

## I. EDITORIAL

# OPINII DIVERGENTE PE MARGINEA ACORDULUI PRIVIND ÎNCETAREA TRATATELOR BILATERALE DE INVESTIȚII DINTRE STATELE MEMBRE ALE UNIUNII EUROPENE

*Dr. Cristina Elena POPA (TACHE)*

*Cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice  
al Academiei Române, practician în cadrul Viena International Arbitral Centre*

### Abstract

*This study presents the Termination Agreement for bilateral investment treaties between the Member States of the European Union both in terms of benefits and especially in terms of criticism. It has been argued that there are still voices calling for the removal of all investor protection. In all cases, this agreement has the negative potential to lead to different treatment of investors from different EU Member States. Proponents of her agreement have been working to make the actual transcript of this statement available online. However, many aspects that directly affect the intra-EU investment system will depend on future multilateral negotiations and Member States' actions to ratify this agreement and eliminate intra-EU BIT. It is the interpretation of EU protections by national courts that will shape the protection of investments in the post-retirement era.*

*For this study, a coherent mix of qualitative and quantitative introspection research methods was required.*

**Keywords:** *investment protection, standards, international law, investment treaties.*

**JEL Classification:** *K23, K33*

### 1. Preliminarii și remarci

În Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L 168/1 din 29 mai 2020, a fost publicat Acordul privind încetarea tratatelor bilaterale de investiții dintre statele membre ale Uniunii Europene.

Statele semnatare sunt: Regatul Belgiei, Republica Bulgaria, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Republica Croația, Republica Italiană,

Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat Al Luxemburgului, Ungaria, Republica Malta, Regatul Țărilor De Jos, Republica Polonă, Republica Portugheză, România, Republica Slovenia și Republica Slovacă<sup>1</sup>. Astfel, la 5 mai 2020, 23 de state membre ale UE au semnat un acord pentru încetarea tratatelor bilaterale de investiții intra-UE (denumit Acordul de reziliere). Acordul de reziliere pune în aplicare Hotărârea Achmea prin care Curtea Europeană de Justiție a declarat clauzele de arbitraj ale tratatelor de investiții din tratatele bilaterale de investiții intra-UE („BIT-uri intra-UE”) ca fiind incompatibile cu tratatele UE<sup>2</sup>.

Acest Acord de reziliere<sup>3</sup> a inițiat o serie de reacții, în mare parte pesimiste<sup>4</sup>. O parte dintre reacții vizează teme serioase precum: incertitudinea juridică, contradicția aparentă dintre ne redeschiderea dosarelor închise și întreruperea dosarelor aflate pe rol, restructurarea corporativă și procedurile de infringement ale Comisiei UE.

În conținutul său, Acordul de reziliere abordează tratatele bilaterale de investiții intra-UE<sup>5</sup>, fără să acopere procedurile intra-UE pe baza articolului 26 din Tratatul Cartei Energiei. Potrivit preambulului, Uniunea Europeană și statele sale membre se vor ocupa de această problemă într-o etapă ulterioară.

De asemenea, o listă a tuturor TBI<sup>6</sup>-urilor intra-UE acoperite de Acordul de reziliere poate fi găsită în Anexa A (p. 30 și urm.) la acest tratat.

Austria, Finlanda, Irlanda și Suedia nu au semnat, nefiind așadar părți la Acordul de reziliere. Trebuie să remarcăm că nu există tratate bilaterale de investiții în vigoare între aceste state. La acestea se adaugă Marea Britanie, care a părăsit UE începând cu 1 februarie 2020, dar pentru care marea majoritate a drepturilor și obligațiilor conform legislației UE rămâne în vigoare până la sfârșitul perioadei de tranziție. Iată, deci, o primă problemă tehnică: TBI-urile încheiate între Marea Britanie și statele membre ale UE ar trebui luate în considerare în prezent ca fiind intra-UE? Dacă răspunsul este afirmativ în acest caz, care este situația juridică a altor trei TBI ce au fost încheiate cu UE după încheierea perioadei de tranziție? Față de situația de mai sus, se poate înțelege că TBI-urile statelor ne semnate se vor

<sup>1</sup> Documentul poate fi găsit la: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01)), accesat la data de 05.03.2022.

<sup>2</sup> În cauza C-284/16 Achmea, Curtea Europeană de Justiție (CEJ) a constatat o clauză de arbitraj dintr-un acord internațional de investiții (AII) între două state membre ale Uniunii Europene (UE), ca fiind incompatibilă cu dreptul UE. A se vedea, Cauza 284/16 Republica Slovacă împotriva Achmea EU:C:2018:158. la:<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62016CJ0284&lang1=en&type=TXT&ancre>, accesat la 07.03.2022.

