

CONTRACTELE INTERNAȚIONALE DE INVESTIȚII: ASPECTE JURISDICȚIONALE

Aleksandra VONICA¹

ABSTRACT

Contractele dintre state și investitori reprezintă un instrument important pentru realizarea investițiilor străine. Asocierea dintre ramurile dreptului privat și cele ale dreptului public prezente în cadrul acestor contracte ridică numeroase întrebări de factură juridică. Prezentul demers științific își concentrază atenția asupra unor aspecte jurisdicționale de o importanță deosebită, atât pentru investitori, cât și pentru statele gazdă în materia arbitrajului investițional internațional. Sunt discutate două aspecte fundamentale. In primo va fi examinată relația privitoare la încălcările prezente în contractele dintre stat și investitori, ce vin în contradicție cu încălcările din tratatele bilaterale de investiții, precum și, cu impactul acestora asupra stabilirii jurisdicției arbitrale. In secundo vom aduce argumente privind clauzele umbrelă și înțelegerea corectă a conținutului acestora. Ambele subiecte sunt analizate în contextul CIRDI², dar concluziile prezentate pot fi aplicate și altor forme de soluționare a disputelor privind investițiile.

¹ Asistent de cercetare la Centrul de Cercetare în Arbitraj Internațional, Universitatea din București

² Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor privind Investițiile, ICSID - Washington

1. Introducere

Contractele dintre statele gazdă și comercianții de altă naționalitate, destinate realizării unor investiții economice străine, au o istorie îndelungată. Acestea variază de la contractele de concesiune timpurie care abordează exploatarea resurselor minerale la aranjamentele contractuale contemporane, cum ar fi acordurile de prestare de servicii.³ Respectarea contractelor investitor-stat, în special în perioadele de turbulențe, a fost considerată drept una dintre pietrele de temelie ale relațiilor dintre statul gazdă și investitorii străini. Este important de observat faptul că aceste contracte nu au pierdut nimic din însemnătatea lor în lumea modernă a investițiilor străine. Contractele de tipul celor dintre investitori și statul gazdă, sub o formă sau alta, sunt încă foarte des folosite pentru a intra pe o piață străină și a face o investiție. Intrarea în anumite sectoare ale economiei statului gazdă (cum ar fi exploatarea petrolului) este adesea posibilă numai prin astfel de contracte, deoarece guvernele consideră necesar să păstreze un anumit control asupra unor domenii cruciale și sensibile.⁴

Toate acestea au determinat ca un tribunal al Centrului Internațional pentru Reglementarea Diferendelor Relative la Investiții (în continuare CIRDI) să afirme că investițiile străine sunt, de fapt, făcute în mod caracteristic prin implicarea contractuală a statului gazdă⁵.

Este, astfel, de înțeles că problemele juridice care privesc contractele investitor-stat merită o atenție deosebită. S-a constatat că interferența cu drepturile contractuale ale investitorului străin în aceste contracte (mai ales în cazurile de expropriere) implică deseori responsabilitatea internațională a statului gazdă⁶. Cu toate acestea, pentru ca statul gazdă să fie ținut responsabil, este necesar ca investitorul de altă naționalitate să obțină o hotărâre sau o decizie arbitrală.

În această privință, arbitrajul în materie de investiții este o metodă deosebit de importantă de soluționare a conflictelor internaționale. Nu există nicio îndoială că posibilitatea soluționării litigiilor

³ Pentru o prezentare istorică, a se vedea MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 19-28 (a 3-a ed. 2010)

⁴ UNCTAD, STATE CONTRACTS 2-3 (2004)

⁵ Decizia privitoare la Obiecțiile Jurisdicției - SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Cazul Nr. ARB/02/6 CIRDI, (29 Ianuarie 2004), 8 Rapoartele CIRDI 518 (2005)

⁶ A se vedea, Stanimir Alexandrov, Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory?,  n ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES 323, 324-325 (Katia Yannaca-Small ed., 2010). A se vedea, de asemenea, Rafael Leal-Arcas, The Multilateralization of International Investment Law, 35 NORTH CAROLINA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND COMMERCIAL REGULATION 33, 53-54 (2009-2010).

cu un stat prin arbitraj este o dezvoltare importantă în favoarea investitorilor de altă naționalitate, în special în ceea ce privește obținerea unui rezultat imparțial și poate previzibil.

