

În căutarea consensului pierdut:

Mituri despre protecția investitorilor
în TTIP și cum își propune UE
să revoluționeze sistemul
de soluționare a disputelor

CRPE Policy Brief 41

Horia Ciurtin

I. Istorie și *status quo* în dreptul investițiilor: un consens fragil

A. Introducere: Acordul Transatlantic și dilemele clauzei de soluționare a disputelor investiționale

Dezbaterea principală a zilelor noastre – atunci când atenția nu e acaparată de situația militară din Ucraina și Orient – e iminenta încheiere a noului Acord Transatlantic (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* ori, mai pe scurt, TTIP). În realitate, cele două paliere de preocupare publică nu sunt într-atât de distante precum pare la prima vedere. Între criza (aparent strict militară) ucraineană ori siriană și semnarea tratatului (aparent strict economic) dintre SUA și UE, legătura e – de fapt – directă, având atât un substrat comun, cât și o finalitate similară.

Ambele evenimente centrale ale dezbaterii sunt fațete ale acelorași preocupări strategice mai ample: modul de interacțiune într-o lume multipolară și re-ajustarea blocurilor politice/economice la un nou statut global. Câștigătorii ori perdanții noii situații vor fi definiți în egală măsură de ambele filtre strategice: rezultatul conflictului militar și rezultatul concurenței economice. Rețelele formale și informale de alianțe, alinieri tacite ori adversități latente tind să se suprapună aproape identic în ambele planuri.

De aceea, miza Acordului Transatlantic este mult mai mare decât cea explicit asumată normativ, i.e. comerțul și investițiile.¹ Dincolo de un simplu parteneriat economic, TTIP reprezintă pentru cei doi mari actori globali o re-pornire a relațiilor, o reasumare a centralității lor (ca poli occidentali) în noul aranjament global.² Fără o asemenea finalitate a Acordului, fiecare dintre cei doi actori transatlantici ar insista pe „pivotalul” asiatic, transformând acea zonă a lumii în nodul central al economiei globale.³

Din toate aceste considerații, nu doar instituțiile publice ale Uniunii Europene, statelor-membre ori Statelor Unite ale Americii sunt implicate în disputele privind Acordul, dar și eterogena societate civilă a spațiului euro-american. Mai mult, terții interesați geopolitic de succesul – ori eșecul – TTIP (precum China, dorita Uniune Eurasiatică ori întregul grup BRICS) mențin puternice grupuri de presiune pe ambele părți ale Atlanticului, transformând întreaga dezbatere într-o agoră cu nenumărați oratori, ce duc dueluri juridico-politice paralele și divergente, într-un cadru volatil.

Totuși, dintre toate punctele spinoase ale confruntării de poziții, unul se remarcă în mod excepțional: Investor-State Dispute Settlement (ISDS) și transformarea/înlăturarea sa din viitorul Acord. Paradoxal, înainte de momentul TTIP, acest mecanism de soluționare a

¹ Pentru implicațiile geopolitice ale TTIP, a se vedea Daniel Hamilton și Steven Blockmans, *The Geostategic Implications of TTIP*, Paper No. 5 in the CEPS-CTR project „TTIP in the Balance”, CEPS Report No. 105/April 2015.

² Mai pe larg, pe această temă, a se vedea Horia Ciurtin, „Dincolo de mercantilism: TTIP și noua conexiune transatlantică”, în *Tentația politicului: reflecții conservatoare după sfârșitul istoriei*, Editura Eikon, București, 2015, pp. 144 et seq.

³ De altfel, dată fiind lunga durată a negocierilor, deja există temeri că acordul „rival” – TPP – va muta o prea mare parte din interesul SUA spre zona Pacificului, dacă TTIP întârzie să se cristalizeze într-o formă definitivă.

disputelor investiționale a făcut rareori obiectul unei divergențe, dată fiind natura sa profund tehnică și ermetică uneori chiar și pentru specialiștii din domeniul dreptului.

Cu toate acestea, nici oponentii, dar nici apărătorii fervenți ai clauzei ISDS nu s-au angajat într-o analiză conceptual-istorică, într-un calcul de tip cost/beneficiu ori într-o evaluare juridică a posibilităților reale. Mai degrabă, majoritatea participanților „civili” la dezbateri au preferat poziții de forță, inerțiale și cvasi-ideologice, depășind cu mult cadrul concret de negociere trasat de actorii instituționali. Atât partea nord-americană, dar și cea europeană au fost depășite de turbulentele discuții din societatea civilă, având din ce în ce mai puțin spațiu de manevre diplomatice.

B. Geneza instituțională a ISDS

Pentru a înțelege modul în care ISDS a ajuns să fie cel mai de succes mecanism de soluționare a litigiilor investiționale, iar apoi cel mai contestat, e necesar a se observa geneza sa și precursorii. Cu mult înainte de apariția tratatelor moderne de investiții – instrumente juridico-economice ultra-specializate – primele acorduri internaționale cu relevanță în această sferă au fost încheiate de SUA la sfârșitul secolului al XVIII-lea.⁴ Numite acorduri de „Prietenie, Comerț și Navigație” (*Friendship, Commerce and Navigation*, acorduri FCN), acestea erau realmente tratate *generaliste*, cuprinzând prevederi cu incidență în numeroase zone de interes pentru statele contractante, de la comerț, investiții, circulația mărfurilor și transport de mărfuri, până la drepturi individuale (economice și non-economice) ori imigrație.

În mod concret, un investitor/comerciant ale cărui drepturi au fost lezate de către statul-gazdă, nu putea face altceva decât să urmeze una dintre cele două căi clasice: (a) în instanțele naționale ale respectivului stat, precum oricare cetățean al acestuia, (b) utilizând mecanismele de protecție diplomatică și cerând statului său de origine să înceapă proceduri inter-statale de arbitraj, în baza dreptului internațional public.⁵

Această din urmă metodă, clasicul SSDS (*State-to-State Dispute Resolution*) a rămas până în secolul al XX-lea unica manieră de soluționare a litigiilor internaționale, necesitând intervenția diplomatică (și interesată politic) a statului de origine al investitorului. Fără nici un dubiu, guvernul acestuia din urmă era înclinat să calculeze mai multe elemente de oportunitate geopolitică și diplomatică, înainte de a intenta un litigiu partenerului său internațional, lăsând nerevendicată problema propriului său cetățean.

Astfel, un investitor ale cărui drepturi fuseseră încălcate era fie lăsat la îndemâna instanțelor naționale a unui stat deja abuziv cu el, fie la discreția propriului guvern în a începe procedurile inter-statale. Mijloacele procedurale de reclamare a unui tratament injust erau – așadar – extrem de limitate, depinzând în mare parte de bunăvoința unei entități suverane ori a alteia. *Recursul direct la o formă autonomă de justiție era imposibil.*

⁴ Mai pe larg, pe această temă, a se vedea Emanuela Matei și Horia Ciurtin, „Turning Enemies into Adversaries: T-TIP Negotiations and the Quest for a New Westphalia Momentum”, în curs de publicare (2015-2016).

⁵ John F. Coyle, „The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era”, în *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 51, Number 2, 2013, p. 328.

