

Ionela-Diana Pătrașc-Bălan

Contractul internațional de investiții

Teză de doctorat elaborată sub coordonarea științifică a
Prof. univ. dr. Carmen Tamara Ungureanu

CUPRINS

INTRODUCERE	1
PARTEA I. PRECIZĂRI CONCEPTUALE	13
Capitolul I. Noțiunea de „investiție”	13
<i>Secțiunea 1. Importanța definirii conceptului de „investiție”</i>	13
<i>Secțiunea a 2-a. Clasificarea investițiilor</i>	14
2.1. Investiții străine și investiții naționale	14
2.2. Investiții duale și investiții contractuale	14
2.3. Investiții de scurtă durată, de durată medie și investiții de lungă durată	15
2.4. Investiții directe și investiții de portofoliu	15
2.5. Investiții de stat și investiții private	17
<i>Secțiunea a 3-a. Perspective asupra noțiunii de „investiție”</i>	17
3.1. Perspectivea economică în definirea investiției	17
3.1.1. Noțiunea de „investiție” în viziunea Fondului Monetar Internațional (FMI)	18
3.1.2. Noțiunea de „investiție” în viziunea Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică	19
3.1.3. Noțiunea de „investiție” în viziunea Băncii Central Europene	19
3.2. Perspectivea juridică asupra noțiunii de „investiție”	20
3.2.1. Noțiunea de „investiție” în convenții internaționale multilaterale	21
3.2.1.1. Noțiunea de „investiție” în Convenția de la Washington	21
3.2.1.2. Noțiunea de „investiție” în Convenția de la Seul	23
3.2.1.3. Noțiunea de „investiție” în Tratatul Cartei Energiei (TCE)	24
3.2.2. Noțiunea de „investiție” în normele regionale – Uniunea Europeană (UE)	25
3.2.3. Noțiunea de „investiție” în Acordurile Internaționale de Investiții (All)	38
3.2.4. Interpretarea pe cale jurisprudențială a noțiunii de „investiție”	44
3.2.4.1. Practica arbitrală ICSID referitoare la noțiunea de „investiție”	44
3.2.4.2. Jurisprudența CJUE referitoare la noțiunea de „investiție”	48
3.3. Noțiunea de „investiție” în dreptul românesc	51
3.3.1. Importanța legislației interne în materia ISD	52
3.3.2. Noțiunea de „investiție” în dreptul românesc	53
Capitolul al II-lea. Părțile în relația investițională internațională	59
<i>Secțiunea 1. Statul</i>	59
1.1. Statul participant la relațiile investiționale internaționale	59

1.2. Organisme care acționează în numele statului gazdă _____	62
<i>Secțiunea a 2-a. Investitorul străin</i> _____	70
2.1. Investitorul persoană fizică _____	71
2.1.1. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în convențiile multilaterale _____	71
2.1.1.1. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în Convenția de la Washington _____	71
2.1.1.2. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în Convenția de la Seul _____	72
2.1.1.3. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în Tratatul Cartei Energiei _____	72
2.1.2. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în All _____	73
2.1.3. Practica arbitrală ICSID referitoare la noțiunea de „investitor persoană fizică” _____	74
2.1.4. Noțiunea de „investitor persoană fizică” în legislația națională _____	76
2.2. Investitorul străin persoană juridică _____	79
2.2.1. Naționalitatea societății unice _____	80
2.2.2. Naționalitatea grupului de societăți _____	83
2.2.2.1. Grupul transnațional de societăți _____	83
2.2.2.2. Grupurile europene de societăți _____	90
2.2.3. Noțiunea de „investitor persoană juridică” în convențiile multilaterale _____	95
2.2.3.1. Noțiunea de „investitor persoană juridică” în Convenția de la Washington _____	95
2.2.3.2. Noțiunea de „investitor persoană juridică” în Convenția de la Seul _____	96
2.2.4. Naționalitatea investitorului persoană juridică în practica arbitrală ICSID _____	97
2.2.5. Noțiunea de „investitor persoană juridică” în All _____	98
2.2.6. Naționalitatea investitorului persoană juridică în legislația UE și jurisprudența CJUE _____	101
2.2.7. Noțiunea de „investitor persoană juridică” în legislația națională _____	104
Capitolul al III-lea. Definiția și natura juridică a contractului de stat _____	106
<i>Secțiunea 1. Definiția contractului de stat</i> _____	106
<i>Secțiunea a 2-a. Natura juridică a contractului de stat</i> _____	112
Concluzii preliminare _____	119
PARTEA A II-A. PRINCIPALE FORME CONTRACTUALE _____	125
Introducere _____	125
Capitolul I. Contractul de concesiune _____	127
<i>Secțiunea 1. Apariția și evoluția contractului de concesiune</i> _____	127
<i>Secțiunea a 2-a. Contractul de concesiune în dreptul UE</i> _____	129
2.1. Definiția contractului de concesiune _____	131
2.2. Felurile concesiunii în baza Directivei 2014/23/UE _____	133

