

## MODALITĂȚI ALTERNATIVE DE SOLUȚIONARE A DISPUTELOR PRIVIND INVESTIȚIILE ÎN CONTEXTUL TRATATELOR BILATERALE DE PROMOVARE ȘI PROTECȚIA A INVESTIȚIILOR

*Av. Ionela Cuciureanu*

Asistent universitar colaborator, Universitatea din București

### Abstract

*In the context of investment promotion and protection (BIT) treaties, ADR is a much more viable solution, both in terms of cost efficiency and time of settlement, when the investor and the host state of the investment are in - a conflictual state, alleged to be a violation of the BIT. It becomes therefore imperative to ask ourselves if the plain packaging measures adopted by states in the domain of public health, particularly regarding products like alcohol and cigarettes are the legitimate expression of the States 'sovereign right to regulate for public benefit or if they are violations of the standards of protection consecrated by the BIT-s. In this respect, the Philip Morris cases represent the most recent and eloquent examples.*

**Keywords:** *investment, alternative dispute resolution methods, arbitration, mediation plain packaging measures, public health, sovereign right to regulate.*

### I. Rezolvarea conflictelor privind investițiilor prin mecanisme alternative de soluționare a disputelor (ADR)

În contextul tratatelor de promovare și protecție a investițiilor (BIT), ADR-ul reprezintă o soluție mult mai viabilă, atât în termeni de eficiență sub aspectul costurilor, dar și al timpului de soluționare<sup>1</sup>, atunci când investitorul și statul gazdă al investiției se găsesc într-o stare conflictuală, pretinsă a fi o încălcare a BIT-ului. Călea „tradițională”, a judecării pe calea contenciosului administrativ, cu

---

<sup>1</sup> Claudiu Ignat, *Conflict Management Strategies in Mediation*, Law Review, vol. X, issue 2, July – December 2019, p. 185-191, Law Review International Journal of Law and Jurisprudence Open Source Online Publication Edited by the Union of Jurists of Romania and Universul Juridic Publishing House e-ISSN 2246-9435; Claudiu Ignat, *Aspecte procedurale specifice referitoare la medierea transfrontalieră*, conferința Drept și administrație publică în context european, Craiova, 21-22 iunie 2013, susținut și publicat în volumul conferinței la Editura Sitech, ISBN 978-606-11-3672-8.

potențiale efecte în detrimentul investitorului față de stat, ca parte adversă<sup>2</sup>, reprezintă în tipul acesta de situații o variantă pe care investitorii, ca regula generală, încearcă să o preîntâmpine, prin intermediul clauzelor de tipul *fork in the road*.

Societatea contemporană este binecunoscută pentru aglomerarea instanțelor de judecată fapt ce afectează sistemul judiciar, iar conflictele aparent banale sunt întotdeauna întârziate de procedură, iar deciziile instanței survin după nenumărate termene de judecată, timp în care justițiabilul implicat investește resurse fizice, materiale și umane iar rezultatul este uneori imprevizibil și nesatisfăcător. Astfel s-au dezvoltat de-a lungul timpului o serie de metode alternative de soluționarea a conflictelor ce cuprind tehnici și practici și metode ce reprezintă o alternativă reală la instanța de judecată. Conceptul de ADR, nu este un substitut al sistemului judiciar ci vine în sprijinul acestuia, fiind o soluție complementară prin care părțile aflate în litigiu își pot soluționa în afara sistemului judiciar disputele apărute<sup>3</sup>.

Astfel a apărut arbitrajul instituționalizat, în cadrul Curților de Arbitraj Internațional, ca o modalitate extrajudiciară prin care părțile implicate își pot alege arbitrii iar soluția este rapidă, hotărârea arbitrală fiind executorie de îndată.

Pentru a recurge la procedura arbitrală sau chiar la procedura medierii părțile în mod voluntar în mod voluntar inserează un pact compromisoriu cu privire la soluționarea litigiilor prin metode extrajudiciare de soluționare a conflictelor<sup>4</sup>.