De aceea, odată cu apariția noilor tratate bilaterale de investiții (*Bilateral Investment Treaties*, BIT) în era post-belică⁶, întregul sistem a fost revoluționat. Înaltul nivel de specializare și de restrângere a sferei de interes – strict pe domeniul investițiilor directe – a fost menit a depolitiza și decupla acordul de la imperativele diplomatice și geostrategice, eliberând economia globală de necesitățile ideologice. O asemenea finalitate a fost căutată nu doar prin noi standarde substanțiale de protecție a investitorilor, cât mai ales prin noile proceduri de soluționare a litigiilor.

Mai precis, investitorilor li s-a oferit posibilitatea de a evita cele două impedimente majore ale regimului clasic, ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) fiind conceput pentru a permite ieșirea din sistemul judiciar al suveranului abuziv, dar și un acces direct în dreptul internațional la un litigiu (fără a cere protecția diplomatică a propriului guvern). Arbitrajul consensual – iar nu o curte permanentă – a fost ales ca vehicul procedural, considerându-se că acesta beneficiază de toată flexibilitatea necesară unor cauze atât de complexe și atât de diferite între ele.

Astfel, primele BIT-uri cuprinzând clauze ISDS au fost cel dintre Indonezia și Olanda (1968) și cel dintre Ciad și Italia (1969), la scurt timp după ce Convenția de la Washington (Convenția ICSID) a pus temeliile procedural-administrative ale sistemului de arbitraj investițional în 1966.⁷ Spre diferență de metodele clasice, clauza ISDS permitea – pentru prima dată – unui investitor ale cărei drepturi au fost încălcate să apeleze în mod direct la un for arbitral (independent de ambele entități suverane ce au semnat tratatul), cu reguli obiective și inteligibile, imposibil de schimbat „din mers” de către state și fără riscul opririi procesului din considerații politice externe cauzei.

Astfel, investitorii au dobândit o capacitate procesuală limitată, funcționând în paralel cu sistemul clasic de soluționare a disputelor internaționale. În scurt timp, datorită avantajelor nete prezentate de ISDS, această clauză a devenit standard în toate tratatele bilaterale de investiții, iar în prezent majoritatea celor aproximativ 3000 de acorduri la nivel global prevăd arbitrajul între investitori și state ca metodă preferată, fie prin utilizarea ICSID, fie prin recursul la regulile UNCITRAL⁸.

C. Necesitatea ISDS: Considerații tehnice și strategice

În condițiile în care mare parte a criticilor contemporani ai ISDS văd acest mecanism ca intrinsec discriminatoriu și injust, există riscul de a de-contextualiza istoric și pragmatic arbitrajul de investiții, uitându-se considerațiile presante care au dus la adoptarea sa și care ar rămâne fără o reală soluție în absența ISDS. Mai precis, necesitatea tehnică a ISDS poate fi analizată pe mai multe paliere: (a) interesul investitorilor; (b) interesul statelor; (c) coerența regimului global de investiții.

⁶ Primul BIT a fost semnat în 1959: Germany–Pakistan BIT, 25 November 1959, 457 UNTS 23.

⁷ Andrew P. Newcombe și Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Aalphen aan den Rijn, 2009, pp. 44 et seq.

⁸ Regulile elaborate de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ca reguli „standard”, un set de reguli procedurale oferite ca model autoritativ pentru domeniul arbitrajului.

(A) În primul sens, se poate observa că pentru investitorii abuzați de statul-gazdă era aproape imposibil să obțină vreun remediu pe cele două căi clasice. Instanțele naționale (o soluție mult-apreciată de criticii actuali) ale unui stat abuziv erau deseori părtinitoare, alteori foarte sensibile la argumentele ori influența politică a guvernului. Mai mult, judecătorilor naționali le este – în multe țări – imposibil să judece însăși măsurile legislative ale statului, fiind ținuti să aplice legea autohtonă chiar și atunci când ea e o sursă de injustiție pentru investitorii străini. În plus, posibilitatea investitorului străin de a se adresa instanțelor statului-gazdă era cu atât mai mai paradoxală cu cât – în unele cazuri – însăși instanțele naționale sunt cele care săvârșesc abuzul față de investitor⁹.

Pe de altă parte, recursul la protecția diplomatică a statului de origine era deseori chiar mai problematic.¹⁰ După cum s-a subliniat într-unul dintre celebrele cazuri judecate pe modelul SSDS, *Barcelona Traction*, „Statul trebuie privit [în acest tip de litigiu] ca singurul apt să judece dacă protecția sa va fi acordată [investitorului], în ce măsură va fi acordată și când va înceta. El menține în acest circumstanțe o putere discreționară a cărei exercitare va fi determinată de considerații de natură politică ori de altă natură, fără legătură cu cazul respectiv.”¹¹

Niciuna dintre aceste metode nu a putut fi utilizată pe scară largă de investitorii vătămați, fapt ce deseori s-a tradus printr-o excesivă prudență în alegerea locurilor pentru viitoare afaceri, lipsindu-i atât pe ei de oportunitatea unei dezvoltări globale, cât și pe statele sub-dezvoltate de fluxul de capital necesar.

(B) În ceea ce privește interesul statelor față de ISDS, acestea au achiesat cvasi-unanim la noul sistem din diverse considerente. Astfel, strategic vorbind, chiar și pentru entitățile suverane o bună cale de a evita conflicte diplomatice interminabile (cu posibile contra-măsuri și „represalii” financiare) a fost să lase întregul litigiu să se desfășoare direct între un stat și investitorul direct vătămat. În acest mod, aliniamentele geopolitice nu mai erau afectate de posibile dispute juridice, iar sfera economică devenea decuplată de problemele strategice mai ample.

Totodată, economic vorbind, pentru țările „importatoare de capital” exista interesul de a arăta investitorilor străini un grad crescut de predictibilitate și transparență prin adoptarea unei clauze ISDS care – în mod simbolic – garanta buna-credință a statului-gazdă în protejarea lor. Acest mecanism procedural oferea „o plasă de siguranță în cazul în care mijloacele primare disponibile în statul-gazdă eșuau să prevină ori să remedieze un abuz al puterii suverane”.¹²

⁹ A se vedea, de exemplu, cauza *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.

¹⁰ Pentru cele câteva cazuri de investiții ce au utilizat SSDS ca mecanism de soluționare a disputelor, a se vedea Giorgio Sacerdoti și Matilde Recanatì, „Approaches to Investment Protection outside of Specific International Investment Agreements and Investor-State Settlement”, în M. Bungenberg et al. (eds.), *International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

¹¹ *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd. (Belgium v Spain)*, Judgment, 5 February 1970, ICJ Reports (1970) 44.

¹² Steffen Hindelang, *Part II: Study on Investor-State Dispute Settlement ('ISDS') and Alternatives of Dispute Resolution in International Investment Law*, European Parliament, Directorate-General for External Policies, Policy Department, Study, 2014, p. 53.

În cealaltă parte, a statelor „exportatoare de capital”, exista preocuparea de a oferi propriilor investitori mijloace suficiente de a se apăra de abuzurile altor guverne, fără a fi nevoite să intervină de fiecare dată prin întreg arsenalul diplomatic și fără cheltuirea resurselor guvernamentale pentru protejarea intereselor private.

În ansamblu, toate entitățile suverane au preferat această metodă pentru a stimula fluxurile de capital în a se dispersa la nivel global, eliberate de constrângeri politice și strategice, fapt ce ar fi condus la posibilitatea de a face afaceri – și a profita economic – chiar și față de state care ideologic și militar făceau parte din blocuri de alianțe divergente.