<sup>3</sup> Denumire ce va fi folosită în cuprinsul acestei lucrări pentru Acordul de încetare a tratatelor bilaterale de investiții între statele membre ale Uniunii Europene.

<sup>4</sup> Laurens Ankersmit, *Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?* Articol publicat de IISD în *Investment Treaty News*, 2018.

<sup>5</sup> UE este acronim utilizat pentru Uniunea Europeană.

<sup>6</sup> Acronim pentru Tratatul bilaterale privind investițiile.

transforma în TBI extra-UE, iar conformitatea acestora cu legislația UE ar depinde de standardele juridice stabilite de CJUE<sup>7</sup> în Avizul 1/17 (CETA)?

În această situație, este probabil ca cele 23 de state membre care sunt părți la Acordul de reziliere să rezilieze unilateral TBI-urile încheiate cu Austria, Finlanda și Suedia, însă, orice reziliere unilaterală va activa clauza de caducitate cuprinsă în aceste tratate. Cu titlu de expunere, trebuie arătat că Acordul de reziliere realizează obiectivul de lungă durată al UE de a rezilia TBI intra-UE, pentru care un număr de state membre, printre care și România, au intrat în procedura de infringement pentru tardivitate în aplicarea directivelor UE. Tratamentul acordat procedurilor de arbitraj în temeiul acordului de reziliere a rămas supus dezbaterilor. Ca regulă generală, acesta depinde de data declanșării procedurii de soluționare prin arbitraj a disputelor privind investițiile internaționale, cu accent pe dispozițiile tranzitorii introduse pentru procedurile de arbitraj pendente, chestiune ce va continua să constituie obiectul unei serii de discuții în perioada ce urmează.

## 2. Unele probleme ce fac obiectul dezbaterilor postreziliere. Critici

După cum se poate înțelege din cuprinsul său, Acordul de reziliere are ca țintă TBI-urile intra-UE (așa cum sunt enumerate explicit în anexa A) și, ca țintă a efectelor, încetează în mod expres orice clauze de caducitate (inclusiv cunoscuta clauză sunset), prin care s-ar putea prelungi durata de viață a TBI-urilor intra-UE; prin urmare, clauzele de caducitate „nu vor produce efecte juridice” (articolele 2(2) și 3 din Acordul de reziliere).

Pentru aducerea la îndeplinire a prevederilor Acordului de reziliere, așa-numitele părți contractante din TBI intra-UE trebuie să se informeze reciproc, să coopereze și să înștiințeze tribunalele arbitrale despre consecințele juridice ale hotărârii Achmea<sup>8</sup>. Noile proceduri de arbitraj sunt definite ca fiind cele care au început la sau după 6 martie 2018, data pronunțării hotărârii în cazul Achmea. Întrebarea este, așadar, dacă statele membre au obligația de a coopera în mod specific și dacă este sancționabil acest lucru printr-o declarație de încălcare?

„Consecințele juridice”, de care trebuie să se țină cont, sunt:

1. Clauzele de arbitraj din TBI intra-UE nu se mai aplică litigiilor intra-UE, din cauza incompatibilității dintre clauzele arbitrale și tratatele UE.
2. TBI-urile intra-UE urmează să fie reziliate.

Se înțelege că, în situația în care un stat membru este pârât într-un arbitraj de investiții în temeiul unui TBI intra-UE, statul membru trebuie să ceară instanțelor sale naționale să anuleze hotărârea.

<sup>7</sup> Acronim pentru Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

<sup>8</sup> Cauza 284/16 Republica Slovacă împotriva Achmea B.V EU:C:2018:158.

În ceea ce privește criticile aduse Acordului de reziliere, se consideră că îi privează pe investitori de căi de atac eficiente împotriva statelor gazdă. Investitorii internaționali nu pot fi opriți să acționeze conform dreptului internațional cutumiar, e.g. să aleagă jurisdicții din afara UE ca sediu al arbitrajului, ceea ce poate determina tribunalele să nu aplice dispozițiile obligatorii ale legislației UE. Dreptul internațional recunoaște neretroactivitatea, iar jurisprudența arbitrală a stabilit de fiecare dată că prevederile privind arbitrajul ale TIB conțin o ofertă de arbitraj care este perfecționată la acel moment când un investitor calificat acceptă oferta unui stat parte. Acordul de reziliere a minimalizat alternativele pe care le oferă investitorilor părți la „proceduri de arbitraj în așteptare”. Acestea echivalează cu limitarea ca pretențiile lor să fie determinate prin aplicarea legislației UE și/sau naționale, dispoziții neatractive pentru investitori, după cum se poate deduce logic. Rămâne deschisă, totuși, problema respectării celorlalte standarde de protecție juridică a investițiilor care generează dezbateri doctrinare în rândul specialiștilor<sup>9</sup>.