Avantajele metodelor extrajudiciare este acela că acestea sunt flexibile ca și procedură, părțile aleg în deplină cunoștință de cauză metoda, iar în cazul medierii<sup>5</sup> conflictului părțile decid cu privire la soluția la care se va ajunge în condiții optime, de imparțialitate, neutralitate și mai ales de confidențialitate<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Claudiu Ignat, *Medierea în raporturile juridice administrative*, în Revista Drepturile Omului nr. 1/20103, IRDO, București, ISSN 1220-613; Claudiu Ignat, *Forme ale protecției și promovării drepturilor omului: Medierea și Ombudsamul*, editura Universitară, (Editură cu prestigiu recunoscut A2) București 2016, ISBN978-606-28-0491-6.

<sup>3</sup> Claudiu Ignat, *Conflict Management Strategies in Mediation*, Law Review, vol. X, issue 2, July-December 2019, p. 185-191, Law Review International Journal of Law and Jurisprudence, [http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/Claudiu-Ignat-Law\\_Review\\_2\\_2019-15.pdf](http://www.internationallawreview.eu/fisiere/pdf/Claudiu-Ignat-Law_Review_2_2019-15.pdf).

<sup>4</sup> Claudiu Ignat, Zeno Șuștac, *Modalități alternative de soluționare a conflictelor (ADR)* – editura Universitară 2008, București, ISBN 9789737494467.

<sup>5</sup> Claudiu Ignat, *Effective Tehniques For Approaching Communication In Mediation*, Journal of Law and Administrative Sciences, ISSN 2392 – 8298 ISSN-L 2392 – 8298, No. 12/2019; Claudiu Ignat, *The principles of the mediation procedure*, Journal of Law and Administrative Sciences.

<sup>6</sup> Ignat Claudiu, *Mediation Clause in Commercial Contracts. The Advantages of Mediation Clause in Commercial Contracts*, (2013), <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/perbularna2&div=18&id=&page=>

## II. Protecția sănătății publice – până unde se întinde dreptul suveran al statului de a institui restricții de natură a-i proteja pe cetățeni de efectele nocive ale unor substanțe precum alcoolul și tutunul și mai ales, ce poate statul restricționa?

Întrebarea dacă măsuri care aproape că uniformizează ambalajele anumitor tipuri de produse considerate ca prezentând un grad mai mare de risc pentru sănătatea publică – alcoolul și tutunul, cu precădere-, reducerea spațiilor alocate publicității, configurarea unor anumite elemente care pot fi promovate și stabilirea altora care nu beneficiază de această posibilitate devine nu doar legitimă, ci chiar un măr al discordiei între stat și investitor, discordie supusă, nu de puține ori arbitrajului instituționalizat.

În cauza *Saluka*, tribunalul arbitral a considerat că a devenit deja o cutumă în dreptul internațional faptul că statele nu datorează investitorului compensație atunci când, în exercitarea puterii lor suverane de reglementare, adoptă, într-o manieră nediscriminatorie și cu bună credință, măsuri legislative care vizează binele public.<sup>7</sup> Consacrarea cutumiară a acestui principiu (cutumă creată însă de state, confirmată de unele tribunale arbitrale, dar nerecunoscută ca atare de către altele și mai ales de către investitori) a fost făcută și ulterior în cauze precum *Methanex*<sup>8</sup>, *S. D. Myers*<sup>9</sup> sau *Lauder*<sup>10</sup>, dar și de către doctrină<sup>11</sup>.

În momentul în care investitorii, ale căror interese deveneau lezate de măsurile legislative adoptate au început să inițieze arbitraje, statele și-au argumentat în mod constant politicile de protecție a sănătății publice prin rapoarte ale Organizației Mondiale a Sănătății, linii directoare emise de organizații internaționale etc. Într-adevăr, concluziile acestora par să îndreptățească la o primă vedere măsurile restrictive impuse de state. De exemplu, un raport al Organizației Mondiale a Sănătății din anul 2010 semnaleză efectele nocive ale consumului de alcool, în culori destul de întunecate – acesta provoacă aprox. 2,5 milioane de decese anual, mai mult decât maladii precum SIDA sau tuberculoza<sup>12</sup>. Până aici, nicio interferență cu așteptările legitime ale investitorilor. Însă rapoartele merg mai departe, subliniind faptul că publicitatea crește în mod semnificativ consumul de alcool, influențând mai ales tinerii în acest sens, ei fiind cu precădere mai vulnerabili la reclamele ce promovează consumul de băuturi alcoolice, acestea reușind să le modeleze atitudinile, percepția și așteptările privitoare la alcool<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> A se vedea *Saluka*, para 255, 262;/.

