

Avizul Comitetului Economic și Social European privind protecția investitorilor și soluționarea litigiilor dintre investitori și stat în acordurile comerciale și de investiții ale UE cu țările terțe

(2015/C 332/06)

Raportor: domnul Sandy BOYLE

În sesiunea plenară din 10 iulie 2014, în conformitate cu articolul 29 alineatul (2) din Regulamentul de procedură, Comitetul Economic și Social European a hotărât să elaboreze un aviz din proprie inițiativă pe tema

Protecția investitorilor și soluționarea litigiilor dintre investitori și stat în acordurile comerciale și de investiții ale UE cu țările terțe.

Secțiunea pentru relații externe, însărcinată cu pregătirea lucrărilor Comitetului pe această temă, și-a adoptat avizul la 28 aprilie 2015.

În cea de a 508-a sesiune plenară, care a avut loc la 27 și 28 mai 2015 (ședința din 27 mai), Comitetul Economic și Social European a adoptat prezentul aviz cu 199 de voturi pentru, 55 de voturi împotriva și 30 de abțineri.

Glosar al abrevierilor folosite în prezentul aviz

ABI – Acord bilateral de investiții

AII – Acord internațional de investiții

ALS – Acordurile de liber schimb

CETA – Acord economic și comercial cuprinzător (*Comprehensive Economic Trade Agreement*) (Canada)

CDF – Carta drepturilor fundamentale

CE – Comisia Europeană

CJUE – Curtea de Justiție a Uniunii Europene

CTA – Consiliul transatlantic de afaceri (*Transatlantic Business Council*)

ECHR – Convenția europeană a drepturilor omului (*European Convention on Human Rights*)

IMM – întreprinderi mici și mijlocii

ISD – investițiile străine directe

ICSID – Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții

INTA – Comisia pentru comerț internațional a Parlamentului European

LSE – London School of Economics

ISDS – soluționare a litigiilor dintre investitori și stat

NAFTA – Acordul Nord-American de Liber-Schimb (*North American Free Trade Agreement*)

OCDE – Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică

OMC – DSP – Procedura de soluționare a litigiilor a Organizației Mondiale a Comerțului

OSC – organizație a societății civile

PE – Parlamentul European

PI – protecția investitorilor

SC – societatea civilă

SM – statele membre UE

TCE – Tratatul privind Carta energiei

TUE – Tratatul privind Uniunea Europeană

TFUE – Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene

TTIP – Parteneriatul transatlantic pentru comerț și investiții

UE – Uniunea Europeană

UNCITRAL – Comisia Organizației Națiunilor Unite pentru Drept Comercial Internațional

UNCTAD – Conferința Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare

1. Concluzii și recomandări

Concluzii

1.1 ISD constituie o contribuție importantă la creșterea economică, iar investitorii străini trebuie să fie protejați de exproprierea directă, să nu sufere din pricina discriminării și să aibă drepturi echivalente cu investitorii interni.

1.2 Dreptul unui stat de a reglementa în interes public este esențial și nu trebuie să fie subminat de dispozițiile niciunui AII. Este esențială o clauză lipsită de ambiguități care să afirme orizontal acest drept.

1.3 ISDS nu trebuie să ridice statutul capitalului transnațional la rangul celui al unui stat suveran sau să le permită investitorilor străini să pună în discuție dreptul guvernelor de a reglementa și a stabili afacerile interne.

1.4 De-a lungul timpului recurgerea la ISDS a dat naștere la o serie de abuzuri, care acum trebuie remediate. Printre deficiențele sistematice decurgând din utilizarea ISDS se numără opacitatea, lipsa unor norme clare de arbitraj, lipsa unor căi de atac, discriminarea față de investitorii naționali care nu pot utiliza sistemul, temerea că sunt protejate investițiile pur speculative, care – printre altele – nu duc la crearea de locuri de muncă, și teama că firmele specializate de avocatură profită de sistem, exploatându-l. În prezent, obiectivul este de a propune o procedură alternativă de soluționare a litigiilor, în interesul reconcilierii cererilor legitime ale investitorilor cu preocupările societății civile care rezultă din aceste percepții negative legate de ISDS.

Consultarea desfășurată de CE privind ISDS în cadrul TTIP a evidențiat o diviziune clară între opiniile comunității de afaceri, în general, și cele ale mării majorități a contribuțiilor venite din partea restului SC.

1.5 Există preocupări cu privire la competențele acordate unui grup de trei juriști privați de a tranșa și a lua decizii cu caracter obligatoriu în domeniul de interes public fundamental. În ciuda faptului că Comisia Națiunilor Unite pentru Drept Comercial Internațional (UNCITRAL) a adoptat noi reguli cu privire la transparență, există încă preocupări că o bună parte din sistemul actual este lipsit de transparență și nu dispune de drept de apel.

1.6 S-a ajuns foarte departe plecându-se de la conceptul inițial aflat baza ISDS. Aceasta a devenit o nișă extrem de profitabilă pentru un număr limitat de firme specializate în dreptul investițiilor, care domină piața.