Cu siguranță, investitorii vor privi cu reticență gradul de protecție oferit de tratatele UE, pe care îl consideră inferior gradului de protecție oferită de TBI. La toate acestea se adaugă neîncrederea investitorilor în capacitatea instanțelor naționale de a remedia în mod eficient și echitabil încălcările obligațiilor asumate de state. Tocmai această lipsă de încredere în instanțele naționale este ceea ce a determinat statele să încheie TBI în primul rând, pentru că în timp ce asumarea fundamentală a dreptului internațional public este egalitatea suverană, relațiile juridice dintre statele gazdă și investitorii străini rămân asimetrice. Asimetria este dată de statele gazdă aflate într-o poziție superioară, putând influența atât dreptul intern, cât și normele relevante ale dreptului internațional (statele participă la negocierea și semnarea tratatelor internaționale de tip BIT sau TIPs, în timp ce investitorii nu, ei nefiind subiecte de drept internațional<sup>10</sup>).

În fața acestor cutremure din sistemul investițional, au început a fi observate preocupările legitime ale investitorilor cu privire la independența judiciară din diferite state membre ale UE, ca reacție a acestora la riscul de a fi constrânși să depună cereri în fața instanțelor care nu sunt considerate imparțiale. Acest fapt nu este ușor de realizat. Așa cum am afirmat în lucrările anterioare, nimic nu oprește un investitor să-și schimbe geografia afacerilor sale. Dificultățile generate de aplicarea Acordului de reziliere, ar putea determina investitorii să recurgă la restructurarea corporativă și să investească în statele din afara UE pentru a beneficia de protecțiile oferite de acordurile internaționale de investiții. Această perspectivă realistă, poate da încă o lovitură sistemului investițional intra UE, și așa clătinat de pandemie și război.

---

<sup>9</sup> Vezi Charbel A. Moarbes, *Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union* in *International Legal Materials*, Volume 60, Issue 1, Ed. Cambridge University Press, February 2021, pp. 99-137.

<sup>10</sup> A se vedea J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford International Law Library, 2013, pp. 37-40.

Teoreticienii sunt de părere că alte provocări practice pot rezulta, de asemenea, din măsurile tranzitorii cuprinse în articolele 9 și 10 din Acordul de reziliere. Articolul 9 cere actorilor din cadrul procedurii „dialog structurat” să aibă o cunoaștere aprofundată a legislației UE. Această cerință nu se potrivește ușor cu faptul că majoritatea tribunalelor de investiții din afara UE au refuzat să ia în considerare legislația UE atunci când pronunță hotărârile lor, ceea ce poate face ca hotărârile să fie mai ușor de executat în jurisdicțiile din afara UE.

Revenind la Articolul 10 din Acordul de reziliere, acesta prevede că investitorii în arbitrajele pendinte au dreptul de a accesa instanțele naționale. Cu toate acestea, acest drept este condiționat de renunțarea investitorilor la drepturile lor în temeiul TBI, ceea ce este foarte greu de îndeplinit și ar trebui să existe suficiente garanții din partea statelor gazdă membre UE, eventual de tip contractual administrativ. Acest lucru poate fi văzut ca o renunțare drastică a protecțiilor extinse ale investițiilor cuprinse în tratatele de investiții. În timp ce investitorii aflați în cazuri pendinte pot încerca să negocieze o înțelegere pe cale amiabilă, probabilitatea unor înțelegeri favorabile este scăzută, deoarece statele sunt puțin motivate să accepte să plătească despăgubiri și sunt mai susceptibile să se angajeze într-o „cursă până la capăt”, deoarece investitorii au fost lipsiți de căi de atac eficiente în temeiul dreptului internațional. Acest lucru îi pune pe investitori într-o poziție de negociere mult mai slabă. Prin urmare, mulți practicieni cred că Acordurile de reziliere pot duce la mai multe litigii și nemulțumiri pentru investitori, acest ansamblu nefavorabil fiind considerat în lumea dreptului internațional al investițiilor, ca fiind echivalent cu începutul sfârșitului ISDS<sup>11</sup> intra-UE.

