

Masuri recente de încetare a Tratatelor bilaterale de investiții intra-UE



La 5 mai 2020, România și alte 22 state membre UE au semnat Acordul privind încetarea Tratatelor bilaterale de investiții („TBI”) încheiate între state membre UE. Unele dintre măsurile adoptate sunt surprinzătoare, respectiv încetarea clauzelor sunset (care permiteau invocarea TBI pentru anumite perioade ulterioare încetării lor) și arată o schimbare, momentan parțială, în ceea ce privește protejarea investițiilor straine.

Eforturile instituțiilor UE de a genera încetarea TBI intracomunitare s-au intensificat în ultimii ani, fara prea mulți sorți de izbândă pâna acum. TBI sunt tratate ce reglementează investițiile straine realizate pe teritoriul unui stat membru de catre persoane din alt stat membru, iar în baza lor se pot demara arbitraje internaționale pentru protejarea investițiilor (de exemplu sub auspiciile UNCITRAL, ICSID).

Pe de o parte, prin hotărârea pronunțată în 6 martie 2018 în cauza Achmea, CJUE a stabilit ca sunt contrare dreptului UE clauzele de arbitraj din TBI-urile intra-UE, în special, pentru ca (i) subminează sistemul cailor de atac prevazute în tratatele UE (îndeosebi mecanismul întrebării preliminare prin intermediul caruia CJUE interpretează prevederi din dreptul UE), periclitanđ astfel autonomia, eficacitatea, supremația și efectul direct al dreptului Uniunii și (ii) afectează negativ principiul încrederii și colaborării reciproce între statele membre. Deși atât instituții europene, cât și unele state au inițiat demersuri pentru a înceta TBI-urile intra-UE, rezultatele nu au fost considerabile.

Pe de alta parte, tribunalele arbitrale sesizate în baza TBI-urilor intra-UE au respins obiecțiile de jurisdicție/competența bazate pe hotărârea Achmea, refuzând practic sa îi dea efecte și au continuat sa judece arbitrajele inițiate în baza clauzelor arbitrare considerate ca fiind contrare dreptului UE. În plus, în ciuda opozițiilor, hotărârile arbitrale pronunțate în baza TBI intra-UE au fost admise la executare în unele state. Reprezentativa în acest sens este saga Micula, cu privire la care a fost pronunțată o hotărâre arbitrala considerata ca fiind contrara dreptului european în domeniul ajutoarelor de stat. Deși demersurile de executare au întâmpinat piedici în mai multe state, în altele executarea a fost posibilă, respectiv SUA și, recent, Marea Britanie (dupa o suspendare a executării de aproape trei ani de zile).

1. Încetarea TBI și a clauzelor de supraviețuire („sunset”)

O masura previzibila cuprinsa în Acord prevede încetarea TBI intracomunitare (enumerata în Anexa A). Prin articolul 4 la Acord, statele membre confirma lipsa posibilității de a recurge la arbitraj pentru disputele intra-UE, indiferent de regulile arbitrale ce ar governa arbitrajul.

În schimb, **încetarea prin Acord a clauzelor „sunset” (de supraviețuire)** - *atât cele din TBI încetate prin Acord, dar și cele dintr-o serie de TBI deja încetate (enumerare în Anexa B)* - **este o masura mai puțin previzibilă.**

Clauza „sunset” (de supraviețuire) este o prevedere în baza careia investițiile efectuate până la momentul încetării TBI-urilor ar fi continuat să fie protejate de respectivele TBI pentru anumite perioade de timp, ce variaza de regula între 10 și 20 de ani.

Practic, investitorii care se bazuau ca investițiile lor vor fi în continuare protejate de TBI existente la momentul realizării investitei, în baza acestor clauze sunset, se vad lipsiți de aceasta protecție și de posibilitatea de a apela la proceduri arbitrale sub auspiciile unor instituții arbitrale cu vastă practică în domeniu (de ex. ICSID, UNCITRAL). Acest lucru se va întâmpla chiar dacă unele dintre investiții au fost realizate anterior datei la care statele în cauza au devenit membre UE și/sau s-a constatat ca TBI sunt contrare dreptului UE.