(C) Totodată, din motive de coerență a regimului investițional internațional, exista necesitatea edificării unor foruri independente, cu reguli proprii și desprinse de intervenția directă a statelor, „într-un cadru care să balanseze cu grijă interesele și cerințele tuturor părților implicate și care să încerce în special să depolitizeze soluționarea disputelor investiționale”.¹³

De aceea, la momentul respectiv, ISDS a apărut ca singura soluție acceptabilă pentru convergența tuturor acestor scopuri și nevoi, bazându-se pe o serie de patru elemente care – după căderea Cortinei de Fier și globalizarea economică deplină – au conferit mecanismului o aură de eficiență și stabilitate: (1) dreptul direct al investitorului de a căuta să fie despăgubit, (2) influența limitată a statelor în cadrul procedurilor arbitrale, (3) inexistența unui sistem de apel/o revizuire foarte limitată a deciziilor arbitrale, (4) o recunoaștere și executare facilă a sentințelor din punct de vedere tehnic.¹⁴

Din acest punct de vedere, atât actorii instituționali, cât și cei civili au căzut de acord – chiar și în mod tacit – asupra ISDS ca modalitatea „cea mai puțin periculoasă” de a soluționa litigiile investiționale. Consensul – fragil și obținut prin aliniere ori *bandwagoning* – a funcționat și a permis regimului investițiilor să se dezvolte într-una din puținele povești de succes ale unui drept internațional din ce în ce mai haotic și desconsiderat ca mijloc de acțiune strategică.

D. Excurs: Scurt ghid structural în funcționarea ISDS

În principal, sistemul utilizat în litigiile investiționale este o formă hibridă între arbitrajul comercial clasic (între părți acționând în calitate privată) și arbitrajul inter-statal (între părți acționând în calitate de suverani). În sistemul ISDS actual, prima cerință este existența unei dispute juridice care să privească o „investiție”.

După îndeplinirea acestei cerințe, este necesar ca părțile implicate în dispută să fie un stat suveran, pe de-o parte, și un investitor străin, pe de altă parte (jurisdicția *ratione personae*). Deși subdiviziunile administrative (regiuni, landuri, gubernii etc.) pot fi părți cu acordului statului suveran, ele au jucat rareori vreun rol în astfel de litigii. Pe de altă parte, până recent – i.e. intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona – organizațiile supranaționale

¹³ Ibrahim F. Shihata, „Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA”, în *ICSID Review*, Volume 1, Number 1, Spring 1986, p. 4.

¹⁴ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 249.

nu puteau fi părți în astfel de litigii. De asemenea, în ceea ce privește investitorii străini, este necesar ca aceștia să fie persoane fizice ori companii ce acționează în calitate *privată*, fiind mereu vorba de o dinamică public-privat în cadrul ISDS.

Consimțământul este un alt element fundamental al arbitrajului de orice tip. De regulă, în cazul ISDS, acesta este oferit de statul pârât chiar în tratatul bilateral aplicabil, printr-un contract direct cu investitorul ori prin legislația națională privind investițiile străine. Pe de altă parte, de regulă, declanșarea procedurii arbitrale e independentă de alte proceduri în instanțele naționale (fiind la latitudinea statelor cum reglementează problema în BIT), fiind necesară doar scurgerea unei perioade de timp (câteva luni) în care părțile să încerce să își rezolve amiabil disputa. După acest moment, arbitrajul poate fi pornit oricând.

Primul pas realmente procesual – după depunerea unei cereri de arbitrare (*request for arbitration*) – este alegerea tribunalului. Precum în orice formă tradițională de arbitraj între companii private, părțile sunt libere să își numească fiecare separat câte un arbitru, urmând ca președintele tribunalului să fie ales de comun acord de către părți ori de către cei doi arbitri desemnați.¹⁵ Acest mod de constituire a tribunalului – deși criticat de unii oponenți ai ISDS – asigură o echilibrare a forului decident pe cale consensuală, neexistând riscul alegerii unui complet de judecată integral pro-investitor ori pro-stat, ci oferă părților (*ambelor părți*) șansa de a decide cât de competent și just e unul dintre arbitri.

Pe de altă parte, întreaga temporizare a procedurii – termenele, succesiunea evenimentelor, durata momentelor relevante – este stabilită de cele două părți, evitându-se situațiile neplăcute în care unul sau celălalt se află în imposibilitate de a se pregăti ori apăra datorită lipsei de resurse logistice ori materiale.

Decizia arbitrală finală se dă – în general – în mod unanim, acoperind toate problemele juridice invocate de părți și oferind un raționament amplu. Aceasta este finală și obligatorie pentru părți, neconstituindu-se totuși într-un precedent cvasi-judiciar precum în sistemele anglo-saxone de drept. În baza dreptului internațional public decizia poate oferi mai multe tipuri de remedii: restituire, compensare ori satisfacție.¹⁶ În realitate, însă, numai compensația pecuniară este des întâlnită, considerându-se că celelalte remedii – deși disponibile¹⁷ – sunt fie imposibil de executat forțat (restituirea în natură) ori insuficiente pentru a compensa pierderea (satisfacția declaratorie).

Costurile întregului proces sunt de regulă împărțite egal cu privire la administrarea cazului de către tribunal, iar propriile costuri cu avocații și experții financiari sunt acoperiți de fiecare parte separat. Chiar și în caz de câștig, partea victorioasă rareori primește acoperirea întregilor costuri de către cealaltă parte, precum în sistemele naționale.

În ceea ce privește contestarea deciziei, nu există o formă de apel propriu-zis, ci doar proceduri de anulare (pentru cazurile ICSID) în fața altui complet arbitral, ori de contestare în fața instanțelor naționale de la locul arbitrajului (pentru cazurile non-ICSID). Totuși, în

¹⁵ În cauzele administrate de foruri instituționalizate (precum ICSID, PCA, ICC ori SCC) există posibilitatea ca președintele tribunalului să fie numit de autoritatea de desemnare, în caz de dezacord între părți ori a unei stipulații exprese în acest sens.

¹⁶ International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, art. 34.

¹⁷ Christoph Schreuer, „Non-pecuniary Remedies in ICSID Arbitration”, în *Arbitration International*, Vol. 20, No.4, 2004, pp. 325-332.

această fază nu se poate intra din nou pe fond, existând doar o serie foarte limitată de motive procedurale ce pot fi invocate pentru anularea sentinței inițiale.

Așadar, cu foarte mici excepții, întregul cadru al arbitrajului este determinat în primă fază de statele ce au încheiat acordurile aplicabile, iar apoi – în fază litigioasă – procedura este hotărâtă consensual de cele două părți cu ajutorul tribunalului unde se ivesc neînțelegeri. De aceea, nu se poate afirma că vreo parte relevantă a procedurii iese de sub controlul entității suverane.