Pregătirea statelor de a accepta să fie pe picior de egalitate cu o entitate privată străină poate fi văzută ca o soluție pentru a atrage cât mai multe investiții străine. De asemenea, poate să fie văzut și ca un aspect al restrângerii treptate a imunității aceluși stat, care, ca tendință, a primit o acceptare generală în comunitatea internațională. Cu toate acestea, în ciuda acestor evoluții, ar fi greșit să credem că stabilirea jurisdicției este o zonă fără probleme.

În ceea ce privește subiectul acestui articol, o serie de aspecte jurisdicționale pot apărea doar în legătură cu contracteele investitor-stat, spre deosebire de situația în care statul gazdă nu este parte contractantă. Două direcții principale care ocupă atenția cadrelor universitare și a practicienilor în acest domeniu sunt distincția dintre afirmațiile contractuale din acordurile internaționale și interpretarea corectă a așa-numitelor clauze "umbrelă". Aceste două subiecte vor fi examinate în partea a doua și respectiv a treia, urmate de o concluzie în partea a patra.

Trebuie menționat faptul că următorul text se concentrează în primul rând pe jurisprudența CIRDI. Acest lucru este justificat deoarece CIRDI s-a poziționat, în ceea ce privește volumul cazurilor tratate⁷, ca un forum principal în lume pentru soluționarea litigiilor investiționale. Cu toate acestea, majoritatea argumentelor pot fi relevante și pentru alte modalități de arbitraj în materie de investiții, cum ar fi normele arbitrară UNCITRAL, iar concluziile la care se ajunge pot fi aplicate *mutatis mutandis*.

⁷ A se vedea, JAN PETER SASSE, AN ECONOMIC ANALYSIS OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES 59 (2011)

2. Contractele internaționale și clauzele din tratatele privind investițiile

Ideea fundamentală referitoare la relația dintre pretențiile unui investitor străin care rezultă dintr-un contract cu statul și cele dintr-un tratat de investiții este clară. Astfel, un stat gazdă garantează anumite standarde de protecție privind investiția străină în conformitate cu TIB-ul (sau o lege internă, dar pentru naturațea argumentării ne vom referi la TIB-uri)⁸ încheiat cu statul de origine al investitorului. În cazul în care nu sunt îndeplinite aceste cerințe se consideră că prevederile tratatului au fost încălcate, iar investitorul de altă naționalitate are dreptul să se adreseze (în majoritatea cazurilor) unei instituții internaționale în materia arbitrajului investițional, astfel cum se prevede în caluza TIB-ului privitoare la soluționarea litigiilor. Este posibil ca de-a lungul drumului să existe necesitatea de a epuiza căile de atac interne⁹, însă, de cele mai multe ori, disputa va fi încheiată în fața unui tribunal arbitral internațional.

În cazul în care statul are un contract cu un anumit investitor străin, dacă sunt încălcate prevederile contractului ele vor fi examinate și sancționate în fața instituției (arbitraj comercial internațional/ instanță națională) desemnate în dispozițiile privind soluționarea litigiilor din contractul respectiv. În consecință, aceste două tipuri de litigii, cele contractuale și cele din TIP-uri, rămân analitic distincte.¹⁰ Această distincție este valabilă chiar dacă încălcarea tratatului rezultă din încălcarea unui contract.

Este foarte posibil ca încălcarea unui anumit contract de către statul gazdă să declanșeze încălcarea standardelor TIP-urilor și, prin urmare, angajarea mecanismului de soluționare a litigiilor

⁸ A se vedea, Andrea K. Bjorklund, *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, PENN STATE LAW REVIEW 1269, 1270 (2008-2009).

⁹ A se vedea, Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 1, 1-3 (2005).

¹⁰ A se vedea, Gus Van Harten, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, 56 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 371, 372 (2007); precum și, CAMPBELL MCLACHLAN, LAURENCE SHORE & MATTHEW WEINIGER, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* 103 (2007).

investiționale¹¹. În ciuda faptului că, pentru a determina dacă a fost sau nu încălcat TIP-ul, tribunalul trebuie, de obicei, să interpreteze contractul respectiv și să examineze performanța acestuia menționată, de exemplu, în cauza Vivendi¹², aceasta nu înseamnă că este competentă să decidă singură încălcarea contractuală. Pur și simplu înseamnă că s-a întâmplat așa că statul gazdă a încălcat obligațiile tratatului prin încălcarea unui contract și nu, de exemplu, prin confiscarea totală a sediului corporativ al investitorului străin. Aceeași distincție se aplică chiar dacă încălcările contractului și cele ale tratatului există simultan, așa cum se întâmplă adesea. Astfel, fiecare dintre aceste încălcări trebuie rezolvată în propriul forum. Nu este întotdeauna ușor să distingem între aceste abateri în practică, dar teoretic nu ar trebui să existe o dilemă cu privire la soluția potrivită.

