 21 2019, Available at: <https://thediplomat.com/2019/05/what-does-china-want-from-wto-reforms/>

THE DIPLOMAT, *China's Evolving Strategy for WTO Reforms*, July 31 2019,
Available at:
<https://thediplomat.com/2019/07/chinas-evolving-strategy-for-wto-reforms/>

THE GUARDIAN, *Trump plays down US-China trade war concerns: 'When you're \$500bn down you can't lose'* Available at:
<https://www.theguardian.com/business/2018/apr/04/trump-china-trade-war-concerns-import-taxes-stock-market> Visitato il 9 Settembre 2019 :

TRUMP DONALD J. *Presidential Memorandum for the United States Trade Representative*. Issued on: August 14, 2017, Available at:
<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-united-states-trade-representative/>

UNCTAD, *Transfer of technology, (UNCTAD/ITE/IIT/28)* 01 Dec 2001,
Available at: [TRANSFER OF TECHNOLOGY - UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements](#)

UNCTAD, *Compendium of International Arrangements on Transfer of Technology : Selected Instruments Relevant provisions in selected international arrangements pertaining to transfer of technology*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.5, United Nations Publications, Geneva, June 2001,
Available at: <https://unctad.org/en/Docs/psiteipcm5.en.pdf>

USTR, *China Technology Transfer: Hearing Transcript* – October 10, 2017
Available at:
<https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/301Investigations/China%20Technology%20Transfer%20Hearing%20Transcript.pdf>

USTR, *Section 301 Report on China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – March 22, 2018
Available at:

<https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>

USTR, *Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* – June 20 2018, Available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/2018-13248.pdf>

USTR, *2018 Report to Congress On China's WTO Compliance*, February 2019, Available at:

<https://ustr.gov/sites/default/files/2018-USTR-Report-to-Congress-on-China%27s-WTO-Compliance.pdf>

USTR, *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference*, 12/11/2017, Available at:

<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

USTR, *Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan*. Paris, May 23, 2019. Available at:

<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/may/joint-statement-trilateral-meeting>

VAN DEN BOSSCHE, P. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. doi:10.1017/CBO9781139165143.

WTO Analytical Index (2018) Available at:

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm

WTO DS 362: *China, Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*. Panel Report, January 26 2009, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm

WTO DS 379 United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China. Report of the Panel, July 23 2010, Available at:

www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm.

WTO DS 379: *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China. Report of the Appellate Body*, March 11 2011, Available at:

www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds379_e.htm

WTO DS 542: *China – Certain measures concerning the protection of intellectual property rights. United States request of consultation*, March 23 2018, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds542_e.htm

WTO DS 543: *United States – Tariff measures on certain goods from China. China request of consultation*, April 4 2018, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds543_e.htm

WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology. Request for consultations by the European Union*, 06 June 2018, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

WTO DS 549: *China - Certain Measures on the Transfer of Technology. Request for consultations by the European Union, Revision*, December 20 2018, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm

WTO, *Trade Policy Review: China*, 2018, Available at:

https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp475_e.htm

WTO, *China proposal on WTO reform*, May 13 2019. Available at:
<http://images.mofcom.gov.cn/sms/201905/20190514094326217.pdf>

WU, M., *The 'China, Inc.' Challenge to Global Trade Governance*. Harvard International Law Journal, Vol. 57, 1001-1063 (2016); Harvard Public Law Working Paper No. 16-35. (May 13, 2016) Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2779781>