II. Dileme contemporane privind ISDS: deficiențe reale și imagine ale sistemului

De cele mai multe ori, dezbateră actuală din jurul ISDS pornește de poziții intransigent-ideologice pentru a se tempera în discuții moderat tehnice. Astfel, pe de-o parte există cei care supun criticii întregul sistem, considerându-l ilegal *ab initio* și în totalitate, iar pe de altă parte există cei care doresc ameliorarea și reformarea unor puncte specifice ale regimului ISDS, fără a cere abolirea sa.¹⁸

În expunerea de față, ne vom concentra în a răspunde acestora din urmă, tratând non-exhaustiv câteva dintre cele mai frecvente obiecții aduse sistemului. Deși multe elemente sunt realmente problematice și conduc în practică la blocaje instituționale și situații absurde, o serie de critici – după cum se va observa – pot fi formulate numai dacă întreg regimul e decontextualizat și se ignoră geneza sa instituțională ori consecințele eliminării unora dintre aparentele neajunsuri.

A. Cum sunt apărați cu adevărat investitorii: standarde și condiții ale protecției în Tratatul Bilateral de Investiții

Prima critică adusă, de regulă, întregului drept investițional ține de standardele de protecție a investitorului. Critica spune că acestea sunt atât de largi și ambigue, încât orice interpretare poate fi extrasă din textul acestora, favorizând interesul privat în dauna statelor. Mai mult, critica e extinsă arătând că statele devin „captivă” discreției unor tribunale asupra deciziei cărora nu mai pot exercita nici un control.

Înainte de a invoca încălcarea unui asemenea standard de protecție, un investitor străin trebuie să demonstreze o suită de chestiuni privind investiția sa, trecând prin ceea ce în literatura de specialitate se numește testul *Salini*.¹⁹ Mai precis, pentru a beneficia de protecția tratatului, investitorul trebuie să demonstreze că întreprinderea sa economică poate fi caracterizată prin suprapunerea a patru elemente: (a) să existe o contribuție în bunuri sau bani; (b) să existe o anumită durată rezonabilă a activității; (c) să existe un element de risc asumat; (d) să existe o contribuție la dezvoltarea economică a statului-gazdă. Astfel, sistemul de protecție va asigura beneficiile sale doar acelor investiții care sunt reale și aduc un aport la

¹⁸ Kaj Hobér, „Does Investment Arbitration have a Future?”, în M. Bungenberg et al. (eds.), *International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 1873 et seq.

economia statului-gazdă, dar și fluxului comercial internațional, evitându-se transformarea ISDS într-o formă de „cec în alb” pentru protejarea oricărei speculații financiare.

Realitatea este că singurul standard textual indeterminat este celebrul FET (*fair and equitable treatment*), obligația de a acorda un tratament just și echitabil investitorilor străini. Toate celelalte standarde de protecție au un conținut destul de limitat, fiind ușor de intuit în ce mod pot fi ele invocate de reclamânți. Istoric, exact acesta este și motivul pentru care standardul FET a ajuns să fie folosit *rezidual*: o ultimă plasă de siguranță, o umbrelă suficient de largă pentru a opri orice acțiuni abuzive ale statelor atunci când acestea sunt capabile să evite aplicarea celorlalte standarde restrictive, aparenta sa lipsă de precizie fiind „o virtute, iar nu un neajuns”.²⁰

În acest sens, largul și indeterminatul standard FET a ajuns să fie numit în doctrina de specialitate drept o reflectare a statului de drept în sfera dreptului internațional²¹, o limitare cvasi-constituțională la un nivel unde statele obișnuiesc să joace într-un mod nu tocmai ortodox. Efectiv, apariția standardului FET și a conținutului său indeterminat a permis atragerea răspunderii pentru acțiuni care au dus investitorii străini la faliment, însă care nu se calificau direct ca măsuri expropriatoare și ar fi rămas – astfel – nesancționate pecuniar.

În plus, nu trebuie ignorat că deși standardul este flexibil, el are niște repere normative foarte stabile privind obligațiile pe care le presupune, stabilite pe cale jurisprudențială. Mai precis, s-a arătat că un tratament just și echitabil ar presupune cinci categorii de obligații din partea statului gazdă: (a) de a fi vigilent și a proteja investitorul străin față de terți și de propriile organe; (b) de a acorda proceduri și procese judiciare echitabile, evitând denegarea de justiție; (c) de a evita măsurile arbitrare, nerezonabile și discriminatorii; (d) de a oferi transparență și un mediu economico-juridic stabil și predictibil;²² (e) de a proteja așteptările legitime ale investitorului care au fost induse – implicit sau explicit – de către statul-gazdă.²³

Așadar, statul nu va fi tras la răspundere decât dacă încalcă vreunul dintre aceste elemente, FET oferind investitorului o „asigurare” cvasi-constituțională împotriva riscului ca puterea politică să acționeze ilegitim. Asemenea limite pentru acțiunea statului există și aproape în toate sistemele de drept naționale din statele democratice, fiind necesară dublarea lor prin tratate internaționale în cazul în care statul își modifică *de facto* abordarea și supune investitorul străin unor alte reguli ori îl exclude de la protecția acordată propriilor cetățeni.

În plus, în ciuda tuturor obiecțiilor aduse că standardele largi ar fi în dezavantajul statelor, oprindu-le să mai legisleze suveran, practica diplomatică actuală demonstrează contrariul. Statele încă negociază BIT-uri care includ – inevitabil – standardul FET printre protecțiile acordate. Unii actori (precum SUA) au decis să îl limiteze la nivelul dreptului internațional cutumiar, alții să ofere mai mult conținut normativ (UE), însă nimeni nu l-a exclus din prevederile acordurilor încheiate.

²⁰ Christoph Schreuer, „The Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, în *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, No. 3, 2005, p. 365.

²¹ Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series).

²² Pentru aceste prime patru categorii și sursele lor jurisprudențiale, a se vedea Katia Yannaca-Small, „Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”, în August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 118 et seq.

²³ Rudolf Dolzer, „Fair and Equitable Treatment: Today's Contours”, în *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12, Issue 1, 2014, pp. 17 et seq.

B. Transparența și conflictul de interese

Următorul punct pe agenda criticilor din sistemul ISDS este lipsa generalizată de transparență, dublată de existența unui îngăduit conflict de interese. Într-adevăr, în această sferă există câteva probleme presante ce necesită reconsiderarea regulilor. Totuși, ceea ce mulți dintre oponenții ISDS tratează ca o problemă de „transparență” este chiar principiul confidențialității. Există reproșul că procedurile ar fi „secrete”, iar nimeni în afară de părți nu ar avea acces la dosar, deși problemele sunt de interes public.

În realitate, confidențialitatea e o trăsătură dezirabilă a sistemului atât pentru investitor, cât și pentru stat. Mai precis, cel dintâi are interesul ca date financiare detaliate dezvăluite să nu ajungă la cunoștința concurenților ori ca problemele întâlnite să nu ajungă în vizorul speculațiilor bursiere. Pe de altă parte, statele nu au interesul ca întreg arsenalul lor de măsuri administrative – decise ulterior ca legale ori ilegale – să constituie o „pată neagră” în lumea investițiilor internaționale.

Cu toate acestea, noile evoluții din domeniu tind să ducă în direcția unei confidențialități din ce în ce mai scăzute. Mai precis, noile reguli ICSID (2006) permit intervenția terților interesați în cadrul procedurii scrise și orale, conferindu-li-se uneori acces la întregul dosar. Nu doar agenții ale organizațiilor supranaționale (precum Comisia Europeană ori Organizația Mondială a Sănătății) au intervenit din poziția de *amicus curiae*, ci și părți ale societății civile (precum ONG-uri ori sindicate).

