

CRISTINA POPA TACHE

**DREPTUL
INTERNATİONAL
AL INVESTIȚIILOR**

Coordonate



TRIMS – Agreement on Trade-Related Investment Measures;
 TRIPS – Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights;
 TUAC – Trade Unions Advisory Committee;
 UC – unități de curs;
 UDEAC – Uniunea Vamală și Economică a Africii Centrale;
 UE – Uniunea Europeană;
 UEM – Uniuni Economice și Monetare;
 UK – United Kingdom;
 UN – United Nations;
 UNCITRAL – Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Internațional
 Comercial sau United Nations Commission on International Trade Law;
 UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development sinonim
 cu CNUCED;
 UNCTC – Comisia societăților transnaționale a Națiunilor Unite
 URSS – Uniunea Republicilor Sovietice Socialiste;
 WCED – Comisia Mondială pentru Mediu și Dezvoltare sau World
 Commission on Environment and Development.

CUPRINS

7	Argument
11	Introducere
19	Considerații istorice
32	Capitolul 1 Participanții la relațiile investiționale
34	1.1. Statele
42	1.2. Organizațiile internaționale interguvernamentale
49	1.3. Organizațiile internaționale nonguvernamentale cu vocație economică
53	1.4. Stadiul incipient al întreprinderilor multinaționale în parcursul lor pe calea devenirii de subiecte de drept internațional al investițiilor
63	1.5. Concluzii
67	Capitolul 2 Definiția, formele și clasificarea investiției străine
67	2.1. Considerații preliminare
69	2.2. Definiția investiției internaționale în dreptul internațional

82	2.3. Definiția investiției internaționale în hotărâri arbitrale
90	2.4. Investiția internațională și persoana investitorului
100	2.5. Dreptul intern și definiția investiției străine în unele state
118	2.6. Elemente de doctrină referitoare la definiția investiției străine
121	2.7. Formele investițiilor internaționale
124	2.8. Concluzii
125	2.9. Izvoarele dreptului internațional al investițiilor
140	Capitolul 3 Acordurile bilaterale privind investițiile
140	3.1. Considerații preliminare
143	3.2. Acordurile bilaterale de promovare și protecție a investițiilor străine
174	3.3. Subrogația – drepturi și obligații
177	3.4. Alte tipuri de tratate bilaterale ce conțin prevederi referitoare la investițiile internaționale
191	3.5. Concluzii
195	Capitolul 4 Principiile dreptului internațional al investițiilor
195	4.1. Principiile generale și principiile specifice
200	4.2. Principiul egalității suverane
202	4.3. Principiul cooperării
223	4.4. Garantarea investițiilor internaționale. Mecanisme de garantare
234	4.5. Concluzii

236	Capitolul 5 Soluționarea diferendelor în domeniul investițiilor internaționale
236	5.1. Considerații preliminare
239	5.2. Mecanisme de soluționare a diferendelor promovate în cadrul acordurilor bilaterale privind promovarea și protecția investițiilor străine
248	5.3. Diferențele dintre statele gazdă și investitori în contextul acordurilor privind investițiile și tendința crescândă de recurgere la soluționarea prin arbitraj a acestor tipuri de diferende
278	5.4. Organisme internaționale implicate în soluționarea diferendelor cu caracter investițional
290	5.5. Organizația Mondială a Comerțului (WTO). Organul de soluționare a diferendelor
296	5.6. Jurisdicții arbitrale la nivel regional
302	5.7. Centrul Internațional pentru Reglementarea Referendelor privind Investițiile – ICSID
308	5.8. Concluzii
310	Concluzii generale
322	ANEXA 1 Analiză asupra răspunderii statului privind investițiile străine
322	1. Noțiune și delimitări
327	2. Originile și fundamentul răspunderii statului în domeniul investițiilor străine
338	3. Categoriile de investiții care fac obiectul normelor de drept internațional