<sup>8</sup> A se vedea *Methanex*, partea IV, capitol D, p. 4, para 4.

<sup>9</sup> A se vedea *S. D. Myers*, para 281.

<sup>10</sup> *Idem*, para 198.

<sup>11</sup> 1961 Harvard Draft Convention, art. 10 (5).

<sup>12</sup> WHO Global Status Report, p. 20.

<sup>13</sup> ELSA Project report.

Reacțiile statelor au fost destul de ferme în acest sens: numai în Uniunea Europeană, 21 de state au implementat restricții parțiale sau totale privind reclamele la băuturi alcoolice difuzate pe canalele de televiziune (Franța, Suedia și Norvegia interzicându-le în întregime<sup>14</sup>).

Dacă însă cu aceste tendințe investitorii au părut că se obișnuiesc, neavând de fapt o diversitate prea mare de opțiuni, poate că cel mai negru nor care se profilează (și care, dacă ne gândim la cazurile Philip Morris, deja a stârnit furtuni) este constituit de măsurile de ambalare uniformă, așa numitele *plain packaging measures*. Cercetările făcute în state precum Marea Britanie, Australia, SUA, Canada au arătat că ambalajele simple determină produsele să pară nu doar mai puțin atractive, ci și de o calitate inferioară<sup>15</sup>, fapt ce deja poate fi considerat ca o imixtiune nejustificată a statului în sfera așteptărilor legitime ale investitorilor, putând chiar să ajungă până la expropriere indirectă sau violări ale tratamentului just și echitabil.

Tendința curentă în arbitrajul investițional este găsirea unui echilibru între dreptul de a reglementa al statului gazdă și protejarea drepturilor investitorilor<sup>16</sup>. După cum a statuat tribunalul în cauza LG& E, „măsurile adoptate în interes public trebuie acceptate fără a atrage în vreun fel răspunderea statului, cu excepția cazului în care acțiunea statului este în mod manifest disproporționată în raport cu nevoia careia i se adresează”<sup>17</sup>.

Totodată, s-a accentuat și faptul că „Nu orice problemă întâmpinată de un investitor străin în cadrul afacerii sale reprezintă o expropriere sau o încălcare a tratamentului just și echitabil”<sup>18</sup>.

În USA Model BIT, anexa B, există un articol care denotă concepția americană asupra acestui tip de măsuri statale și relația dintre acestea și expropriere: „*Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation*”.

Însăși formularea din BIT-ul american exprimă clar caracterul excepțional al circumstanțelor care ar permite statului o astfel de intervenție - chiar plasarea sintagmei „*except in*” la începutul frazei subliniază acest aspect.

Astfel, circumstanțele trebuie să fie de așa natură încât statul să fie nevoit să introducă anumite reglementări ce cuprind măsuri pentru protecția siguranței, a mediului înconjurător sau a sănătății publice; obiectivele trebuie să fie legitime, iar măsurile nu trebuie să aibă caracter discriminator. În acest sens, un caz destul de important este cel inițiat de compania Methanex.

<sup>14</sup> Report on alcohol in Europe, p. 383.

<sup>15</sup> Cancer Council Australia study, p. 14.

<sup>16</sup> A se vedea *Tecmed*, para 128, A se vedea *Azurix* para 311.

<sup>17</sup> A se vedea *LG& E*, para 195.

<sup>18</sup> A se vedea *Feldman*, para 112.