Totuși, un scenariu nefavorabil îl reprezintă situația dată de uzanța în clauzele tratatelor investiționale a expresiei ”orice dispută” între stat și investitorul de altă naționalitate¹³, fapt ce impune folosința unui mecanism de soluționare a litigiilor ce trebuie urmat de către investitorul de altă naționalitate în plus față de cel existent în contractul de investiții. Totuși, o soluție ar fi ca formularea tratatului să fie explicită și cuprinzătoare, și de asemenea, să conțină expresia ”tuturor” litigiilor în această extindere a competenței tratatului internațional de investiții.¹⁴ Imediat ce formularea devine mai predictibilă clarificarea unui rezultat negativ pare să se diminueze rapid, după cum este bine ilustrat de cazurile companiei Société Générale de Surveillance S.A. discutate mai târziu.

Un scenariu mai controversat este descris de situația de ”înlăturare” a creanțelor contractuale din cadrul tratatelor. Astfel, un investitor străin care se confruntă cu o situație de încălcare a prevederilor contractuale din partea statului gazdă ar putea fi înclinat să califice acest lucru ca fiind o încălcare a tratatului reușind astfel să evite mecanismul de soluționare de tip contractual al unui

¹¹ A se vedea, See Van Harten, nota de subsol nr. 8, at 387; precum și, August Reinisch, Expropriation, în THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 407, 417-420 (Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer eds., 2008).

¹² În cazul *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (July 3, 2002).

¹³ A se vedea, Alexandrov, nota de subsol nr. 4 din prezentul articol, la pag. 329-33

¹⁴ Christoph Schreuer, *Investment Treaty Arbitration and the Jurisdiction over Contract Claims-The Vivendi Case Considered*, în INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW pag. 281, 296 (Ed. Todd Weiler, 2005).

posibil divergent (care poate conduce, de exemplu, la litigii numai în instanțele naționale). Pe baza acestui model teoretic, putem concluziona faptul că, afirmațiile investitorilor străini trebuie respinse în faza jurisdicțională a unui litigiu de investiții. Totuși, la nivel de fapt, apare situația problematică.

În primul rând, se susține că, pentru ca un act de autoritate publică să poată încălca prevederile unui tratat internațional și să angajeze astfel responsabilitatea sa internațională, actul – trebuie să fie unul emis de stat în calitatea sa suverană. Dacă este să avem o opinie pragmatică, actul ar trebui să fie de o așa natură încât partea contractantă să nu aibă la dispoziție măsura prin care să acționeze astfel.¹⁵ Prin urmare, un tribunal care se confruntă cu o situație asemănătoare ar trebui, potrivit unei practici bine stabilite,¹⁶ să-și determine competența prin stabilirea faptului că, dacă presupusul act de încălcare este sau nu susceptibil de a fi caracterizat sub prevederile tratatului. După cum a explicat în mod clar comitetul ad-hoc Vivendi, ”o clauză a tratatului nu este același cu o clauză a contractului; este nevoie de o prezentare clară a intenției care este în aceste circumstanțe contrară prevederilor standard ale tratatului”.¹⁷ Tribunalul *Impregilo v Pakistanului*, care a sprijinit pe deplin această abordare, a stabilit, de asemenea, rațiunea pentru aceasta: "(...) să se asigure că, în examinarea problemelor de competență, instanțele și tribunalele nu intră în fondul cauzelor fără o dezbateră prealabilă satisfăcătoare.”¹⁸

Cu toate acestea, unele tribunale ale CIRDI nu au fost de acord cu această abordare. În *Joy Mining v. Egipt* s-a ajuns la concluzia că, în anumite circumstanțe, "ar putea fi considerată o dispută în care este practic imposibilă separarea problemelor contractuale de problemele tratatelor și tragerea unor concluzii jurisdicționale dintr-o distincție între ele.”¹⁹

¹⁵ Opinia ne este confirmată și de UNCTAD, nota nr. 2, la pag. 9-10; a se vedea, precum și, Van Harten, nota nr. 8, la pag. 373-374

¹⁶ A se vedea, Michael Feit, *Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW pag. 142, 145 (2010).

¹⁷ Cazul *Vivendi v. Argentina*, nota nr. 10.

¹⁸ Cazul *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (April 22, 2005), se poate regăsi la <http://icsid.worldbank.org>.

¹⁹ A se vedea, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decizia (6 a ugust 2004).