2.3. Alocarea riscului în contractul de concesiune conform Directivei 2014/23/UE	134
2.4. Durata concesiunii	135
2.5. Părțile în contractul de concesiune	135
2.5.1. Concedentul	135
2.5.2. Concesionarul	138
2.6. Încetarea contractului de concesiune	140
<i>Secțiunea a 3-a. Forme particulare ale contractului de concesiune în dreptul comerțului internațional</i>	<i>140</i>
3.1. <i>Production Sharing Agreement (PSA)</i>	141
3.2. <i>Service contract</i>	141
<i>Secțiunea a 4-a. Contractul de concesiune în dreptul românesc</i>	<i>142</i>
4.1. Contractul de concesiune de bunuri proprietate publică	142
4.1.1. Obiectul contractului de concesiune	145
4.1.2. Părțile contractului de concesiune	145
4.1.3. Durata concesiunii	146
4.1.4. Redevența	147
4.1.5. Atribuirea contractului	147
4.1.6. Încheierea contractului	148
4.1.7. Drepturile și obligațiile concesionarului	149
4.1.8. Drepturile și obligațiile concedentului	155
4.1.9. Modificarea contractului	156
4.1.10. Încetarea contractului de concesiune	157
4.1.11. Soluționarea litigiilor derivate din contractul de concesiune	161
4.2. Contracte de concesiuni speciale de bunuri proprietate publică	161
4.2.1. Concesiunea petrolieră	162
4.2.1.1. Definiție și obiect	162
4.2.1.2. Părțile în acordul petrolier	164
4.2.1.3. Încheierea acordului petrolier	165
4.2.1.4. Drepturile și obligațiile titularului acordului petrolier	166
4.2.1.5. Încetarea acordului petrolier	167
4.2.1.6. Chevron și concesiunea petrolieră în România	169
4.2.2. Concesiunea minieră	172
4.2.2.1. Definiție și obiect	172
4.2.2.2. Părțile în licența minieră	174
4.2.2.3. Durata licenței miniere	174
4.2.2.4. Încetarea licenței miniere	175
4.2.2.5. Suspendarea licenței miniere	176
4.2.2.6. Anularea licenței miniere	177
4.2.2.7. Licența minieră și Cazul Roșia Montană	178
4.3. Contractul de concesiune de lucrări și de servicii publice	183
4.3.1. Definiție și obiect	183

4.3.2. Părțile în contractul de concesiune de lucrări și de servicii publice _____	186
4.3.3. Atribuirea contractelor de concesiune de lucrări și de servicii publice _____	187
4.3.4. Încetarea contractului de concesiune de lucrări și de servicii publice _____	190
Capitolul al II-lea. Contractul de antrepriză pentru lucrări de construcții _____	191
<i>Secțiunea 1. Contractul de antrepriză în dreptul comerțului internațional _____</i>	<i>191</i>
1.1. Noțiuni și categorii de contracte _____	191
1.2. Standardizarea contractelor de construcții _____	193
1.3. Modele de contracte de construcții _____	195
1.4. Particularitățile modelelor contractuale FIDIC _____	197
1.5. Contractul <i>Turnkey</i> _____	201
1.5.1. Noțiune _____	201
1.5.2. Modele contractuale <i>Turnkey</i> _____	201
1.6. Contractul BOT (<i>Build, Operate and Transfer</i>) _____	202
1.6.1. Noțiune _____	202
1.6.2. Forme contractuale _____	203
1.6.3. Trăsături distinctive _____	204
1.6.4. Domenii de aplicare _____	205
1.6.5. Avantajele încheierii contractului BOT _____	205
1.6.6. Etapele unui proiect BOT _____	206
1.6.7. Identificarea, alocarea și managementul riscurilor în proiectele BOT _____	207
<i>Secțiunea a 2-a. Contractul de antrepriză pentru lucrări de construcții în dreptul românesc _____</i>	<i>207</i>
2.1. Reglementare _____	207
2.2. Contractul Național de Antrepriză (CNA) _____	210
2.2.1. Noțiune și obiect _____	210
2.2.2. Părțile în CNA _____	212
2.2.3. Supervizorul _____	214
2.2.4. Caracterele juridice ale CNA _____	215
2.2.5. Obligațiile părților _____	217
2.2.5.1. Obligațiile antreprenorului _____	217
2.2.5.2. Obligațiile beneficiarului _____	218
2.2.6. Modificarea contractului _____	218
2.2.7. Alocarea riscurilor _____	220
2.2.8. Încetarea contractului _____	222
2.2.9. Soluționarea litigiilor _____	225
2.3. Modelul contractual <i>Turnkey</i> propus prin Contractul Național de Proiectare Execuție (CNPE) _____	226
2.3.1. Noțiunea de CNPE _____	227