357	ANEXA 2 Model de Tratat Bilateral de Investiții SUA 2012
395	SECȚIUNEA B
415	SECȚIUNEA C
417	Anexa A Drept Internațional Cutumiar
417	Anexa B Expropriere
419	Anexa C Comunicarea documentelor către o Parte
420	ANEXA 3 Proiect de acord între Guvernul Republicii Franceze și Guvernul Republicii [...] privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor
432	ANEXA 4 Model Tratat Germania – 2008
447	ANEXA 5 Statistici UNCTAD
460	ANEXA 6
460	Comisia Europeană - Comunicat de presă
465	ANEXA 7
465	HOTĂRÂREA TRIBUNALULUI (Camera a doua extinsă)
465	Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 18 iunie 2019 (Cazul Micula)
509	Legi în domeniul investițiilor monitorizate UNCTAD
513	Bibliografie
513	Monografii. Tratatate. Culegeri de studii

527	Acte normative
528	Documente
531	Acorduri și convenții internaționale
532	Acorduri bilaterale pentru promovarea și protecția investițiilor străine, respectiv pentru evitarea dublei impuneri, încheiate de România cu următoarele state:
533	Drept comunitar/Drept european
533	Cazuistică
535	Adrese de internet utilizate
537	Lista acronimelor și abrevierilor identificate și utilizate conform surselor bibliografice

noțiunilor și problemelor specifice în cadrul unor programe de master.

Toate aceste direcții sunt provocări complexe atât din punct de vedere teoretic, cât și practic, dar importanța și actualitatea domeniului, precum și interesul general sunt motivații suficiente pentru a le aborda și se datorează unei viziuni de ansamblu a autoarei asupra problematicei abordate, rigoarea investigațiilor făcute, calitatea argumentației, siguranța demersului, forța impactului teoretic, practic și metodologic al rezultatelor obținute.

În concluzie, aceasta monografie reflectă maturitatea științifică a autoarei, capacitatea sa de a efectua, cu mijloace adecvate, un demers pretențios într-un domeniu modern, cu puternice valențe aplicative, acest rezultat fiind posibil datorită conținutului științific de ansamblu al prezentei lucrări și contribuțiilor originale examinate.

Prof. univ. dr. DUMITRA POPESCU

INTRODUCERE

Obiectivul acestei monografii este anunțarea și prezentarea dreptului internațional al investițiilor în stadiul în care se află în acest moment, scopul final nefiind direcționarea analizei spre anumite ideologii, ci spre cunoaștere. De ce este necesară o conexiune între investițiile internaționale și drept? Numai dreptul poate, în cadrul instituțional specific sau creat în mod special, să definească și să reglementeze drepturile, obligațiile și raportul juridic investițional, să soluționeze disputele privind investițiile străine, să direcționeze, să controleze și să încurajeze fluxurile internaționale de capital, să îmbunătățească sau să diminueze previzibilitatea unei tranzacții privind investițiile sau să poată crește ori reduce costurile asociate unei investiții internaționale.

Eficacitatea legii în influențarea comportamentului uman cere mai mult decât reglementări legale scrise. Ea cere instituții. Instituțiile, potrivit lui Douglass C. North, beneficiar al Premiului Nobel pentru Economie în 1993, „sunt constrângerile elaborate de oameni, care structurează interacțiunea politică, economică și socială”.

¹J.W. Salacuse, *The Three Laws of Investment Treaties*, The Oxford International Law Library, 2013, p. 25.

Regimul juridic al investițiilor străine se află într-un flux constant de evoluție, însă aceasta nu urmează o traiectorie pre-stabilită². Dreptul internațional al investițiilor străine este format din normele dreptului internațional general, din standardele generale ale dreptului economic internațional, precum și din norme distincte specifice domeniului său³. În cadrul renumitei reviste științifice denumită *Revue Générale de Droit International Public*, într-un număr din 1988 se afirmă: „Comerțul internațional este un fapt pur, dar un fapt care a dat naștere dreptului internațional în întregul său”⁴. Această afirmație recunoștea încă din timpurile respective importanța relațiilor economice cu caracter internațional constituite în mod egal din raporturi, implicând state și societăți comerciale, schimburi comerciale și financiare. În ansamblul relațiilor internaționale, dimensiunea economică s-a alăturat în mod firesc relațiilor internaționale „tradiționale” (dimensiunea politică⁵ și militară), ceea ce este o caracteristică a sistemului internațional în care acționează statele, organizațiile internaționale și organismele cu caracter public și privat.