Într-adevăr, așa cum se menționează în preambulul Acordului, dreptul UE conține o serie de prevederi ce consacra unele dintre principiile ce se regăsesc în TBI (principiul nediscriminării, principiul proporționalității, principiul securității juridice și al protecției speranțelor/așteptărilor legitime) și, deci, investitorii pot apela la acestea pentru a își proteja investițiile. Însă la nivelul legislației UE nu se regăsesc toate prevederile (inclusiv drepturile) din TBI încetate prin Acord și nici o clauză arbitrală în baza careia investitorii să poată apela la judecata instituțiilor arbitrale ce au o vastă cazuistică în domeniu. Aceasta face ca măsura încetării clauzelor *sunset* să fie surprinzătoare, inclusiv prin raportare la principiile securității juridice și încrederii legitime a investitorilor, care se regăsesc și în dreptul UE.

În lipsa oricărei prevederi privind instituțiile competente să soluționeze disputele referitoare la investiții ulterioare intrării în vigoare a Acordului, investitorii vor avea la dispoziție opțiunea de a sesiza instanțele naționale pentru a soluționa astfel de dispute. Așadar, investitorii UE vor fi nevoiți să „uite” de experiența și practica îndelungată din arbitrajele investiționale și vor trebui să încredințeze disputele lor instanțelor naționale pentru a le proteja investițiile în temeiul dreptului Uniunii și al legislației naționale.

Acordul nu va afecta procedurile de arbitraj deja încheiate și nici încercările părților de a soluționa amiabil disputele, anterioare datei de 6 martie 2018 (data hotărârii Achmea). În schimb, Acordul prevede o serie de măsuri privind arbitrajele inițiate ulterior 6 martie 2018, măsuri menite să asigure soluționarea amiabilă a disputei, informarea tribunalului arbitral cu privire la acord, renunțarea la procedura arbitrală și recurgerea la proceduri în fața instanțelor naționale, precum și inițierea de demersuri pentru a anula hotărârile arbitrale pronunțate în baza clauzelor arbitrale din TBI.

2. Rezolvarea problemei pe jumătate – menținerea clauzei arbitrale din Tratatul privind Carta Energiei

Mecanismul de arbitraj din articolul 26 din Tratatul privind Carta energiei („TCE”) nu este afectat de Acord. În preambul se menționează ca Acordul nu privește diferendele intra-UE dintre un investitor și un stat membru bazate pe art. 26 TCE. Cu privire la acesta, UE și statele membre urmează să decida în viitor.

Opțiunea statelor membre este din nou surprinzătoare în condițiile în care în baza art. 26 TCE pot fi inițiate arbitraje intra-UE între investitori și state membre inclusiv în fața unor instituții arbitrale internaționale, precum ICSID și UNCITRAL. De altfel, chiar de la momentul pronunțării hotărârii Achmea, majoritatea tribunalelor arbitrale au interpretat restrictiv hotărârea CJUE și au considerat ca aceasta nu este aplicabilă disputelor arbitrale întemeiate pe art. 26 din TCE.

În schimb, Comisia Europeană a susținut atât prin declarațiile din anul 2018, cât și prin intervențiile Amicus Curiae din cadrul unor proceduri arbitrale ca articolul 26 din TCE nu poate reprezenta o clauză de arbitraj valabilă prin raportare la dreptul UE pentru inițierea unor proceduri arbitrale între investitori și un alt stat membru al UE.

Ramâne de vazut la ce acord vor ajunge statele membre cu privire la clauza arbitrala din art. 26 TCE și, mai ales, momentul de la care se va aplica acest acord.

3. Intrarea în vigoare a Acordului – mai multe momente înca neclare

Acordul trebuie ratificat, aprobat sau acceptat de catre statele membre și va intra în vigoare în 30 zile calendaristice de la data la care Secretariatul General al Consiliului UE primește al doilea instrument de ratificare, aprobare sau acceptare din partea unui stat membru.

Cu toate acestea, efectele Acordului se vor produce pentru fiecare stat membru la 30 zile calendaristice de la data la care acestea depun propriile instrumente de ratificare, aprobare, acceptare.

Deci, nu doar ca data intrarii în vigoare a acordului este necunoscuta, dar aceasta va putea diferi de la stat la stat în funcție de momentul la care fiecare stat ratifica, accepta sau aproba Acordul, precum și depune documentația la Secretariatul General al Consiliului UE.

Surse:

https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_ro

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6598894>