2.3.2. Părțile în CNPE	229
2.3.3. Supervizorul în CNPE	229
2.3.4. Obligațiile părților	229
2.3.4.1. Obligațiile beneficiarului	229
2.3.4.2. Obligațiile antreprenorului	230
2.3.5. Riscurile excepționale ale contractului	231
2.3.6. Brevete, licențe și drepturi de proprietate intelectuală	231
2.3.7. Încetarea contractului. Alocarea riscurilor și soluționarea litigiilor	231
Capitolul al III-lea. Management agreement	233
<i>Secțiunea 1. Management agreement în dreptul comerțului internațional</i>	233
1.1. Definiția contractului <i>management agreement</i>	233
1.2. Obiectul contractului	234
1.3. Forme contractuale	235
1.4. Clauze contractuale	235
1.5. Obligațiile părților	236
1.5.1. Obligațiile beneficiarului	236
1.5.2. Obligațiile companiei de management	236
<i>Secțiunea a 2-a. Contractul de management în dreptul românesc</i>	237
2.1. Definiția contractului de management	238
2.2. Părțile în contractul de management	239
2.3. Conținutul contractului de management	239
2.4. Obligațiile managerului	241
2.5. Obligațiile societății	241
2.6. Încetarea contractului	241
2.7. Soluționarea litigiilor	242
Capitolul al IV-lea. Operațiunea joint venture	243
<i>Secțiunea 1. Noțiunea de „joint venture”</i>	243
<i>Secțiunea a 2-a. Equity joint venture</i>	245
<i>Secțiunea a 3-a. Un exemplu de equity joint venture în România:</i> <i>SC Roșia Montană Gold Corporation SA</i>	249
<i>Secțiunea a 4-a. Contractual joint venture</i>	251
<i>Secțiunea a 5-a. Asocierea în participație în dreptul românesc</i>	253
Capitolul al V-lea. Parteneriatul Public-Privat (PPP)	259
<i>Secțiunea 1. Parteneriatul Public-Privat în UE</i>	259
1.1. Noțiunea de PPP	259
1.2. Trăsăturile PPP	265
1.3. Modele de PPP	267
<i>Secțiunea a 2-a. Parteneriatul Public-Privat în dreptul românesc</i>	269
2.1. Definiție și trăsături	269
2.2. Părțile contractului PPP	272
2.3. Obiectul contractului PPP	274

2.4. Etapele încheierii unui contract PPP	275
2.5. Clauze în contractul PPP	277
2.6. Modificarea sau denunțarea unilaterală a contractului PPP	281
2.7. Încetarea contractului	282
Concluzii preliminare	283

PARTEA A III-A. MIJLOACE DE SOLUȚIONARE A LITIGIILOR LEGATE DE INVESTIȚII **291**

Precizări introductive **291**

Capitolul I. Protecția diplomatică **293**

Secțiunea 1. Noțiunea de „protecție diplomatică” **293**

Secțiunea a 2-a. Condițiile privind exercitarea protecției diplomatice **295**

2.1. Legătura juridică dintre investitor și statul său de origine **295**

2.1.1. Legătura juridică dintre investitorul persoană fizică și statul său de origine **296**

2.1.2. Legătura juridică dintre investitorul persoană juridică și statul său de origine **297**

2.2. Necesitatea epuizării căilor interne de atac **298**

2.3. Teoria mâinilor curate (*mains propres*) **298**

Secțiunea a 3-a. Evoluția protecției diplomatice, ca mijloc tradițional de soluționare a diferendelor referitoare la investițiile străine **299**

Secțiunea a 4-a. Comisiile mixte **301**

Capitolul al II-lea. Mijloace alternative de soluționare a litigiilor investitori-state **304**

Secțiunea 1. Fact-finding în cadrul ICSID **304**

Secțiunea a 2-a. Dispute resolution board (DRB) **306**

Secțiunea a 3-a. Comisia de Adjudecare a Disputelor (CAD) **309**

Secțiunea a 4-a. Medierea și concilierea investitor-stat **314**

4.1. Medierea și concilierea investitor-stat în cadrul ICSID **318**

4.1.1. Precizări introductive **318**

4.1.2. *ICSID Mediation Rules (MR)* **322**

4.1.3. Concilierea în cadrul ICSID **323**

4.2. Medierea investitor-stat în cadrul UE **330**

4.3. Posibilitatea medierii litigiilor izvorâte din încălcarea contractului de stat în România **333**

4.4. Punerea în executare a acordului de mediere. Convenția de la Singapore **337**

Capitolul al III-lea. Arbitrajul internațional al investițiilor **348**

Secțiunea 1. Treaty Claims și contractual claims **348**

Secțiunea a 2-a. Alea una via sau fork on the road clause/clause de bifurcation **349**