Analizând problematica dreptului internațional economic, s-a afirmat în doctrina română că este necesară formularea

² Despre evoluții ale regimului juridic al investițiilor internaționale a se vedea E. Alvarez, K.P. Sauvart, K.G. Ahmed, G.P. Vizcaino (eds), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011.

³ R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press (OUP), Second edition, 2012, Cap. I, p. 2.

⁴ D. Carreau, P. Juillard, *Droit International économique*, 3^e éd., Éd. Dalloz, Paris, 2007, p. 1.

⁵ M. Koskeniemi, *What is International Law For?*, în M. Evans, *International Law*, OUP, Oxford, 2nd ed., 2006, p. 77.

legăturii dintre dimensiunea economică la nivel mondial și dimensiunea juridică⁶. În acest sens, s-a afirmat că noțiunea de ordine economică internațională pornește de la relațiile economice internaționale, la care se adaugă dimensiunea politică de ordonare, în sensul de aplicare a unei politici în raport cu relațiile economice din cadrul unei anumite piețe. Pentru că există realmente un caracter dinamic și eterogen propriu regulilor aplicabile relațiilor economice internaționale, s-a determinat utilizarea cu precădere a termenului de „ordonare”, fiindcă acestor reguli le este proprie calitatea de a se adapta diverselor evoluții și situații „fie prin interpretare, fie prin modificarea sferei de aplicare sau identificarea de noi excepții”⁷.

Sub anumite aspecte, dimensiunea normativă a ordinii economice internaționale depășește dreptul comerțului internațional⁸, întrucât nu sunt avute în vedere doar relațiile contractuale inter-companii. Același fenomen se observă și în cadrul dreptului internațional privat, la maniera în care atât persoanele private, cât și statele interacționează cu normele de drept. În acest sens, este de citat afirmația judecătorului Curții Internaționale de Justiție (CIJ) Phillip Jessup, potrivit căruia „dreptul internațional devine din ce în ce mai mult un drept transnațional, prin care s-ar înțelege un corp integrat de norme din dreptul internațional și dreptul intern, care reglementează

⁶A. Năstase, *Dreptul Internațional Economic II. Soluționarea diferendelor în cadrul organizațiilor economice internaționale*, Ed. Monitorul Oficial, București, 1996, p. 22.

⁷J. Touscoz, *Droit International*, PUF, Paris, 1993, p. 239.

⁸S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press (CUP), 2009.

conduita statelor și persoanelor, concurența și funcționarea piețelor, circulația bunurilor publice și a celor private”.

Trebuie să admitem că integrarea economică reprezintă forța motorie a unei părți considerabile a dreptului internațional public de astăzi, întrucât pe conceptele tradiționale ale acestui drept s-au efectuat construcții juridice care reprezintă instrumente ale integrării economice și reglementării relațiilor de piață, integrare atât la nivel regional (UE), cât și la nivel mondial (WTO). Totodată „dreptul internațional își conservă funcția regulatorie, în sensul că din momentul elaborării unor norme sau al consacării acestora pe cale cutumiară, are loc o „limitare” a marjei acțiunii economice a actorilor statali și nonstatali”⁹.