Alte tribunale au sugerat faptul că examinarea competențelor privitoare la suveranitate a necesitat stabilirea naturii sau chiar a motivului și intenției presupusei încălcări, care se poate face numai în etapa de fond a litigiului. Într-adevăr, uneori, geneza cazului pur și simplu nu permite trasarea unei distincții între încălcările contractuale și tratatele în ceea ce privește jurisdicția. În astfel de situații, părăsirea deciziei finale pentru faza preliminară, desigur, rămâne justificată²⁰.

Cu toate acestea, în opinia autoarei, se consideră că este recomandabil să se examineze pe deplin aceste aspecte jurisdicționale în faza preliminară ori de câte ori este posibil. Este de competența tribunalului să efectueze o evaluare atentă pentru a distinge problemele prezente și, dacă se dorește, să se pună capăt procedurilor.

Lasând deschisă calea întrebărilor privitoare la jurisdicție în faza de dezbatere a fondului, putem invoca cel puțin trei motive ca rațiuni de ultima ratio. În primul rând, nu ar trebui să se facă eforturi pentru ca un caz să ajungă în faza de dezbatere fără motive convingătoare, deoarece slăbirea controlului în faza jurisdicțională ar putea încuraja proliferarea unor pretenții dubioase față de mecanismul de soluționare a litigiilor (deja depășit) de CIRDI. Decizia *Impregilo* privitoare la jurisdicție a luat act de acest pericol²¹. Astfel, dacă se poate deduce că în faza preliminară a diferendului cazul poate fi avansat cu ușurință, investitorii străini ar putea fi înclinați să încerce să profite de acest artificiu fără a avea motive suficiente și, prin urmare, să ignore clauzele contractuale privind jurisdicția. Acest lucru dăunează echilibrului întregului sistem de soluționare a diferendelor privind investițiile internaționale. În opinia autoarei, lipsa de control în faza preliminară de stabilire a competențelor este oarecum o reminiscență a celebrului citat rostite în timpul Cruciadei împotriva Cătarilor "Caedite eos! Novit enim Dominus qui sunt eius"²² în sensul că rezolvarea problemelor este lăsată în ultima etapă, dar cu consecințe foarte grave.

²⁰ A se vedea nota de subsol 4, Alexandrov, la pag. 340

²¹ *Impregilo v. Pakistan*, nota 16

²² "Omoara-i pe toti! Cu siguranță că Domnul știe care sunt ai lui" - potrivit rapoartelor istorice, acesta a fost răspunsul dat de legatul Papei Arnaud-Amaury atunci când a fost întrebat cum cruciații ar fi putut distinge între catolici și cătarii eretici în orașul asediat din Béziers.

În al doilea rând, trebuie avut în vedere faptul că prelungirea procedurilor arbitrale înseamnă mai multe cheltuieli pentru părțile implicate. Astfel, investitorii (care sunt practic în permanență în poziția reclamantului în procedurile CIRDI) ar putea fi supuși costurilor inutile asociate cu trecerea la etapa fondului (în timp ce au o cerere destul de slabă) doar pentru că tribunalul dorea să se dea timp suplimentar și "spațiu de respiro" pentru a rezolva anumite probleme.

Strictețea în faza jurisdicțională împiedică, de asemenea, posibilă tactică de întârziere a statelor-gazdă, dornice să suporte din punct de vedere financiar solicitantul (în cazul în care reclamantul nu este, bineînțeles, o puternică companie multinațională). Pe de altă parte, statele care se confruntă cu dificultăți financiare (exemplul României după prăbușirea financiară din perioada 2007-2009) ar fi, de asemenea, interesate să pună capăt procedurii cât mai curând posibil, de preferință în faza jurisdicțională.

În al treilea rând, prelungirea nejustificată a procedurilor poate avea un impact negativ asupra reputației statului gazdă ca destinație favorabilă investițiilor. Lansarea procedurilor ar putea fi văzută deja ca perturbarea reputației statului gazdă, iar decizia potrivit căreia disputa trebuie să treacă la faza de fond poate trimite un semnal negativ suplimentar altor potențiali investitori. Principiul *fama est* poate fi destul de dăunător, în special în ceea ce privește țările care nu sunt cunoscute pentru climatul investițional bun, în primul rând. Astfel, se poate spune că un tribunal arbitral ar trebui să abordeze cu atenție orice situație care amintește de o încercare de a "ascunde" o pretenție contractuală într-o îmbrăcăminte TIB. Dar acest lucru nu trebuie să fie în contradicție cu necesitatea de a evalua cu atenție dacă statul gazdă însuși încearcă să mascheze actele sale suverane într-o coajă contractuală. Actuala analiză atentă a argumentelor trebuie făcută în fiecare caz, care, din nefericire, trebuie să lase orice încercare de a oferi orientări la un nivel destul de general.