<i>Secțiunea a 3-a. Cauza Gavazzi vs. România</i>	350
3.1. <i>Contractual claim</i>	350
3.2. <i>Treaty claim</i>	352
3.3. <i>Umbrella clause</i>	353
<i>Secțiunea a 4-a. Reguli de arbitraj internațional investițional</i>	355
4.1. Reguliile UNCITRAL de arbitraj	355
4.2. Reguliile UNCITRAL privind transparența în arbitrajul dintre investitori și state inițiat în temeiul tratatelor	356
4.3. Reguliile de arbitraj în cadrul ICSID	360
4.3.1. Verificarea competenței	361
4.3.2. <i>Non-Disputing Party Submission. Amicus curiae</i>	363
4.3.3. Comisia Europeană, amicus curiae în litigiile arbitrale ICSID	365
4.3.4. Legea aplicabilă	367
4.3.4.1. Părțile au ales regulile de drept	368
4.3.4.2. Părțile nu au ales regulile de drept	369
<i>Secțiunea a 5-a. Recunoașterea și executarea sentințelor pronunțate în arbitrajul internațional investițional</i>	374
5.1. Recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale în temeiul Convenției de la New York	375
5.2. Recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine în România	377
5.2.1. Domeniul de aplicare a Convenției de la New York în România	378
5.2.2. Hotărâri arbitrale care pot fi recunoscute și executate în România	379
5.2.3. Eficacitatea sentinței arbitrale străine	385
5.2.4. Competența privind soluționarea cererilor privind recunoașterea și executarea	388
5.2.5. Motivele privind refuzul de recunoaștere și executare	390
5.2.6. Calea de atac împotriva hotărârii pronunțate în procedura recunoașterii și executării	404
5.3. Executarea hotărârilor arbitrale ICSID	404
<i>Secțiunea a 6-a. Arbitrajul investițional internațional și dreptul UE</i>	406
6.1. Investitorul străin între dreptul internațional și dreptul UE. Cazul <i>Micula</i>	407
6.2. Cauza <i>Achmea</i>	420
6.3. Cauza <i>PL Holdings</i>	427
Capitolul al IV-lea. Soluționarea litigiilor investiționale în fața instanțelor naționale	431
<i>Secțiunea 1. Instanța judecătorească competentă</i>	431
<i>Secțiunea a 2-a. Legea aplicabilă</i>	435
<i>Secțiunea a 3-a. Instanța competentă să soluționeze litigii izvorâte din contractele de stat în dreptul românesc</i>	441
3.1. Stabilirea instanței competente în baza Legii nr. 554/2004	442

3.2. Competența instanțelor de drept comun în soluționarea contractelor de stat _____	446
3.3. Categoriile de litigii date în competența instanțelor de contencios administrativ _____	446
3.4. Legea aplicabilă soluționării litigiilor de către instanțele de contencios administrativ _____	447
3.5. Procedura de judecată _____	448
3.5.1. Posibilitatea invocării excepției de nelegalitate în legătură cu contractele administrative _____	448
3.5.2. Parcurgerea procedurii prealabile în cazul contractelor administrative _____	449
3.5.3. Suspendarea executării contractelor administrative _____	451
3.5.4. Intervenția voluntară a terților în proces _____	451
3.5.5. Punerea în executare a hotărârilor pronunțate în contencios administrativ _____	452
3.5.6. Clauza compromisorie în contractele administrative _____	453
3.6. Soluționarea litigiilor investiționale în baza Legii nr. 101/2016 _____	454
3.6.1. Categoriile de litigii soluționate în baza Legii nr. 101/2016 _____	455
3.6.2. Competența privind soluționarea litigiilor în baza Legii nr. 101/2016 _____	455
3.6.3. Procedura de judecată _____	456
3.7. Arbitrabilitatea litigiilor izvorâte din contractele de stat _____	458
Capitolul al V-lea. Reforma privind reglementarea diferendelor dintre investitori și state _____	463
<i>Secțiunea 1. O reformă realizată: CETA _____</i>	<i>464</i>
1.1. Constituirea Tribunalului _____	465
1.2. Sesizarea Tribunalului _____	467
1.3. Dreptul aplicabil și interpretarea CETA _____	470
1.4. Tribunalul de apel _____	472
<i>Secțiunea a 2-a. Reforma în curs a soluționării litigiilor investiționale _____</i>	<i>473</i>
2.1. Opțiuni de reformă _____	473
2.2. Centrul Consultativ Multilateral (<i>Multilateral Advisory Centre</i>) _____	475
2.3. Mecanismul de apel _____	476
2.4. Curtea Multilaterală de Investiții (<i>Multilateral Investment Court, MIC</i>) _____	476
2.5. Interpretarea tratatelor de investiții _____	484
Concluzii preliminare _____	487
CONCLUZII _____	491
BIBLIOGRAFIE _____	499