În plus, în 2014 au fost adoptate Regulile UNCITRAL privind Transparența²⁴ care au ajuns să constituie o normă de tip *soft law* implicit asumată de întreaga comunitate profesională a dreptului investițional. Mai mult, în practică, aproape toate deciziile arbitrale privind sfera investițiilor au fost publicate – chiar și în absența unui acord al părților, după cum cer regulile – fiind disponibile publicului larg, într-un mod mult mai facil decât chiar la bazele de date naționale privind hotărârile judecătorești. În ultimă instanță, cetățenii interesați au și posibilitatea de a cere dosarul cauzei propriului guvern, în baza liberului acces la informații de interes public, urmând aceleași proceduri naționale ca pentru orice alte date sensibile.

Totuși, o chestiune care rămâne presantă – și nerezolvată în prezent – e lipsa unor reguli privind conflictul de interese. În mod uzual, arbitrii din unele cazuri sunt avocați în altele, rolurile schimbându-se foarte des în interiorul acestei comunități profesionale închise și reduse numeric. De aceea, există riscul unor coliziuni de poziții care să se răsfrângă și asupra altor cauze. Simpla rotire a acelorași persoane de o parte și de alta a sălii de judecată riscă să transforme întregul sistem într-un elaborat joc de măști.

Una dintre cele mai la îndemână soluții este alegerea obligatorie a arbitrilor din rândul persoanelor care nu (mai) practică dreptul de pe poziția de avocat/consultant, oferind din ce în ce mai multe poziții în tribunal unor profesori recunoscuți în domeniu ori celor care au renunțat la munca anterioară în slujba părților. Există totuși necesitatea selectării unor persoane cu experiență practică amplă, întrucât complexitatea cauzelor poate pune în dificultate profesorii care au avut strict o activitate de cercetare.

²⁴ 2014 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration.

C. Justiția „privată” și „paralelă”

O altă critică – foarte des întâlnită – privește caracterul „privat” al întregului proces arbitral. În realitate, chestiunea tinde să fie o neînțelegere a naturii profunde a sistemului ISDS, un model hibrid de soluționare a litigiilor. Mai precis, acesta are mereu o parte ca entitate suverană, putere publică, și una ca investitor privat, procedurile arbitrale asemănându-se doar formal și tehnic cu cele comerciale, ele fiind – de fapt – un sistem *sui generis*, cu trăsături definitorii aparte.

Mai mult, trebuie menționat că majoritatea cazurilor investiționale sunt administrate de ICSID, instituție creată printr-o Convenție multilaterală semnată de 158 de state suverane (plus Kosovo) și subordonată administrativ Băncii Mondiale.²⁵ Regulile și logica ICSID au fost stabilite și conturate de către state, cele capabile oricând să le modifice în cazul în care nu servesc interesul public. Restul de cazuri investiționale sunt judecate în baza regulilor UNCITRAL, administrate cvasi-unanim de Curtea Permanentă de Arbitraj de la Haga (o instituție cu tradiție de peste un secol) ori Curtea de Arbitraj a Camerei de Comerț din Stockholm (cazurile privind state ex-sovietice).

În cazurile ICSID, toate calendarele procedurale sunt publice, precum și părțile și natura litigiilor, orice terț interesat putând urmări în timp real faza în care litigiul se află, precum și sumare scurte despre conținutul său. Așadar, date fiind aceste structuri instituționale din spatele fiecărui arbitraj ISDS, se poate susține cu greu că natura sa ar fi una pur „privată”, angrenând într-un mod „obscur” tribunale ce se întrunesc în mod obscur.

În ceea ce privește argumentul justiției „paralele”, criticii ISDS au realitatea de partea lor. Acest mecanism de soluționare a litigiilor este unul autonom și autarhic, fiind izolat de orice alt sistem judiciar național și supranațional, precum și de alte instanțe de drept internațional public. „Paralelismul” său a fost însă deliberat și perceput mereu ca un *avantaj*, iar nu ca o slăbiciune, ca un element suplimentar de legitimitate, iar nu ca o scăpare.

Arhitecții ISDS au văzut exact necesitatea existenței unor foruri separate, izolate de orice influență normativă statală, nici un alt stat nedorind ca celălalt să afecteze drepturile investitorilor săi ori să îi vadă pe aceștia blocați în interminabile proceduri interne asupra cărora statul-gazdă deține deseori controlul. Realitatea „paralelă” a sistemului ISDS garantează tocmai accesul direct – și relativ facil – al unui investitor la un mecanism cu reguli obiective și care pot fi suplimentate numai prin acordul părților, un for neconstrâns să aplice legile substanțiale și procedurale ale unui suveran ori altuia.

D. Inegalitatea dintre investitorii locali și cei străini

Următoarea linie a criticii anti-ISDS este perceputa sa inegalitate de tratament, arătându-se că o anumită categorie de investitori (străini) au un acces privilegiat la justiție. Astfel, se consideră că investitorii naționali nu beneficiază de aceleași garanții și nu sunt

²⁵ A se vedea raportul UNCTAD, *World Investment Report – 2014*, United Nations, New York & Geneva, p. 125.

protejați de riscul politic. Acest reproș însă tinde să fie un simplu sofism, o critică de tipul „capra vecinului”: problema nu e că statul-gazdă nu oferă un sistem efectiv de protejare a propriilor investitori, ci că alți investitori pot „scăpa” de acțiunile sale abuzive. Toți investitorii – după această linie de argumentație – ar trebui să fie egali în suferință, iar falimentul să fie în orizontul tuturor.

Conceptual vorbind, totuși, egalitatea și tratamentul identic pot exista doar în cazuri identice ori – măcar – similare. Între investitorii naționali și cei străini, diferențierile sunt ontologice. Cei naționali – cetățeni ai statului-gazdă – cunosc toate condițiile pieței în care își dezvoltă afacerea, întregul risc juridic și politic asumat implicit, iar capitalul utilizat face deja parte din fluxul intern al țării respective. Pe de altă parte, investitorii străini – deși obligați la diligență – nu au niciodată un nivel similar de cunoaștere al pieței și riscurilor ei. În plus, aceștia sunt mereu încurajați și atrași prin promisiuni și reprezentări ale oportunităților investiționale de către însuși statul-gazdă ce dorește un influx suplimentar de capital extern.

Fără garanții suplimentare și posibilitatea ulterioară a unui litigiu într-un for internațional și autonom pentru a-și recupera pierderile, există o prudență mult mai sporită a investitorilor străini în a risca sume importante pentru dezvoltarea în piețe volatile. Așadar, nu se poate discuta despre o „inegalitate” între cele două categorii (ele nefiind identice), ci mai degrabă de o „diferențiere” de tratament, date fiind circumstanțele excepționale ale investițiilor străine și dezirabilitatea lor pentru statul-gazdă.

E. Finalitatea deciziilor și lipsa unui mecanism de apel

Nu în ultimul rând, deseori se subliniază caracterul final al deciziilor arbitrale și imposibilitatea de a reveni asupra lor în caz de eroare a tribunalului. Într-adevăr, acest element al arbitrajului comercial (dar și inter-statal) a fost păstrat în sistemul ISDS, din considerente pur practice. Mai precis, în timp ce investitorul privat dorește o procedură rapidă care să îi clarifice în timp scurt poziția față de statul-gazdă și dacă mai are rost să mențină riscul unei activități pe teritoriul său, entitatea suverană este interesată în a nu prelungi expunerea la un litigiu ce îi poate dăuna reputației ca beneficiar de investiții străine directe. Pentru ambii, certitudinea (dobândită cu celeritate și irevocabil) este elementul cel mai important. Certitudinea de a investi în continuare și certitudinea de a atrage alți investitori.