3. Clauzele umbrelă

Înțelegerea și aplicarea corectă a așa-numitelor "clauze umbrelă" a fost considerată ca fiind cea mai controversată întrebare din arbitrajul investițional.²³ În general, este vorba de o dispoziție din tratat prin care statul gazdă garantează că va respecta toate obligațiile asumate în ceea ce privește investițiile. Cu toate acestea, formularea clauzelor umbrelă este departe de a fi uniformă. Lipsa uniformității este, de asemenea, prezentă în ceea ce privește apariția lor - acestea sunt prezente într-o formă sau alta în aproximativ 40% din cele 3700 de TIB-uri la nivel mondial²⁴. Nu este posibil, în cadrul acestui articol, să intrăm în toate subtilitățile faptice sau teoretice interesante ale anumitor cazuri ale CIRDI.

Accentul îl vom pune pe cele două cazuri care au fost progenitorii a două ramuri principale ale jurisprudenței CIRDI. Clauzele umbrelă au intrat sub lumina reflectoarelor, după cele mai cunoscute cazuri SGS v. Pakistan²⁵ și SGS v. Filipine²⁶. Ca atare, cele două tribunale arbitrale au ajuns la concluzii contradictorii în ceea ce privește răspunsul la întrebarea – se poate ca o clauză umbrelă să extindă jurisdicția unui tribunal de investiții reușind astfel să se abată de la clauzele contractului de investiții? Tribunalul din SGS / Pakistan a adoptat o abordare restrictivă. Acesta a interpretat clauza:

*"fiecare parte contractantă va garanta în mod constant respectarea angajamentelor
pe care și le-a asumat în ceea ce privește investițiile investitorilor celeilalte părți
contractante"*

²³ Katia Yannaca-Small, What About This 'Umbrella Clause'?, în ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES 479, 480 (Editura Katia Yannaca-Small, 2010); precum și, UNCTAD, nota 3, la pag.19

²⁴ A se vedea, Yannaca-Small, nota de subsol 22, la pag. 483

²⁵ A se vedea, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case Nr. ARB/01/13, Decizia privind obiecțiile jurisdicției (6 august 2003).

²⁶ SGS v. Philippines, nota 3

formulată în cadrul TIB-ului Elveția-Pakistan, ca fiind o clauză care nu ajută la extinderea jurisdicției, și astfel, nu se abate de la caluzele contractelor de investiții. Pe scurt, tribunalul a fost de părere că consecințele unei interpretări mai ample ar fi să permită stabilirea de competențe împotriva statelor contractante într-un număr extrem de imprevizibil (teoretic nelimitat) de cazuri, și faptul că, acest lucru nu ar fi putut fi intenția părților.

Ulterior această opinie a fost susținută de o interpretare mai sistematică, care a indicat faptul că, poziția clauzei în cadrul TIB-ului nu sugerează un astfel de conținut atât de extins și de important al clauzei.²⁷ De asemenea, acest raționament a fost urmat în mai multe cazuri, precum Joy Mining v. Egipt²⁸, Salini v. Iordania²⁹, El Paso v. Argentina³⁰, și Pan American v Argentina / Decizia BP privind energia în comun³¹.

Cu toate acestea, tribunalul din SGS / Filipine a ajuns la o concluzie diferită. Clauza tratatului a stipulat aici faptul că:

"fiecare parte contractantă va respecta orice obligație pe care și-a asumat-o cu privire la investițiile specifice de pe teritoriul său realizate de către investitorii celeilalte părți contractante."

Tribunalul a concluzionat, în esență, că clauza "este ceea ce spune" și că tribunalul are jurisdicție asupra disputelor contractuale. În cele din urmă, însă, nu și-a exercitat jurisdicția și a suspendat procedura pe o perioadă nedeterminată, până când instanțele naționale din Filipine (care aveau jurisdicție în conformitate cu contractul) s-au ocupat de litigiu³². Argumentarea SGS vs.

²⁷ A se vedea, Yannaca-Small, nota anterioară 22, la 485

²⁸ Joy Mining v. Egypt, nota anterioară 17

²⁹ Salini Costruttori S.p.A. și Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan, Cazul nr. ARB/02/13 CIRDI, Decizia asupra jurisdicției (29 noiembrie 2004).