PARTEA I. PRECIZĂRI CONCEPTUALE

Capitolul I. Noțiunea de „investiție”

În acest capitol, ne propune să analizăm conceptul de „investiție” din perspectivă economică și din perspectivă juridică. Perspectiva juridică va cuprinde atât latura reglementărilor de drept internațional, regional din UE și național, cât și latura jurisprudențială, care a interpretat aceste dispoziții, ilustrată prin jurisprudența CJUE și practica tribunalelor arbitrale internaționale.

Secțiunea 1. Importanța definirii conceptului de „investiție”

În dreptul internațional al investițiilor, una dintre provocările majore o reprezintă problematica legată de definirea termenului de „investiție”. Clarificarea conceptului de „investiție” nu prezintă importanță doar din perspectivă teoretică. Investitorul străin poate reclama în plan internațional protecția și garantarea investiției sale, în măsura în care forma sub care acesta a înțeles să participe la economia statului gazdă se regăsește reglementată în cadrul convențiilor bi sau multilaterale pe care statul importator de capital le-a încheiat cu statul de origine a investitorului sau la care aceste state sunt părți. Nu orice investiție a unei persoane fizice sau juridice străine pe teritoriul statului gazdă se bucură de protecție internațională.

În dreptul internațional, nu există o definiție juridică unanim acceptată a noțiunii de „investiție”^[1]. Explicația se poate regăsi în împrejurarea că există o multitudine de instrumente convenționale internaționale multilaterale sau bilaterale de reglementare în domeniul investițiilor străine. Diferite prin obiect și scop, aceste tratate au definit conceptul de „investiție” având în vedere câmpul specific de aplicare *ratione materiae*. De asemenea, varietatea formelor sub care se pot manifesta investițiile străine a fost apreciată ca fiind un alt considerent care poate justifica inexistența unei definiții universale a termenului de „investiție”^[2].

[1] C. KESSEDIAN, *op. cit.*, p. 162; M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *op. cit.*, p. 232.

[2] A. DE NANTEUIL, *op. cit.*, p. 165.

Secțiunea a 2-a. Clasificarea investițiilor

Există mai multe criterii de clasificare a investițiilor^[1]. Taxonomia investițiilor este utilă în conturarea obiectului cercetării, care va avea în vedere numai formele de participare a investitorului în economia statului gazdă protejate juridic pe plan internațional.

2.1. Investiții străine și investiții naționale

Una dintre cele mai des utilizate clasificări a investițiilor este cea care se referă la investiții naționale și investiții străine. Criteriile în baza cărora se realizează această împărțire sunt diferite: domiciliul sau sediul, cetățenia investitorului persoană fizică sau naționalitatea investitorului persoană juridică. Investiția este străină dacă domiciliul sau sediul investitorului este situat în alt stat decât cel în care are loc investiția. În ipoteza în care criteriul de internaționalitate utilizat în documentul care reglementează regimul investiției este cel al cetățeniei, respectiv al naționalității, o investiție este calificată străină dacă investitorul persoană fizică are cetățenia, respectiv investitorul persoană juridică are naționalitatea unui alt stat decât a statului gazdă.

2.2. Investiții duale și investiții contractuale^[2]

Pe teritoriul statului gazdă, investiția poate avea o natură societară, duală sau pur contractuală. Natura duală rezultă din forma instituțională și contractuală. În această ipoteză, investitorul străin participă fie la constituirea sau extinderea unei societăți pe teritoriul statului gazdă, dobândește acțiuni sau părți sociale la o astfel de societate, fie înființează și extinde o sucursală a unei societăți străine.

În anumite domenii, investitorul străin poate încheia cu statul gazdă contracte, situație în care investiția străină îmbracă formă contractuală.

^[1] D.-A. SÎTARU, *Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală*, ed. a II-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 62-65; Autorul clasifică investițiile în investiții directe și investiții de portofoliu, în prima categorie fiind cuprinse investițiile în formă societară și investițiile în formă exclusiv contractuală; L. NAVASARDYAN, *op. cit.*, pp. 64-71; Autoarea amintește pe lângă clasificările clasice și de următoarele categorii de investiții: investiții productive, destinate dezvoltării și modernizării capacităților de producție; investiții colective făcute de autoritățile publice locale; investiții familiale; investiții brute de capital fix, obținute prin acumulări de capital; C.-E. POPA TACHE, *Introducere în dreptul internațional al investițiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 74-76; D. MAZILU, *Tratat privind dreptul comerțului internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 59.