Methanex, o companie canadiană și cel mai mare producător de metanol din lume, a susținut că anumite măsuri adoptate de către California, care interziceau MTBE-ul (methyl tertiar buthyl ether) un aditiv al benzinei și derivat al metanolului, încălca o serie de articole din NAFTA. Methanex considera că măsurile aveau drept scop favorizarea producătorilor de ethanol americani, ethanolul fiind alt aditiv al benzinei și că MTBE-ul și metanolul erau la fel ca ethanolul. Tribunalul a susținut că situația Methanex era similară mai mult producătorilor autohtoni de metanol, decât celor de ethanol, și pentru că toți producătorii de metanol (atât locali, cât și străini) fuseseră tratați identic, a respins cererea Methanex, fondată pe tratamentul discriminatoriu.

Dacă dreptul internațional public a susținut întotdeauna protecția dreptului de proprietate al investitorilor asupra bunurilor corporale, cu timpul s-a dezvoltat și protecția drepturilor contractuale. În 1922, în cazul privitor la cererile proprietarilor de nave norvegieni, tribunalul investit în cauză a decis că și drepturile contractuale puteau fi subiect al exproprierii.

De asemenea, în *Philips Petroleum c. Republicii Islamice a Iranului*, Tribunalul a susținut că exproprierea de către stat a proprietății unui străin atrage răspunderea statului sub imperiul dreptului internațional public și obligația de a oferi compensație, indiferent dacă exproprierea este formală sau de facto sau dacă obiectul proprietății este tangibil, cum ar fi un teren sau o fabrică sau intangibil, ca de exemplu drepturile contractuale<sup>19</sup> sau drepturile de proprietate intelectuală.

### III. Conformitatea măsurilor de ambalare uniformă (*plain packaging*) luate de state cu TRIPS<sup>20</sup>

Având în vedere că exproprierea se poate extinde la orice drept susceptibil de a fi obiectul unei tranzacții comerciale<sup>21</sup>, în situația unor măsuri care restrâng semnificativ dreptul de a folosi marca, deoarece ar încuraja consumul unui produs pe care statul încearcă să îl descurajeze, pentru că ar dăuna sănătății publice, apar discuții cu privire la exproprierea drepturilor de proprietate intelectuală asupra mărcilor, prin astfel de măsuri de *plain packaging*, expropriere ce contravine nu doar BIT-urilor, ci și obligațiilor asumate pe plan internațional de statele parte la TRIPS.

---

<sup>19</sup> "expropriation by or attributable to a State of the property of an alien gives rise under international law to liability for compensation, and this is so whether expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as the contract rights involved in the present Case", *Philips Petroleum Co Iran v. Islamic Republic of Iran, the National Iranian Oil Co* (1989) 21 Iran-US-CTR 79, at para. 76.

<sup>20</sup> The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

<sup>21</sup> A se vedea *Amoco*.

Teoria modernă cu privire la mărci le analizează ca oferind protecție nu doar deținătorului dreptului de proprietate asupra mărcii respective sau celui care o exploatează, ci și consumatorului, deoarece ajută la reducerea costurilor pe care le-ar fi provocat o căutare desfășurată în absența distinctivității<sup>22</sup>.

Mai multe prevederi din TRIPS subliniază importanța utilizării mărcilor, art. 15.4 statuând în mod clar că „natura bunurilor sau serviciilor cărora marca urmează a se aplica nu poate în niciun caz să împiedice înregistrarea respectivei mărci”.

Un argument care a fost larg folosit de către statele membre ale Organizației Mondiale a Comerțului, pentru a justifica interzicerea folosirii unei anumite mărci a fost acela că art. 16 din TRIPS, care vizează drepturile titularului mărcii, implică doar că dreptul la marcă este un drept negativ, care are rolul de a-l apăra pe titular împotriva terților ce ar vrea să folosească marca înregistrată deja de către el, nu un drept care să garanteze folosirea netulburată. Totuși, după cum a afirmat și CJUE în cauza *L'oreal c. Bellure* „cu cât o marcă are o reputație și o distinctivitate mai puternice, cu atât va fi mai ușor de constatat faptul că i s-a adus un prejudiciu”<sup>23</sup>.