³⁰ El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Cazul nr. ARB/03/15 CIRDI, Decizia asupra jurisdicției (27 aprilie 2006)

³¹ Pan American Energy LLC și BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic, Cazul nr. ARB/03/13 CIRDI și BP America Production Company v. Argentine Republic, Cazul nr. ARB/04/8 CIRDI, Decizia comună privind obiecțiile preliminare (27 iulie 2006).

³² Pentru o distincție între jurisdicție și admisibilitatea disputelor a se vedea Gerold Zeiler, Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings, în INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER pag 76 (August Reinisch et al. eds., 2009)

Filipine a fost, de asemenea, urmată în mai multe cazuri, cum ar fi *Sempra v. Argentina*³³, *Noble Ventures contra României*³⁴, *LG împotriva Argentinei*³⁵ și *Accident Continental v. Argentina*³⁶.

În consecință, aceste abordări diferite au condus la existența a două ramuri ale jurisprudenței contradictorii, care pot fi caracterizate ca având o abordare "îngustă" și una mai "largă"³⁷. Totuși, considerăm că, ambele abordări necesită o privire mai atentă. Cei care se pronunță în favoarea unei abordări înguste subliniază necesitatea de a fi foarte atenți la extinderea domeniului competenței tratatului bazată pe o altă clauză și nu pe clauza de jurisdicție în sine.

Clauzele umbrelă pot pune statul gazdă într-o poziție foarte precară, în plus față de introducerea unei zone de culoare gri într-o distincție a litigiilor public-privat³⁸. În tratarea acestor clauze, tribunalele ar trebui, așa cum s-a observat deja în jurisprudență, să exercite o constrângere și o echilibrare atentă.

În *El Passo* tribunalul a decis că:

*"(...) consecințele importante ale unei interpretări largi a așa-numitelor clauze umbrelă, destul de devastatoare a distincției dintre ordinea juridică națională și ordinea juridică internațională, au fost bine înțelese și clar explicate (...)"*³⁹.

În plus, se poate spune că situația s-ar putea complica doar atunci când va exista o interacțiune cu clauza națiunii celei mai favorizate, eventual transpunerea clauzei umbrelă la toate TIB-urile care conțin clauza națiunii celei mai favorizate fără să aibă o clauză umbrelă. Astfel, se poate ajunge în situația în care numărul de contracte în care un investitor străin ar putea invoca jurisdicția tratatului

³³ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Cazul nr. ARB/02/16 CIRDI, Decizia privind jurisdicția (11 mai 2005), disponibilă la <http://icsid.worldbank.org>

³⁴ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Cazul nr. ARB/01/11 CIRDI, Hotărârea (12 octombrie 2005)

³⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. și LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, cazul nr. ARB/02/1 CIRDI, Decizia asupra răspunderii (3 octombrie 2006).

³⁶ *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, cazul nr. ARB/03/9 CIRDI, Hotărârea (5 septembrie 2008)

³⁷ A se vedea, Yannaca-Small, nota anterioară 22, pag. 488, 490

³⁸ A se vedea, Van Harten, nota anterioară 8, pag. 388

³⁹ *El Paso Energy v. Argentina*, nota anterioară 29.

pentru încălcări contractuale poate fi multiplicat.⁴⁰ Totuși, nu putem presupune într-un mod automată ca aceasta ar fi intenția dominantă a statului gazdă. În opinia autoarei, prezumția opusă (îngustarea jurisdicției) este ceea ce pare a fi o intenție tipică mai plauzibilă.

Totuși, argumentele pentru o abordare mai largă sunt destul de puternice. Astfel, un element important, dar lipsit de claritate, este cel conform căruia scopul clauzelor umbrelă nu este oare altul decât cel referitor la extinderea cu exactitate a jurisdicției.

Acordarea unui consimțământ larg arbitrajului de către un stat nu este ceva neobișnuit⁴¹. În cazul în care oferă o protecție mai largă unui investitor de altă naționalitate este văzută ca un obiectiv principal, apoi o abordare mai largă poate fi văzută ca o mai bună realizarea a acesteia.