^[2] D.-A. SÎTARU, *op. cit.*, p. 62.

2.3. Investiții de scurtă durată, de durată medie și investiții de lungă durată

După criteriul duratei, investițiile pot fi de scurtă durată, de durată medie sau investiții de lungă durată. Sub protecție internațională intră, cu precădere, investițiile de lungă durată, care presupun existența unei relații durabile între investitor și statul importator de capital.

2.4. Investiții directe și investiții de portofoliu

Un alt criteriu important de clasificare a investițiilor se referă la investiții directe și investiții de portofoliu. Într-o primă accepțiune^[1], investițiile directe (ID) presupun transferul de bunuri tangibile în statul gazdă și utilizarea lor în scopul acordului investițional, în timp ce investițiile de portofoliu (IP) sunt investițiile prin care investitorul cumpără acțiuni într-o societate.

Dobândirea de acțiuni sau părți sociale de către un investitor nu presupune cu necesitate încadrarea acestei forme de investiție în IP. Criteriul în baza căruia investițiile sunt împărțite în investiții directe și investiții de portofoliu este criteriul controlului^[2]. Investițiile directe presupun deținerea controlului de către investitor asupra întreprinderii în care a investit. În cazul investițiilor de portofoliu, investitorul își asumă riscul investiției sale. Investițiile de portofoliu nu asigură controlul investitorului care deține, în acest caz mai puțin de 10% din capitalul societății la care a dobândit acțiuni^[3].

Combinând criteriul locului cu cel al controlului, investițiile pot fi investiții străine directe (ISD) și investiții străine de portofoliu (ISP).

Organizațiile economice și financiare internaționale au fost cele care au elaborat primele definiții ale celor două forme de investiții, din conținutul cărora putem identifica elementele care le deosebesc.

Conform OECD^[4], investiția străină este forma de investiție transnațională făcută de un investitor cu scopul de a stabili o legătură durabilă într-o societate, care este stabilită pe teritoriul unui stat străin, în urma căreia investitorul va exercita controlul asupra gestiunii societății. Criteriul controlului este cel care diferențiază fundamental ISD de IP.

[1] M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, pp. 9-10; C.T. UNGUREANU, *Dreptul comerțului internațional*, op. cit., pp. 92-93.

[2] L. TULEAȘCĂ, *Dreptul comerțului internațional. Tranzacții comerciale internaționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 172; C.-E. POPA TACHE, op. cit., p. 75.

[3] M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, op. cit., p. 232; L. AZOULAI, W.B. HAMIDA, *La protection des investissements par le droit primaire-droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches*, în *Le droit européen et l'investissement* sous la direction de C. KESSÉDIAN et C. LEBEN, Ed. Pantheon-Assas, 2009, p. 77.

[4] *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, quatrième édition, 2008, p. 25, online <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf>, ultima accesare la 10.02.2022.

În cel din urmă caz, investitorul străin este interesat de achiziționarea de acțiuni sau alte valori mobiliare, fără să urmărească să își exercite controlul asupra societății. Totodată, investitorul de portofoliu nu urmărește stabilirea unei legături pe termen lung cu societatea la care a dobândit acțiuni, întrucât principalul motiv care stă la baza deciziei de a investi vizează rentabilitatea activelor societății.

Nivelul minim de la care se consideră că un investitor străin dobândește controlul asupra societății a fost fixat, în mod convențional, la pragul de 10% din capitalul social al societății^[1]. Deținerea sau dobândirea unui număr de acțiuni sub acest prag califică investiția în categoria IP.

Așadar, conform viziunii OECD, distincția dintre cele două categorii de investiții rezidă în durata acestora (ID sunt investiții pe termen lung, în timp ce IP se fac pe o perioadă limitată de timp), și în controlul pe care investitorul îl dobândește asupra administrării și gestiunii societății în care realizează investiția (doar în cazul ISD, investitorul străin deține și exercită controlul asupra societății în care a investit).

Criteriile analizate în baza cărora se operează distincția dintre ISD și IP, se regăsesc în definiția celor două concepte și la nivel regional, de exemplu, la nivelul UE. În *Comunicarea CE privind politica europeană globală în domeniul investițiilor internaționale*^[2], se consideră că investițiile străine directe includ orice investiție externă utilă pentru stabilirea de legături durabile și directe cu societatea căreia i se pune la dispoziție capital pentru desfășurarea unei activități economice, obiectiv ce presupune că acțiunile investitorului permit acționarului să participe în mod efectiv la gestionarea societății respective sau la controlul acesteia. Investițiile străine, în care nu există intenția de a influența gestionarea și controlul unei întreprinderi, care sunt efectuate pe un termen mai scurt și sunt de natură speculativă, se numesc investiții de portofoliu.