Deoarece Austria nu a semnat Tratatul de reziliere din 5 mai 2020, este de așteptat ca în cele din urmă să rezilieze TBI-urile sale intra-UE în mod bilateral. Austria a încheiat un număr mare de TBI care cuprind clauze de arbitraj, iar investitorii austrieci folosesc frecvent aceste prevederi. În dezbateră privind TBI-urile intra-UE, Austria a susținut în general opinia că acestea sunt compatibile cu legislația UE și ar trebui puse în aplicare. Acest punct de vedere s-a schimbat, însă, în Declarația din 15 ianuarie 2019, în care statele membre UE, inclusiv Austria, și-au proclamat intenția de a rezilia toate TBI intra-UE, ca urmare a deciziei pronunțate în cauza Achmea, în martie 2018. Cu toate acestea, Tratatul de încetare plurilateral corespunzător din 2020 nu a fost, la rândul său, semnat de Austria. După cum sa menționat deja mai sus, este cel mai probabil ca Austria să își rezilieze în cele din urmă TBI-urile intra-UE în mod individual pentru a-și respecta obligațiile UE<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> ISDS este acronimul pentru Investment Sistem for Dispute Settlement (Sistemul de soluționare a disputelor privind investițiile).

<sup>12</sup> Într-un document din 7 aprilie 2016, guvernele Austriei, Finlandei, Franței, Germaniei și Țărilor de Jos („Statele propunătoare”) au propus înlocuirea rețelei existente de tratate bilaterale de investiții intra-UE („intra-UE”-UE BIT”) cu un acord de investiții unic, multilateral între toate cele 28

Ca efect al acestei mișcări (incerte) către mecanismele UE, soarta TBI-urilor intra-UE continuă să „divizeze” statele membre. Pentru statele care nu au semnat Acordul de reziliere (cu excepția Irlandei care nu mai avea la momentul semnării niciun TBI în vigoare), nu este clar, deocamdată, dacă acest refuz se referă la forma și conținutul acestui tratat de încetare a tratatelor bilateral de investiții, sau la însuși obiectivul de a înceta TBI intra-UE<sup>13</sup>.

### 3. Avantajele acordului de reziliere

Uniunea Europeană susține punctul de vedere conform căruia Acordul de reziliere ar șterge diferențele substanțiale cauzate de TBI intra-UE, care au condus anterior la un tratament diferit între investitorii din diferitele state membre ale UE. În consecință, Acordul de reziliere a devenit un instrument fezabil din punct de

---

de state membre ale UE. De notă critică, statele propunătoare și-au exprimat angajamentul față de arbitrajul tratatului de investiții („ITA”) ca metodă preferată de soluționare a litigiilor investitor-stat.

Înlocuirea coordonată a tuturor TBI intra-UE cu un singur acord multilateral de investiții al UE („EUMI”) s-ar baza pe articolul 59 din Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor. Articolul 59 prevede că un tratat se consideră reziliat atunci când părțile la el încheie un tratat ulterior pe același subiect, care este menit să înlocuiască tratatul inițial.

În ciuda rezilierii TBI-urilor intra-UE existente, statele care au semnat propunerile acestea, au fost neclintite cu privire la necesitatea de a păstra protecțiile substanțiale și procedurale ale investițiilor pentru investitorii europeni care operează pe piața internă a UE.

Statele de mai sus au prezentat șase argumente pentru protejarea protecției investițiilor din dreptul internațional public și a beneficiului arbitrajului obligatoriu terță parte în EUMI:

1. Orice încetare a TBI intra-UE ar trebui să abordeze constrângerile și limitările procedurale (probabil, inclusiv încălcările evidente ale normelor internaționale privind drepturile omului) care ar rezulta din încercarea de a elimina efectul clauzelor de caducitate existente conținute în TBI intra-UE.

2. O încetare totală a TBI-urilor intra-UE ar afecta politica comercială a UE: ar face aproape imposibil ca UE să adopte poziții puternice cu privire la protecția investitorilor UE care operează în străinătate (inclusiv în ceea ce privește mecanismele de soluționare a litigiilor dintre investitori și stat, cum ar fi ca ITA);

3. O reziliere totală a TBI intra-UE poate afecta negativ tratatele de investiții dintre statele membre ale UE și statele terțe.

4. Înlocuirea sistemului existent de TBI intra-UE cu EUMI ar clarifica și consolida statutul protecției investițiilor în UE.

5. Existența EUMI ar asigura condiții de concurență echitabile între investitorii din UE care investesc în UE, pe de o parte, și investitorii din afara UE care investesc în UE și care fac obiectul tratatelor de protecție a investițiilor dintre statul lor de naționalitate și statele membre ale UE; pe de altă parte.