Față de această evoluție a relațiilor internaționale și a ramurilor de drept existente la un moment dat, au apărut concepte promovate în special de către statele în curs de dezvoltare, și anume concepte privind apariția și necesitatea promovării unui nou tip de drept internațional opus celui clasic și care să țină seama în principiu și de complexul normativ de interese ale acestei mari categorii de state și care ar putea fi denumit un „drept internațional al dezvoltării”¹⁰. Tot în acest context, s-a afirmat în perioada menționată că unei noi ordini economice internaționale i se cuvine un nou drept internațional cu un rol edificator în construirea acestei ordini. În acest sens, s-a pornit de la binecunoscutele documente adoptate de Adunarea Generală a ONU în 1962 prin Rezoluția nr. 1803 (XVII) privind suveranitatea permanentă asupra resurselor naturale, și în 1974

⁹Pentru amănunte, vezi A. Năstase, I. Gâlea, *Dreptul internațional economic*, Ed. C.H. Beck București, 2014, p. 6.

¹⁰Pentru amănunte vezi Gr. Geamănu, *Drept internațional public*, vol. II, ed. Didactică și Pedagogică, București, 1983, pp. 346-374.

prin Rezoluția nr. 3281 (XXIX) referitoare la Carta drepturilor și obligațiilor economice ale statelor¹¹. Totuși, investițiile internaționale și normele de reglementare a dreptului internațional public se pot diferenția cauzal scopurilor acestor ramuri ale dreptului internațional implicate, precum și caracteristicilor distinctive ale relațiilor de investiții. În timp ce normele de reglementare a dreptului internațional public în acest domeniu sunt destul de neutre în ceea ce privește interacțiunea dintre cele mai multe ramuri ale dreptului internațional, tribunalele de investiții încearcă, în general, să promoveze obiectivul fundamental al dreptului privind investițiile, în special creșterea fluxurilor de investiții străine. În pofida faptului că dreptul internațional public acordă, în general, preferință drepturilor fundamentale ale omului și celor legate de pacea și securitatea internațională (tribunalele de investiții s-au confruntat foarte rar cu astfel de norme superioare de drept internațional), dreptul internațional al investițiilor este o subramură a dreptului internațional public, în special datorită pedestalului acestei noi ramuri de drept, pedestal ce are privilegiul de a fi format din tratatele internaționale specifice (sau care includ dispoziții specifice) care guvernează raporturile de drept internațional al investițiilor.

Inițial, doctrina¹² a lansat o dezbateră referitoare la apariția unei discipline autonome sub denumirea de drept

¹¹A. Năstase, B. Aurescu, I. Gâlea, *Drept Internațional Contemporan. Texte esențiale*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, pp. 775-788.

¹²A se vedea și *The First Report of the ILA Committee on the International Law of Foreign Investment*, Toronto, 2006, în *ILA Report of the Seventy-Second Conference, Toronto 2006*, London, ILA, 2006, p. 410 și urm.

internațional economic într-o variantă, iar în altă variantă s-a afirmat că se naște un drept internațional general aplicabil relațiilor economice, în prezent aflându-ne în fața unei discipline autonome: dreptul internațional al investițiilor străine, datorita evoluției rapide a acestei noi ramuri de drept. În materie, un rol important l-au avut edițiile succesive ale unor autori care încă la sfârșitul anilor '70 au publicat monografii sub denumirea de drept internațional economic¹³. Tangențial, în ceea ce ne privește, o formulă cuprinzătoare ce definește dreptul internațional economic a fost cea formulată de Andreas F. Lowenfeld, potrivit căruia, dreptul internațional economic înglobează normele dreptului internațional ce reglementează ordinea juridică internațională și relațiile economice între state, precizând însă că termenul poate include o paletă vastă de norme care variază de la dreptul internațional public la aspecte de drept comercial, regimul investițiilor străine, aspecte fiscale etc.¹⁴ Cu privire la caracteristicile fundamentale diferite ale relațiilor privind investițiile internaționale, este de menționat că, în timp ce asumarea fundamentală a dreptului internațional public este egalitatea suverană, relațiile juridice dintre statele gazdă și investitorii străini rămân asimetrice, deoarece statele gazdă se află într-o poziție superioară, putând influența atât dreptul intern, cât și normele relevante ale dreptului internațional (în general prin participarea acestora la negocierea și semnarea tratatelor internaționale de tip BIT sau TIPS),

tratate prin care se stabilesc drepturi și obligații pentru investitorii străini, terți fata de acestea.