Alături de criteriile privind durata investiției și controlul pe care investitorul străin îl deține asupra managementului societății în care a investit, un alt element care diferențiază cele două forme de investiții străine este criteriul riscului.

În cazul IP, investitorul străin își asumă riscul investiției sale^[3], care este un factor în totalitate din exterior. Într-un interval de timp scurt, investitorul acționează pentru majorarea capitalului^[4]. Raportul risc-durată se inversează în cazul investitorului care realizează o investiție străină directă: deținând controlul asupra societății în care investește pe termen lung, prin activitatea sa, investitorul influențează ponderea riscului comercial, care, în cazul său, nu este situat în totalitate în exteriorul societății^[5].

^[1] *Ibidem*, p. 57.

^[2] *Comunicare a Comisiei către Consiliu, Parlamentul European, Comitetul economic și social european și Comitetul regiunilor, Către o politică europeană globală în domeniul investițiilor internaționale, COM(2010)343 final*, online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0343&from=RO>, p. 2, ultima accesare la 10.02.2022.

^[3] M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 8.

^[4] L. NAVASARDYAN, *op. cit.*, p. 68.

^[5] *Ibidem*.

Distincția dintre cele două categorii de investiții prezintă importanță, întrucât, în principiu, doar ISD formează obiect al protecției internaționale. Cu toate acestea, problematica referitoare la protecția IP a cunoscut transformări^[1]. Deși există AII care exclud din câmpul lor de aplicare IP, această formă de investiții va fi protejată în situația în care este inclusă în mod expres în definiția termenului de „investiție” din convențiile bilaterale privind promovarea și protecția investițiilor străine^[2].

2.5. Investiții de stat și investiții private

În funcție de subiectele de drept care participă la stabilirea relațiilor investiționale internaționale^[3], investițiile pot fi investiții publice sau de stat, în care raporturile se stabilesc între două subiecte de drept internațional public, și investiții private în care actorii sunt un investitor persoană fizică sau juridică străină și statul gazdă a investiției.

Secțiunea a 3-a. Perspective asupra noțiunii de „investiție”

Termenul de „investiție” poate fi privit din dublă perspectivă: economică și juridică. Având în vedere domeniul de reglementare la care se referă, perspectiva economică nu coincide cu perspectiva juridică. Astfel cum vom demonstra, definiția juridică a termenului, dezvoltată mai ales pe cale jurisprudențială, a preluat parțial criteriile economice. Un investitor străin poate realiza o investiție calificată astfel din punct de vedere economic, dar care să nu îndeplinească criteriile juridice. Din perspectiva protecției internaționale investiționale, esențială este îndeplinirea criteriilor juridice.

3.1. Perspectiva economică în definirea investiției

Termenul de „investiție” este, în primul rând, o noțiune economică^[4]. Întocmirea statisticilor privind fluxurile economice internaționale a presupus drept condiție *sine qua non* elaborarea unor concepte unitare care să fundamenteze analizele economice. Aceste concepte, printre care și noțiunea de „investiție”, au fost definite în cuprinsul documentelor elaborate de organizațiile și instituțiile internaționale economice și financiare. Necesitatea unei definiții la nivel internațional a rezultat din nevoia de armonizare a conceptelor și a indicatorilor prin care statele raportau ISD efectuate pe teritoriul lor.

^[1] C.T. UNGUREANU, *Drept internațional privat european în raporturi de comerț internațional*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 193.

^[2] M. SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 9.

^[3] C.-E. POPA TACHE, *op. cit.*, p. 74; L. TULEAȘCĂ, *op. cit.*, p. 172.

^[4] D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH, A. HAMANN, *op. cit.*, p. 573.

3.1.1. Noțiunea de „investiție” în viziunea Fondului Monetar Internațional (FMI)

Primul organism internațional care a conturat din punct de vedere economic noțiunea de „investiție” a fost FMI în cadrul operațiunii de definire a fluxurilor internaționale de capital, în care au fost incluse și ISD. În viziunea FMI^[1], investiția directă este definită ca fiind o categorie de investiție transnațională, în care o persoană fizică sau juridică dintr-un stat deține controlul sau are o influență importantă în gestiunea unei societăți dintr-un alt stat. În această categorie sunt incluse și investițiile asociate relației de control sau influență directă, respectiv investiții în societăți aflate sub controlul sau influența indirectă a investitorului.

Relația indirectă de investiție poate fi prezentă prin posesia dreptului de vot într-o societate care deține dreptul de vot într-una sau mai multe societăți, astfel încât o entitate poate exercita indirect controlul sau influența prin intermediul unui lanț de relații investiționale directe. Este cazul unei societăți care se află într-o relație directă cu o a doua societate ce este angajată la rândul său într-o relație cu a treia societate. Deși prima societate nu posedă nicio participație în cadrul celei de-a treia entități economice, prima poate deține controlul sau influența indirect prin intermediul entității a doua aflate în lanțul investițional.