6. EUMI ar contribui la planul Comisiei UE de a crea un mediu favorabil investițiilor.

<sup>13</sup> La scurt timp după aceea, Comisia a trimis două noi notificări de încălcare Regatului Unit și Finlandei, care, refuzând să semneze AT, nu reziliază efectiv TBI intra-UE. Conținutul notificărilor de încălcare nu este făcut public (cauzele joint C-514/11 P și C-605/11, LPN/Finlanda), astfel încât nu este clar ce anume susține Comisia că este încălcarea. Precizez că există deja proceduri de constatare a neîndeplinirii obligațiilor împotriva Austriei și Suediei. (Irlanda, în schimb, a reziliat deja toate TBI-urile sale intra-UE).

vedere politic pentru eradicarea acestor diferențe între cele 23 de state membre care semnează acordul. Acordul de reziliere a abordat, de asemenea, natura fragmentată a TBI-urilor intra-UE. După intrarea în vigoare a acestui acord, investitorii vor folosi mai puțin arbitrajul investițional și se vor baza în schimb pe căi de atac interne din legislația națională, precum și pe punerea în aplicare a legislației UE. Acesta este, în schimb, principalul motiv de disconfort pentru investitori, așa cum am explicat la punctul 2. Suma avantajelor este prezentată sumar în Preambulul Acordului de reziliere.

În toate cazurile, există discuții intense despre climatul investițional din Uniunea Europeană, dar și așteptarea ca o parte dintre investitori să caute protecția anumitor tratate de investiții ori, să uzeze de alte obligații contractuale în raportul lor cu statele membre. Uniunea Europeană a invitat publicul la discuții prin care se evaluează climatul investițional.

Ca urmare a Acordului de reziliere, la nivelul UE sunt negocieri pentru înființarea unei Curți Multilaterale de Investiții (MIC), ceea ce înseamnă că, ținând cont de directive, Consiliul UE afirmă că MIC va înlocui în cele din urmă sistemele de soluționare a disputelor din tratatele bilaterale de investiții. Din acest punct de vedere, se pare că pentru o mare parte a investitorilor, dar și a specialiștilor, acest plan poate fi prea ambițios în acest moment, în ciuda faptului că statele membre UE sunt încă părți la aproape jumătate din numărul total de proiecte internaționale. acorduri de investiții în vigoare în prezent la nivel mondial. Aproape toate aceste acorduri includ un mecanism de soluționare a litigiilor și atingerea unui singur punct este un obiectiv care poate fi convenit de statele membre, dar investitorii internaționali vor căuta cu siguranță alternative pentru a-și proteja mai bine standardele de tratament într-un cadru cât mai tradițional și neutru posibil (imparțial)<sup>14</sup>.

În urma rezilierii, toți investitorii beneficiază deja de protecții bazate pe Tratatul pentru funcționarea Uniunii Europene (TFUE). Pentru a menține protecția investitorilor, Programul de lucru al Comisiei pentru 2020 urmărește îmbunătățirea și consolidarea protecției investițiilor printr-o politică cuprinzătoare privind investițiile intra-UE. Programul urmărește să completeze lacunele și să modernizeze normele UE care protejează investițiile intra-UE, să îmbunătățească aplicarea acestor reguli atunci când apar dispute între investitori și statele membre și să introducă măsuri pentru a facilita și promova investițiile transfrontaliere în UE.

În acest sens, Comisia a lansat o consultare publică, precum și o evaluare inițială a impactului pentru a explora diverse soluții de consolidare a protecției investitorilor transfrontalieri în Uniunea Europeană, precum și pentru a obține feedback din partea părților interesate.

---

<sup>14</sup> Cristina Elena Popa Tache, *Legal treatment standards for international investments. Heuristic aspects*, Ed. Adjuris-International Academic Publisher, 2021, pp. 12 și urm.

#### 4. Concluzii

Acordul de reziliere este o evoluție potențial semnificativă în peisajul de soluționare a litigiilor dintre investitori și stat din interiorul UE. Cu toate acestea, rămâne de văzut cât de repede va intra în vigoare și cum va fi interpretat și aplicat, în special în ceea ce privește impactul său asupra procedurilor de arbitraj investitor-stat existente și viitoare. Părțile la procedurile de arbitraj existente intra-UE investitor-stat care implică state semnatare ale Acordului de reziliere, precum și cele care intenționează să înceapă astfel de proceduri, sunt sfătuite să caute îndrumări cu privire la implicațiile Acordului de reziliere.