Analizele conceptuale efectuate în legătură cu dreptul internațional economic s-au finalizat prin concluzia că, deși cuprinde o sferă de reglementare foarte vastă, el are ca fundament dreptul internațional public, fiind o subramură a acestui drept. Ceea ce apare logic, dat fiind conținutul dreptului internațional economic ce vedește natura sa de drept internațional. Până și faptul că se face des referire la normele dreptului intern în cadrul dreptului internațional economic înseamnă că sunt avute în vedere modalitățile aplicării normelor internaționale în relațiile economice *concrete* (bine determinate), vădind tocmai această natură de drept internațional. În acest context se pot cita normele privitoare la obligațiile statelor de respectare a dispozițiilor Acordului General pentru Tarife și Comerț (GATT), ale Acordului General privind Comerțul cu Servicii (GATS), a normelor referitoare la promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor garantate prin norme interne relevante.

În contextul dezvoltării dreptului internațional economic, au fost promovate o serie de norme și principii inspirate din dreptul internațional în domeniul investițional, ajungându-se până la crearea unor organisme și instituții de garantare, respectiv de soluționare a diferendelor în acest domeniu. Această evoluție a determinat unele luări de poziție sub aspect doctrinar, afirmând apariția unui drept internațional al investițiilor străine, tratat în mod individual în lucrări de specialitate¹⁵.

În prezent, dezbaterele referitoare la acest nou domeniu de drept nu mai vizează existența sau inexistența sa, acestea

¹³Spre exemplu D. Carreau, P. Juillard, T. Flory, *Droit International Economique*, 2^e ed., LGDJ, Paris, 1980, precum și edițiile următoare.

¹⁴A. Lowenfeld, *International Economic Law*, ed. 1, Oxford University Press, 2002, p. 3.

¹⁵M. Sornalajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2^e ed., 2004.

fiind orientate, spre exemplu, către direcția reformării dreptului privind protecția investițiilor străine sau către relația dintre investiții, preocupările legate de mediu ori dezvoltarea durabilă a comunităților locale, acestea fiind posibilități de reformare ce au apărut din tensiunile actuale remarcate din jurul dreptului internațional.

În concluzie, suntem în prezența dreptului internațional al investițiilor, ramură nouă de drept care a depășit stadiul remarcării prin justificarea existenței sale și, dezvoltându-se ascendent, a atins stadiul de remodelare.

CONSIDERAȚII ISTORICE

Prezentarea reperelor istorice sprijină efortul doctrinei contemporane de a înțelege traseul urmat de investițiile internaționale de la apariție și până în prezent, de la stadiul de fenomen juridic (alcătuit din ansamblul ideilor, conceptelor și opiniilor privind apariția acestui drept, inclusiv referirile la necesitatea impunerii anumitor comportamente membrilor comunității investițiilor internaționale prin norme juridice specifice) la stadiul de drept obiectiv al investițiilor internaționale așa cum acesta se prezintă astăzi.

Direcțiile de cercetare includ în principal: rolul dreptului internațional cutumiar privind protecția străinilor; protecția diplomatică; precursorii tratatelor moderne de investiții; originile coloniale ale protecției investițiilor; legătura cu dezvoltarea reglementării generale a soluționării litigiilor internaționale; contractele de stat internaționale; modul în care au apărut BIT timpurii, decolonizarea și încercarea de a crea o nouă ordine economică internațională; apariția modalităților/mecanismelor de soluționare a litigiilor dintre investitori și stat și apariția unui regim distinct al investițiilor internaționale și caracterul hibrid al acestuia.

Fiind în fața unui domeniu de drept marcat de noutate, orice discuție privind istoricul acestuia ar trebui să pornească