Din definiția economică a noțiunii propusă de FMI, se desprind două trăsături esențiale ale ISD: caracterul internațional al investiției ce se bazează pe naționalitatea investitorului și criteriul controlului (direct sau indirect) pe care investitorul străin îl dobândește în cadrul societății din statul în care a realizat investiția.

În scopul asigurării coerenței la nivelul raportărilor internaționale și pentru evitarea aprecierilor subiective ale statelor cu privire la existența ISD, FMI a stabilit că, în cazul unei relații de investiție directe imediate, pentru ca o participație să îi confere investitorului controlul, aceasta trebuie să se situeze la 10% din dreptul de vot în societatea în care investește. Deținerea a mai mult de 50% din dreptul de vot în societatea în care a realizat investiția, prezumă controlul investitorului străin asupra societății. Un procent situat între 10% și 50% din dreptul de vot în societate are semnificația unui control sau exercitării unei influențe importante. Pragul de 10% reprezintă o convenție de raportare, deși FMI a admis faptul că, în practică, pot exista situații în care, în fapt, controlul sau influența asupra societății în care s-a realizat investiția să fie exercitate de către investitorul străin, care deține dreptul de vot într-un procentaj inferior celui de raportare.

FMI a identificat trei metode de determinare a existenței relației investiționale^[2]: cadrul relațiilor investiționale directe, metoda influenței directe sau a controlului direct și

[1] Fonds monétaire international, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, Sixième édition (MBP6), Washington, D.C, 2009, p. 108, online <https://www.imf.org/external/french/pubs/ft/bop/2007/bopman6f.pdf>, ultima accesare la 10.02.2022.

[2] Fonds monétaire international, *Guide de l'enquête coordonnée sur l'investissement direct – 2015*, p. 16, online https://www.bcl.lu/fr/reporting_reglementaire/Etablissements_credit/Balance-

metoda multiplicării participărilor. Dintre acestea, cea mai folosită metodă pentru a identifica în plan teoretic entitățile angajate într-o relație investițională, o reprezintă cadrul relațiilor investiționale directe.

3.1.2. Noțiunea de „investiție” în viziunea Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică

Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD)^[1] arată că sintagma de „investiție directă internațională”^[2] exprimă voința unui investitor direct de a dobândi un interes durabil într-o societate de investiții directe aflate pe teritoriul unui alt stat. Definiția oferită de OECD este mai aplicată decât concepția FMI, întrucât leagă termenul de „investiție” de conceptul de „interes durabil”, tradus prin relația pe termen lung stabilită între investitorul străin și societatea în care investește, relație care se manifestă prin influența semnificativă asupra gestiunii societății.

În vederea asigurării coerenței statistice, OECD a stabilit un prag de 10%, care este un nivel de strictă aplicare. În acest sens, există investiție atunci când un investitor străin posedă direct sau indirect cel puțin 10% din dreptul de vot într-o societate străină.

3.1.3. Noțiunea de „investiție” în viziunea Băncii Central Europene

Banca Central Europeană preia definiția ISD propusă de FMI și OECD. Conform definiției cuprinse la pct. 6.1 din documentul *Orientarea Băncii Centrale Europene din 30 iulie 2013 de modificare a Orientării BCE/2011/23 privind cerințele de raportare statistică ale Băncii Centrale Europene în domeniul statisticilor externe*^[3], investițiile directe, asociate cu un rezident într-o economie care are controlul sau un grad semnificativ de influență asupra conducerii unei societăți rezidente în altă economie, presupun deținerea directă sau indirectă a 10% sau mai mult din drepturile de vot din această societate, acest procent reprezentând proba unei astfel de legături investiționale.

Se poate concluziona că, din punct de vedere economic, ISD este relația transnațională de lungă durată, prin care un investitor străin dobândește controlul sau influența directă sau indirectă asupra a cel puțin cel puțin 10% din dreptul de vot în cadrul unei societăți aflate pe teritoriul unui alt stat.

des-paiements-et-position-exterieure-globale/Instructions/Enquete-annuelle-IDE/Guide_2015_FR.p df., ultima accesare la 10.02.2022.

^[1] OECD este acronimul pentru denumirea în limba engleză a Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (*Organisation for Economic Co-operation and Development*).

^[2] *Définition de référence de l’OCDE des investissements directs internationaux*, quatrième édition 2008, Vol. XX, p. 56, online <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelin-vestment/40632182.pdf>, ultima accesare la 10.02.2022.

^[3] Publicat în JO L 247 din 18 septembrie 2013.