După cum a observat tribunalul *Sempra*, "*faptul că tratatul include și garanția specifică a unei clauze-umbrelă generale*" (...) creează o legătură și mai strânsă între contract, contextul investiției și tratat".⁴²

În general, se pare că abordarea largă este în prezent preferată în scrierile științifice.⁴³ Care este abordarea corectă? Așa cum se întâmplă adesea, nu există un răspuns direct sau o regulă fermă și rapidă. Trebuie să se înțeleagă că "acea" clauza umbrelă perfectă nu există, deoarece formularea diferitelor clauze variază semnificativ.⁴⁴

În consecință, interpretarea unei clauze particulare de la caz la caz este de o importanță deosebită. Statul gazdă este, desigur, liber să extindă domeniul de aplicare al jurisdicției tratatului în măsura în care dorește. Ceea ce este foarte preferabil este faptul că o astfel de extindere este clar clar

⁴⁰ Mai multe informații în legătură cu acest subiect: Stephan W. Schill, *International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds*, 2(1) *TRADE, LAW AND DEVELOPMENT* 59, 71-73 (2010)

⁴¹ De exemplu, legislația națională ar putea permite o asemenea jurisdicție. A se vedea Alexandrov, nota 4, p. 331-332

⁴² *Sempra Energy v. Argentina*, nota anterioară 32.

⁴³ Jarrod Wong, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, *GEORGE MASON LAW REVIEW* pag. 137, 164 (2006). A se vedea și MCLACHLAN, SHORE & WEINIGER, nota nr. 8, la 115.

⁴⁴ James Crawford, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, *ARBITRATION INTERNATIONAL* pag. 351, 355 (2008).

din TIB. Astfel, tribunalele ar trebui să fie atente atunci când interpretează clauze largi și destul de ambigue, care necesită, de exemplu, menținerea unui "cadru legal adecvat" pentru protecția investițiilor⁴⁵.

O astfel de formulare generală și largă ar putea indica ceva asemănător unui standard de tratament, în loc să indice consimțământul arbitrajului.

De asemenea, în ciuda opiniilor larg răspândite, ar putea exista explicații alternative convingătoare pentru sensul clauzei umbrelă, chiar dacă formularea acesteia pare să indice extinderea jurisdicției tratatului asupra încălcărilor contractuale. De exemplu, sa sugerat că o clauză umbrelă ar putea avea un aspect substanțial în sensul că este o versiune modificată a unei clauze de stabilizare.⁴⁶

În plus, formularea unei clauze prin care se solicită respectarea obligațiilor față de o investiție ar putea însemna că statul extinde pur și simplu soluționarea litigiului la orice obligație pe care a dobândit-o alături de TIB, dar nu în mod contractual cu un anumit investitor străin. Aceasta ar putea include orice prevedere a legislației naționale sau chiar o proclamație a statului gazdă care pare să implice o anumită obligație față de investitori.⁴⁷

Deși doctrina internațională sugerează că această extindere a competenței pentru obligațiile asumate în afara tratatului este o funcție suplimentară a clauzei umbrelă (în plus față de extinderea jurisdicției asupra litigiilor contractuale), în opinia autoarei, nu există niciun motiv pentru care această funcție nu ar putea fi efectiv singura. Desigur, scopul principal al tribunalului ar trebui să fie întotdeauna descoperirea a ceea ce statele contractante intenționau cu adevărat.

Tribunalul ar trebui, în primul rând, să rămână angajat în descoperirea intenției părților contractante, inclusiv recurgerea la istoricul dispozițiilor tratatului, mai ales negocierile anterioare.⁴⁸

⁴⁵ A se vedea Salini v. Jordan, nota de subsol 28.

⁴⁶ A se vedea, MCLACHLAN, SHORE & WEINIGER, nota 8, pag.116-117

⁴⁷ A se vedea, Yannaca-Small, nota 22, pag. 49

⁴⁸ Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor, 22 mai 1969, (a intrat în vigoare la 27 ian. 1980) art. 32

Cu toate acestea, în cazul în care se confruntă cu un caz dificil, tribunalul ar trebui, în opinia autoarei, să refuze jurisdicția tratatului.

Trebuie avut în vedere faptul că problema interpretării clauzelor umbrelă este de fapt un aspect al conflictului de lungă durată dintre interesele țărilor dezvoltate și cel al țărilor în curs de dezvoltare⁴⁹. Unii autori consideră că legea investițiilor în ansamblu este o relicvă a politicilor imperialiste ale marilor puteri.⁵⁰

În general, menținerea echilibrului intereselor investitorilor și pe cel al statelor gazdă printr-o interpretare sensibilă este, așadar, de o importanță majoră. Protecția excesivă a investitorilor ar putea împiedica întregul sistem de soluționare a diferendelor în materia investițiilor cauzând astfel o reacție violentă împotriva statelor gazdă.

Asemenea consecințe potențiale par să sugereze faptul că, atunci când un stat se opune abordării largi și nu există dovezi convingătoare spre a demonstra contrariul, vechea lege romană *maxim in dubio pro reo* oferă soluția potrivită.