Totuși, o asemenea finalitate nu este *absolută*. Pentru cazurile ICSID există procedurile de anulare, în timp ce pentru celelalte există posibilitatea contestării deciziei în fața instanțelor naționale de la locul arbitrajului. Verificarea deciziei este însă extrem de limitată, la chestiuni tehnice și procedurale, existând foarte puține cazuri în care sentințele au fost anulate total.

În acest punct, oponenții sistemului ISDS ridică o problemă reală și deosebit de spinoasă. Date fiind mizele extrem de mari ale unor astfel de litigii (compensații foarte oneroase, măsuri legislative contestate ori politici publice sancționate), precum și resursele foarte mari investite pentru bunul lor mers, e riscant a se lăsa întreaga decizie la îndemâna unui singur rând de decidenți, fără șansa verificării sentinței. Dorința de certitudine a părților nu poate cântări mai mult decât interesul general al sistemului de a asigura decizii juste.

III. TTIP și noua viziune europeană asupra ligitiilor investiționale

În urma amplelor dezbateri din timpul negocierilor TTIP, Comisia Europeană s-a văzut pusă în ipostaza de a fi lipsită de susținere publică în rândul societății civile – de regulă atât de aliniată la interesele comunitare –, dar și atenționată de Parlament cu privire la rezultatul dezirabil pentru un acord general al instituțiilor Uniunii.²⁶ Chestiunea oportunității ori reformării ISDS a devenit principalul element de adversitate, depășind temerile cu privire la organisme modificare genetic, standarde de protecție a consumatorului ori drepturile de proprietate intelectuală în industria farmaceutică.

După o amplă consultare publică în 2014, Comisia a fost nevoită să își reconsidere poziția inițială. Mai precis, cu un an înainte, statele-membre conferiseră acesteia – în unanimitate – mandatul de a negocia includerea unei clauze ISDS (relativ clasică) în viitorul Acord Transatlantic. Intensele critici și rezultatul concludent al consultării publice, au forțat mâna Comisiei (DG Trade) să folosească o nouă abordare decât în celelalte două acorduri contemporane (CETA și EUFSTA, cu Canada și Singapore), unde clauzele ISDS nu au suferit modificări inovatoare.

Mai precis, după o serie de pași pregătitori în care Comisia și-a dezvoltat conceptual viitoarea strategie investițională²⁷, în Septembrie 2015 a venit cu o propunere radicală privind capitolul de investiții (în general) și sub-capitolul ISDS (în special).²⁸ În mod cert, noul document de negociere a surprins partea nord-americană, denunțându-se – destul de neechivoc – arbitrajul internațional de tip *ad hoc* și militând pentru stabilirea unei Curți permanente cu jurisdicție asupra acestor dispute, în răspăr cu cele stabilite inițial între partenerii transatlantici.

A. Reconfigurarea standardelor de protecție

Procesul de conferire a unui conținut normativ strict standardelor de protecție începuse deja prin EUFSTA și CETA. Totuși, TTIP duce acest demers cu un pas mai departe. În contextul în care funcționarea sistemului de soluționare a litigiilor depinde în mod direct de maniera în care standardele sunt conturate, propunerea Comisiei vizează mai ales exprimarea unor moduri clare de interpretare a tratamentului just și echitabil, arătând că o încălcare a FET poate apărea doar dacă o anumită conduită reprezintă: (a) o denegare de justiție; (b) o încălcare fundamentală a dreptului la un proces echitabil; (c) o măsură de o arbitraritate manifestă; (d) o măsură discriminatorie; (e) hărțuire, coerciție, abuz de putere ori o conduită similiară de rea-credință.²⁹

În plus, standardul unei depline protecții și securități este restrâns normativ la elemente privind abuzuri de natură materială, fizică, nefiind permisă extinderea lui – precum

²⁶ European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

²⁷ European Commission, *Concept Paper - Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, 5 May 2015.

²⁸ European Commission, *Press Release - Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations*, 16 September 2015, comunicat de presă acompaniat de textul unui draft al capitolului de investiții pentru TTIP.

²⁹ A se vedea art. 3(2) al Secțiunii 2 din capitolul de investiții al TTIP.

în practica arbitrală – la măsuri de tip juridic ori economic.³⁰ Astfel, spre diferență de jurisprudența din cauza *CME v. Czech Republic*³¹ (unde tribunalul a arătat că statul nu trebuie prin măsuri legislative ori administrative să reducă nivelul de protecție promis investitorului) ori *CSOB v. Slovak Republic*³² (unde tribunalul a susținut că până și interpretarea termenilor contractualului într-un anumit mod poate constitui o încălcare a tratatului), propunerea Comisiei pentru TTIP restrânge acest standard la un minimum rezonabil, imposibil de interpretat expansiv.

Exproprierea, la fel ca în CETA, este abordată dual – ca directă și indirectă – însă forma ei indirectă este puternic limitată pentru a exclude răspunderea statelor în această manieră pentru diverse măsuri luate – ori pretins a fi luate – în interes public.³³

B. Echilibrarea interesului public și a protejării investițiilor

Propunerea Comisiei este inovativă prin insistența pusă asupra dreptului statelor de a reglementa, excluzând formal și pozitiv orice sancționare a statului pentru măsurile care au vătămat un investitor dacă acestea pot fi justificate în baza interesului public.³⁴ După cum s-a sugerat de experții în domeniu, marea diferență față de practica internațională actuală (de pildă noile BIT-uri încheiate de SUA, în baza modelului 2012), este conturarea acestei „imunități” printr-o regulă explicită, iar nu printr-o simplă excepție (care ar fi fost de strictă și limitată interpretare).³⁵

O altă barieră pusă în atragerea răspunderii statelor constă în interdicția tribunalului de a reține o încălcare a tratatului dacă măsura vătămătoare a statului se datorează neacordării, întreruperii, retragerii ori recuperării unui ajutor de stat conferit anterior investitorului. În plus, dacă întreruperea ori recuperarea a fost ordonată de un organ competent (pentru UE: Comisia sau o curte națională), statul nu va putea fi obligat în nici un caz la oferirea unei compensații pentru investitor.³⁶

Ceea ce e paradoxal – și aparent inacceptabil pentru partea nord-americană – e posibilitatea ca un organ al celeilalte părți să poată determina *post hoc* și unilateral ce se înțelege prin ajutor de stat, cerând rambursarea unei sume care să poată falimenta investitorul. O astfel de clauză ar duce la situația în care Comisia ar putea decide – prin calificarea ca ajutor de stat – soarta investitorilor nord-americani, fără a se putea cere compensații.

C. Limitări ale discreției tribunalului investițional

³⁰ A se vedea art. 3(5) al Secțiunii 2 din capitolul de investiții al TTIP.

³¹ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para. 613.

³² *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Award, 29 December 2004, para. 170.

³³ A se vedea art. 3 al Anexei I, Secțiunea 2 din capitolul de investiții al TTIP.