De asemenea, în *European Communities – Protection of trademarks and geographical indications for agricultural products and foodstuffs*, un panel al OMC a considerat că „fiecare titular de marcă are un interes legitim în protejarea distinctivității mărcii sale astfel încât ea să poată asigura în continuare această funcție”<sup>24</sup>.

Totuși, dacă există un articol în TRIPS care să poată servi drept barometru pentru evaluarea caracterului proporțional, just și echitabil al măsurilor de *plain packaging*, acesta este art. 20, care afirmă că „folosirea unei mărci în desfășurarea obișnuită a comerțului nu trebuie să fie împiedicată în mod nejustificat de cerințe speciale, cum ar fi folosirea împreună cu o altă marcă, folosirea într-o anumită formă sau într-un mod care este în detrimentul capacității ei de a distinge bunurile și serviciile unei întreprinderi de bunurile și serviciile altei întreprinderi”.

#### IV. Cazurile Philip Morris

Exemplul cel mai actual și cel mai sugestiv, căruia i se poate atribui deopotrivă rolul de catalizator și de „muză inspiratoare” pentru această analiză este constituit de cele două arbitraje inițiate de producătorul de țigări Philip Morris împotriva Uruguayului și Argentinei, în fața ICSID, cauzate de măsurile restrictive adoptate pe cale legislativă de cele două țări cu privire la vânzarea și promovarea țigărilor. Statele și-au motivat măsurile prin dreptul lor regalian de a reglementa în

---

<sup>22</sup> Daniel Gervais, *Analysis of the Compatibility of certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention*, p. 15.

<sup>23</sup> A se vedea *L'oreal c. Bellure*, para 44.

<sup>24</sup> *European Communities – Protection of trademarks and geographical indications for agricultural products and foodstuffs*, WT/DS290/R, 2005, paras 7609-7615.

domeniul sănătății publice; pe de altă parte, Philip Morris își justifică pretențiile încercând să demonstreze că acțiunile statului reprezintă încălcări ale standardelor de protecție incluse în BIT-uri – ar părea o confruntare între o prerogativă a statului și forța juridică a unor drepturi consacrate într-un tratat internațional.

De fapt e mai mult de atât, deoarece acest tip de conflict este doar una din multiplele expresii pe care le poate lua conflictul dintre dreptul statului de a reglementa în mod suveran problemele interne și obligația, consfințită și prin Convenția de la Viena privitoare la dreptul tratatelor, de a-și respecta obligațiile ce izvorăsc din tratate internaționale<sup>25</sup>. Or, în cazul de față, statele gazdă ale investițiilor și-au asumat respectarea anumitor standarde de protecție prin încheierea de BIT-uri (deplină protecție și securitate, tratament just și echitabil, caracterul excepțional al exproprierii și condițiile limitative ale acesteia), pe care, odată cu adoptarea noilor reglementări nu le mai pot respecta.

Fundamentul clar al cererilor nu este public, dar cel mai probabil investitorul își întemeiază acțiunea pe faptul că respectivele reglementări au ca efect privarea sa de o parte semnificativă a investiției, constituind „măsuri echivalente exproprierii”<sup>26</sup> – așa numita „expropriere indirectă”, sau situația în care, prin intermediul unor măsuri care nu au în mod declarat și manifest un caracter expropriator, investitorul este privat de o parte considerabilă din valoarea investiției sale. Chiar dacă sănătatea publică va fi acceptată ca justificare pentru expropriere, rămâne totuși de văzut (dacă într-adevăr, tribunalul se va pronunța în sensul existenței unor exproprieri) dacă va considera și că „just și echitabil” ar fi să oblige cele două state la despăgubiri. Aceasta este soluția pe care au adoptat-o mai multe tribunale arbitrale în cazuri în care au constatat exproprieri de utilitate publică<sup>27</sup>; de exemplu, în cazul Piramidelor, tribunalul ICSID a considerat că, deși Egiptul a acționat legal când a anulat un proiect de construcții amplasat în apropierea piramidelor din Giza, pentru a proteja monumentele, rezoluționarea contractului reprezintă o expropriere și necesită compensație<sup>28</sup>. Aceeași a fost soluția și în cazul Feldman, unde instanța arbitrală a considerat că în caz de expropriere, compensația este necesară, chiar dacă aceasta s-a făcut pentru utilitate publică, în mod nediscriminator și conform procedurii legale<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Claudiu Augustin Florinel Ignat, *Curs de mediere și Arbitraj*, editura Universitară, București 2016, ; Claudiu Ignat, Zeno Daniel Șuștac, Jamie Walker, Anca Elisabeta Ciucă, Sanda Elena Lungu, *Best Practice Guide on the Use of Mediation in Cross-Border Cases*, 2013, ISBN 978-973-0-14866-4.