⁴⁹ A se vedea, Paul Michael Blyschak, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, ASPER REVIEW OF INTERNATIONAL BUSINESS AND TRADE LAW 99, pag. 99-101 (2009)

⁵⁰ A se vedea, de exemplu, Kate Miles, *International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment*, COLORADO JOURNAL OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND POLICY (2010)

4. Concluzie

Nu este greu de observat că, în chestiuni de importanță majoră pentru stabilirea unei jurisdicții a unui tribunal arbitral investițional, nu există o poziție unită nici în jurisprudență, nici în doctrină. Această divergență, în special în jurisprudența CIRDI, este un motiv de îngrijorare serioasă.

În prezent, este mai probabil ca decizia privind competența unui tribunal CIRDI să fie prezisă prin analiza componenței tribunalului arbitral (și prin cercetarea asupra trăsăturilor caracteristice la care anumiți arbitrii aderă când decid asupra jurisprudenței) decât prin analiza principiilor juridice. Această lucră, desigur, îndeamnă la realizarea unei reforme care vizează convergența. Totuși, trebuie să realizăm faptul că lipsa unei doctrine clare a principiului *stare decisis* în sistemul de arbitraj al Centrului Internațional de Rezolvare a Diferențelor dintre Investitori s-ar putea defini ca un obstacol în calea realizării unei abordări unificate, la un moment dat. Însă, cu o atitudine potrivită, ca de exemplu, cea manifestată de tribunalele *Bayindir* și *Saba Fakes*, omogenitatea jurisprudenței poate fi realizată în mare măsură. După cum se menționează în *Saba Fakes*, "(...) dacă nu există motive convingătoare contrare, tribunalul ar trebui să urmeze soluții stabilite într-o serie de cazuri coerente, comparabile cu speța în cauză, sub rezerva particularităților tratatului în cauză, precum și, a circumstanțelor speței."⁵¹

În timp ce realizarea uniformității practicii prin introducerea unor precedente obligatorii este aproape imposibilă, însă de dorit, tribunalele CIRDI ar trebui să își cunoască bine rolul lor în remedierea situației actuale privitoare la această divergență. Opinii similare au fost exprimate și în doctrină.⁵²

⁵¹ *Saba Fakes v. Turkey*, Cazul nr. ARB/07/20 CIRDI, Hotărârea (14 iulie 2009)

⁵² A se vedea, de exemplu, Tai-Heng Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, FORDHAM

În această privință, opinia autoarei este că, atunci când tribunalele arbitrale de investiții au în vedere contractele de tip investitor-stat, pot decide asupra unor soluții ce sunt extrase din discuțiile precedente, și astfel, aceste principii generale pot fi de ajutor, atât pentru instanțele CIRDI, cât și pentru cele non-CIRDI.

În primul rând, nerespectarea obligațiilor contractuale și abaterile de la dispozițiile unui tratat ar trebui să fie cât mai clar lămurite, pentru a preveni incertitudinea și / sau excesul nedorit al litigiilor. Tribunalele ar trebui să sancționeze orice încercare de confuzie a acestor abateri pentru a obține astfel jurisdicția tratatului.

În al doilea rând, statele sunt libere să-și extindă consimțământul față de arbitrajul investițional în toate situațiile pe care le doresc, însă ar trebui să aibă ca scop exprimarea acestui lucru într-un tratat, cât mai comprehensibil posibil. Un alt punct de interes pentru un stat gazdă ar fi modul de limitare a unei eventuale extinderi implicite a consimțământului de a arbitra prin clauza națiunii celei mai favorizate.

În al treilea rând, considerăm că o interpretare uniformă a clauzelor "umbrelă" nu este posibilă, deoarece acestea diferă în formulare și fiecare clauză necesită în mod necesar o interpretare proprie. Dacă asupra clauzei care acordă competența de a soluționa nerespectarea obligațiilor contractuale există îndoieli, tribunalul ar trebui să refuze admiterea acelei clauze, o metodă justificată din punct de vedere juridic și mult mai importantă pentru menținerea echilibrului sistemului de drept al investițiilor.

Desigur, nu este ușor să se realizeze respectarea acestor orientări în practică. Dar este ceva de dorit. Opinia autoarei este că aplicarea acestor orientări ar promova rezultate echitabile, echilibrate și previzibile în ceea ce privește soluționarea diferitelor probleme care apar în fața tribunalelor de

arbitraj investițional. Iar astfel de rezultate ar spori protecția intereselor juridice și economice ale investitorilor și ale statelor gazdă.