³⁴ A se vedea art. 2(1) al Secțiunii 2 din capitolul de investiții al TTIP.

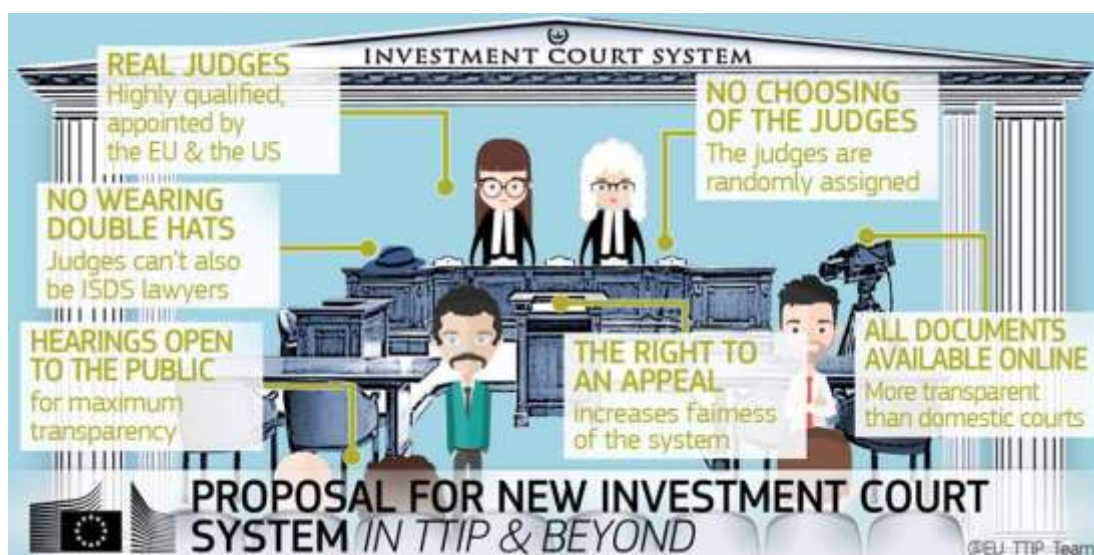
³⁵ Catharine Titi, „The European Commission’s Approach to the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Investment Standards and International Investment Court System”, în *Transnational Dispute Management*, September 2015 (provisional), p. 5.

³⁶ A se vedea art. 2(3)-(4) ale Secțiunii 2 din capitolul de investiții al TTIP.

Dacă o mare parte a criticii s-a axat împotriva prea marii „discreții” a tribunalelor în deciderea spețelor, acestea mergând deseori dincolo de ceea ce părțile la tratat au dorit să protejeze de comun acord, propunerea Comisiei vine să adreseze această problemă în câteva moduri. O asemenea abordare este de înțeles în contextul unei cât mai pronunțate pozitivități la nivel internațional, dorindu-se evitarea transformării litigiilor cu caracter public (ori hibrid) în judecăți *ex aequo et bono*.

Mai întâi, în caz de neînțelegeri privind înțelesul unei prevederi referitoare la protecția investițiilor, un Comitet format din reprezentanți guvernamentali ai celor două entități suverane, poate emite decizii interpretative obligatorii, cu aplicare asupra cauzelor judecate.³⁷ Experiența nord-americană în domeniu (în baza Acordului NAFTA) a demonstrat eficiența unor asemenea mecanisme, însă nu s-a dovedit a fi neapărat cea mai fericită din punct de vedere al creșterii predictibilității.³⁸ Utilizarea puterii interpretative de către însăși o parte implicată în câteva procese pendinte, riscă atragerea unor consecințe nefaste, modificând regulile jocului din mers, fără ca investitorul ori alte părți interesate să poată interveni în orice mod.

D. Judecători, nu arbitri: *Investment Court System*



Elementul cel mai radical al propunerii Comisiei este – bineînțeles – planul unui nou mecanism de soluționare a litigiilor investiționale. Dorindu-se a fi o despărțire de „vechiul model ISDS”³⁹, Sistemul Curții de Investiții (*Investment Court System*, ICS) menține posibilitatea accesului liber al investitorului în fața unui for autonom și independent în care să se judece cu o entitate suverană. În acest sens, el nu e ceva diferit de ISDS, ci doar o formă diferită a acestuia prin noile modalități de constituire a tribunalului.

³⁷ A se vedea art. 13(5) al Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

³⁸ Mai pe larg, a se vedea Gabrielle Kaufmann-Kohler, „Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law”, în E. Gaillard și F. Bachand (eds.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Juris Publishing, Huntington, pp. 175–194.

³⁹ Cecilia Malmström, „Proposing an Investment Court System”, 16 September 2015.

Mai precis, în propunerea Comisiei nu se mai discută despre „arbitri”, ci despre „judecători” integrați într-o curte cvasi-permanentă. Aceștia nu sunt aleși de părți – precum în ISDS clasic – ci fac parte dintr-un Tribunal de Primă Instanță ai cărui 15 membri inițiali sunt aleși de către UE și SUA după următorul algoritm: 5 judecători cetățeni ai UE, 5 judecători cetățeni ai SUA, iar 5 judecători cetățeni ai unor state terțe. Fiecare caz va fi adus în fața a trei judecători (câte unul din fiecare categorie de mai sus), numiți prin rotație de către președintele Tribunalului.⁴⁰

În principal, aceste prevederi sunt menite să asigure un standard mai crescut de independență și imparțialitate a decidenților, însă există riscul implicit ca – într-un domeniu atât de polarizat – să fie aleși numai judecători cu o orientare pro-stat, având în vedere algoritmul lor de desemnare (exclusiv din partea suveranilor). Pe de altă parte, o chestiune de independență simbolică rămâne suspendată: chiar dacă Tribunalul are o structură izolată de lumea arbitrilor/avocaților ISDS, instituțiile abilitate cu chestiuni administrative și logistice rămân ICSID ori PCA.⁴¹

E. Transparență și etică

Totodată, răspunzând spinoaselor probleme privind transparența procedurilor și standardele etice aplicabile judecătorilor, Comisia urmează politica mai veche a Uniunii, susținând prin tratat obligativitatea regulilor UNCITRAL privind Transparența.⁴² Mai mult, toate documentele scrise din dosar vor fi disponibile public, precum și depunerile terților interesați, asigurând un acces direct societății civile și altor organisme internaționale la desfășurarea procedurilor și evitându-se acuza unor cauze „secrete”.

Pe de altă parte, standardele etice aplicabile judecătorilor sunt ridicate și detaliate – într-un Cod de Conduită⁴³ –, fiind necesar ca independența lor să fie „dincolo de orice dubiu” și să nu fie afiliați niciunui guvern sau organizație ce are legătură cu chestiunile ridicate în cazul respectiv. În plus, aceștia sunt opriți de la a mai reprezenta orice parte în cazuri investiționale din baza acestui Acord ori a altui BIT.

În ansamblu, se poate afirma că aceste completări ale sistemului sunt persistând de mult timp serioase dubii cu privire la oportunitatea dublului rol al unor specialiști. Totodată, dorința de a crește transparența se înscrie în tendința generală – prezentă deja în lumea arbitrajului investițional – după ce chiar și ICSID-ul a acționat în acest sens, iar sub egida UNCITRAL s-au aprobat noile reguli utilizate chiar de Comisie.