<sup>26</sup> comentarii făcute de Philip Morris International la United State Trade Representatives (22 January 2010), disponibile la <http://www.regulations.gov/#documentDetail:D=USTR-2009-0011-0016.1>.

<sup>27</sup> Claudiu Ignat, Cornelia Lefter, *Arbitration in Romania, A Practitioners Guide*, coordonator Crenguța Leaua & Flavius A. Băias, Kluwer Law Internațional, 2016, p. 409-434.

<sup>28</sup> A se vedea *SPP c. Egiptului*.

<sup>29</sup> A se vedea *Feldman*.

Cât privește fapta statelor de a adopta respectivele acte legislative, dacă în cazul *AMT c. Zair*<sup>30</sup>, tribunalul arbitral a considerat că statul gazdă a investiției are o obligație de rezultat legată de protecția investitorilor străini și că în niciun caz nu și-ar putea invoca propria legislație națională pentru a se sustrage acestei obligații, ne putem întreba ce se va întâmpla în aceste cazuri, când statul nu a invocat o legislație preexistentă, ci a legiferat într-un sens contrar obligațiilor asumate pe plan internațional.

Un alt aspect demn de a fi semnalat ca element de noutate în cauzele de acest tip, este natura pretențiilor Philip Morris: compania a cerut nu doar repararea pecuniară a prejudiciului material, ci și încetarea încălcării, solicitând ICSID să impună statului să suspende aplicarea reglementărilor în discuție. Deși nu există vreun precedent de această natură, nu există practic nici ceva care să limiteze capacitatea centrului de a administra astfel de sancțiuni în cazul Uruguayului sau Australiei. O astfel de soluție ar reprezenta în schimb un precedent ce cu siguranță nu va rămâne neexploatat de către companiile multinaționale și care în orice caz va determina statele să devină mult mai reținute nu doar în a legifera în astfel de domenii, dar chiar și în a încheia BIT-uri.

## V. Concluzii

Se profilează însă și efecte adverse ale acestor potențiale remedii – Australia a anunțat deja că nu va mai include prevederi referitoare la soluționarea diferendelor investitor-stat, în acordurile comerciale cu țări în curs de dezvoltare<sup>31</sup>. Motivația esențială rezidă în a asigura capacitatea statului de a legifera fără constrângeri în domeniile social, economic și de mediu, mai ales cu privire la măsurile anti-tutun<sup>32</sup>. Acest Janus își poate arăta însă și cealaltă față, în contextul în care, această politică nefiind încă suficient de clară, un investitor australian ar investi într-o astfel de economie emergentă a unui stat cu care Australia nu a încheiat un BIT. În eventualitatea unei dispute, investitorul va fi nevoit să caute remedii prin intermediul canalelor diplomatice sau al instanțelor naționale, fiind posibil ca acestea din urmă să nu îi acorde aceeași protecție ca dreptul australian sau cel internațional (pe lângă faptul că o bună parte din imparțialitatea unui tribunal arbitral echidistant se va volatiliza într-o instanță a statului gazdă a investiției).

---

<sup>30</sup> A se vedea *AMT c. Zair*.

<sup>31</sup> Department of Foreign Affairs and Trade, Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity (April 2011) <http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.html>.

<sup>32</sup> *Ibid.*