F. Spre o instanță de apel

Fără nici un dubiu, dincolo de caracterul inovator al Sistemului unei Curți de Investiții în general, posibilitatea unui apel propriu-zis este elementul specific cel mai neașteptat al propunerii Comisiei. Din dorința de a asigura o coerență mai mare a sistemului în general, evitând decizii și interpretări juridice contradictorii, precum și din necesitatea asigurării unui

⁴⁰ A se vedea art. 9(1)-(6) ale Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

⁴¹ A se vedea art. 16 al Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

⁴² 2014 UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration.

⁴³ A se vedea Anexa II, Secțiunea 3 din capitolul de investiții al TTIP.

mod de a răsturna o decizie injustă în condițiile unor mize financiare și politice atât de ample, Comisia a inaugurat un nou episod în dreptul investițional, propunând un Tribunal de Apel.

În mod concret, Tribunalul de Apel⁴⁴ este format din șase membri permanenți, al căror algoritm de numire este similar cu cel al judecătorilor din Tribunalul de Primă Instanță: doi judecători cetățeni UE, doi ai SUA și doi ai statelor terțe. Fiecare caz – la fel – va fi supus atenției unui complet de trei judecători ce sunt obligați să decidă cu celeritate asupra sa, fără a depăși 180 de zile ori – în cele mai complicate situații – 270 de zile.⁴⁵

Spre diferență de sistemul ISDS clasic (fie sub egida ICSID, fie în baza regulilor UNCITRAL) motivele de a reanaliza o decizie inițială sunt mult mai ample, extinzându-se și asupra fondului. Mai precis, (a) că Tribunalul a decis eronat cu privire la interpretarea sau aplicarea legii aplicabile; (b) că Tribunalului a decis greșit în mod manifest cu privire la aprecierea faptelor, inclusiv cu privire la aprecierea legii naționale relevante; (c) ori intervine unul dintre motivele „clasice” din art. 52 al Convenției ICSID.⁴⁶

Astfel, dacă motivul (c) nu e deloc inovativ, cele de la punctele (a) și (b) modifică structural sistemul litigiilor investiționale. Până acum doar neaplicarea *per se* a legii aplicabile constituia motiv de anulare, o simplă eroare – chiar și grosolană – nefiind considerată suficientă pentru a permite alterarea caracterului final al deciziei. Pe de altă parte, erorile de fapt nu au putut fi niciodată invocate, în nici un mod, fondul cauzei rămânând intangibil.

Deși majoritatea utilizatorilor sistemului ISDS clasic – investitori și state deopotrivă – se declaraseră mulțumiți de mecanismele existente de anulare (limitate la chestiuni tehnice și procedurale), acest element al propunerii Comisiei poate deveni cu adevărat salutar în anumite condiții. Mai precis, dacă cerințele celerității procedurilor sunt respectate, iar membrii Tribunalului de Apel își utilizează prerogativele într-o manieră auto-restrictivă, există șansa reală a emulării succesului înregistrat de WTO Appellate Body (model menționat și de Comisie).

Totuși, probleme de suprapunere a puterilor (și a voințelor) pot apărea între acest Tribunal și Comitetul însărcinat cu emiterea de interpretări obligatorii. Ambele au sarcina asigurării coerenței sistemului, însă mijloace distincte la îndemână. Dacă cele două organisme pot conlucra – evitând incongruențe politico-juridice –, temerara propunere a Sistemului unei Curți Investiționale are toate șansele să ducă dreptul investițiilor cu un pas mai departe. Pe de altă parte, dat fiind numărul crescut de actori instituționali implicați, există mereu riscul unor blocaje sistemice ce se pot extinde în mod indefinit.

IV. Spre ce fel de clauză de îndreptăm în TTIP?

În circumstanțele negocierii TTIP, regimul litigiilor investiționale pare a fi în afara oricărui consens. Atât la nivel orizontal – între actori (supra)statali de același calibru –, cât și la nivel vertical – între decidenții instituționali și societatea civilă națională ori transnațională – pozițiile profesate par a fi nu doar divergente, ci de-a dreptul ireconciliabile. Astfel, statele-

⁴⁴ A se vedea art. 10 al Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

⁴⁵ A se vedea art. 29(3) al Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

⁴⁶ A se vedea art. 29(1) al Secțiunii 3 din capitolul de investiții al TTIP.

membre, polii comunitari de putere, mediile de afaceri, ONG-urile, sindicatele și lumea academică dezvoltă perspective aflate dincolo de orice posibilitate a unui *consens*.

Cu toate acestea, perspectivele soluționării dilemei par a veni din sfera unor necesități pragmatice și strategice destul de brute, iar nu din atingerea unei situații ideale de compromis. Mai precis, semnarea recentă a Acordului Transpacific (TPP) de către SUA cu includerea unei clauze ISDS destul de clasice, va forța mâna Uniunii Europene în a se grăbi cu terminarea negocierilor TTIP cât mai curând, din dorința de a nu se crea decalaje economice între cele două zone de interes (Pacific și Atlantic) ale partenerului nord-american.

Problema clauzei ISDS – realmente destul de marginală în arhitectura unui Acord atât de complex – va putea găsi doar unul dintre următoarele răspunsuri: (a) varianta cea mai conservator-realistă, i.e. menținerea unei clauze ISDS *arbitrale* ușor reformată, care e opțiunea SUA din ultima perioadă (inclusiv în TPP); (b) varianta cea mai optimistă, i.e. acceptarea modelului propus de Comisie (Investment Court System) cu acceptarea unor modificări ample ale status-quo-ului din partea SUA.

Chiar dacă propunerea Comisiei ar fi una optimă – în cea mai bună din lumile posibile – riscul major e ca partenerul nord-american să nu ia deloc în considerare o inovație destul de tardivă asupra căreia nu a existat nici o înțelegere în timpul negocierilor. Mai mult, dezechilibrul între mecanismele de soluționare a litigiilor oferit partenerilor din zona Pacificului și celor din zona Atlanticului s-ar putea să fie imposibil de gestionat de către Statele Unite. La fel, ar fi extrem de greu de sincronizat regimurile existente și în portofoliul Uniunii, în condițiile în care pentru relația cu Singapore (EUSFTA) și Canada (CETA), Comisia a oferit o clauză ISDS arbitrală reformată.

Pentru viitorul apropiat, deși consensul public este *iremediabil* pierdut, iar o întreagă pleiadă de *stakeholders* în acest domeniu e angrenată în găsirea unui nou model, ISDS este modul predilect în care majoritatea litigiilor de investiții vor fi soluționate (în baza TPP, EUSFTA, CETA, Energy Charter Treaty, mii de BIT-uri încă în vigoare, inclusiv între state membre ale UE). Inerțial sau nu, acest mecanism nu va înceta în a fi utilizat pe scară largă, întrucât nici un alt sistem „mai puțin prost” nu a întrunit un nou acord general.

Între un consens deja *pierdut* – cu rezultate viciate, dar previzibile – și un consens încă *negăsit* – cu rezultate ideale, dar neproiectate – lumea tinde să favorizeze în mod pragmatic modelele ce oferă garanția funcționalității. Depinde numai de Uniunea Europeană să convingă în mod eficient că beneficiile sistemului propus ar contra-balansa riscurile renunțării la siguranța oferită de un sistem încercat.