1.7 Anumite firme de avocatură specializate promovează în prezent ISDS ca reprezentând un instrument important de limitare a priori a riscurilor pentru demararea investițiilor. În unele cazuri mediatizate, acesta a devenit un instrument de lobby cu ajutorul căruia însăși amenințarea apariției unui litigiu creează o teamă de reglementare care-i împiedică pe legiuitorii să urmărească politici legitime de interes public. Există, de asemenea, preocupări privind faptul că mecanismul a atras investiții speculative din partea fondurilor de hedging etc.

1.8 Diverse interpretări liberale cu privire la ce constituie expropriere au generat preocupări tot mai accentuate cu privire la faptul că contribuabilii sunt obligați să plătească compensații pentru politicile de interes public care, așa cum se afirmă, ar limita profiturile.

1.9 Acordul UE-Canada (CETA), semnat la sfârșitul anului 2014, și capitolul separat privind investițiile adăugat la Acordul de liber schimb (ALS) UE-Singapore sunt primele capitole privind investițiile negociate de UE începând cu 2009, de când UE a dobândit competențe în materie de investiții, în temeiul Tratatului de la Lisabona. Deși aceste capitole urmăresc să aducă îmbunătățiri sistemului actual ISDS, precum și să elaboreze ceea ce CE a pretins că va fi un nou model „de vârf” de ISDS pentru UE, ele nu reușesc nici pe departe să liniștească temerile publicului. Modelele folosite în acordul cu Singapore și în CETA nu sunt identice și, în opinia multora, ISDS rămâne un proces dezechilibrat și extrem de costisitor, cu efect de limitare a democrației, lipsit de drept de apel și care pune în primejdie dreptul unui guvern de a reglementa, asigurându-le investitorilor străini drepturi care le depășesc pe cele consacrate în constituțiile naționale și care sunt mai mari decât cele de care beneficiază investitorii interni. CESE observă cu îngrijorare că textul CETA privind ISDS constituie în prezent baza de negociere a ALS UE-Japonia.

1.10 Schimbul de roluri dintre arbitri și avocații părților constituie un conflict de interese evident, pe care CETA nu reușește să-l soluționeze. Acest lucru reafirmă opinia conform căreia ISDS nu este o metodă echitabilă, independentă sau echilibrată de soluționare a litigiilor în domeniul investițiilor.

1.11 CESE salută exercițiul de consultare publică pe tema ISDS în Acordul TTIP. Spre deosebire de cazul CETA, acest demers a făcut ca negocierile pentru TTIP să fie mai transparente și instituie un precedent important, despre care Comitetul crede cu fermitate că trebuie urmat în toate negocierile de acorduri comerciale viitoare. Răspunsul CE a fost de a identifica patru domenii care merită o reflecție mai aprofundată; CESE nu consideră că aceasta este o listă întru totul cuprinzătoare, însă a furnizat o contribuție detaliată cu privire la aceste subiecte specifice în capitolele 7-10 ale prezentului aviz.

1.12 De asemenea, Comitetul salută obiectivul eliminării „acțiunilor în justiție neserioase” din orice mecanism viitor de protecție a investitorilor. Este important ca părțile la orice AII să dispună de protecția unui filtru politic general care să le permită să oprească de comun acord, din motive justificate, o acțiune în justiție să intre pe traseul arbitrajului.

1.13 Investitorii ar trebui încurajați să considere soluționarea litigiilor în temeiul tratatelor drept cale de ultimă instanță și să caute căi alternative, precum concilierea și medierea. Asigurările private și protecția în temeiul unui contract reprezintă mijloace adecvate de minimizare a riscurilor pentru investitorii străini.

1.14 Nevoia de protecție a ISD variază de la o țară la alta. În țările cu un sistem juridic care funcționează democratic și matur, neafectat de corupție, disputele privind investițiile ar trebui soluționate prin mediere, prin instanțele naționale și prin soluționarea litigiilor între state. Aceste componente sunt prezente în UE, SUA și Canada, iar nivelul actual ridicat al fluxurilor de investiții transatlantice dovedește fără echivoc că absența prevederii ISDS nu împiedică investițiile. CESE conchide, prin urmare, că nu este nevoie de o clauză ISDS în TTIP sau în CETA și se opune introducerii acesteia.

1.15 În mod potențial, ISDS poate schimba cursul TTIP și al CETA. CE trebuie să analizeze dacă urmărirea în continuare a acestui obiectiv sensibil din punct de vedere politic și impopular reprezintă o cale corectă și chibzuită.

1.16 Dinspre țările în curs de dezvoltare se formulează un mesaj clar conform căruia ISDS este un mecanism inacceptabil, care va fi întâmpinat cu o rezistență fermă de un număr tot mai mare de actori importanți la nivel global. Dacă nu se găsește o alternativă, va deveni tot mai dificil pe viitor să se încorporeze PI în tratatele cu țările pentru care este cel mai necesară.

1.17 Există preocupări considerabile din perspectiva tratatelor UE și a constituțiilor statelor membre cu privire la relația dintre deciziile în proceduri ISDS și ordinea juridică existentă în UE. Instanțele de arbitraj private sunt în măsură să ia decizii care nu sunt în acord cu legislația UE sau care încalcă CDF. Din acest motiv, CESE consideră că este absolut vital ca CJUE să verifice conformitatea ISDS cu legislația UE într-o procedură oficială de solicitare a avizului, înainte ca instituțiile competente să ajungă la o hotărâre și înainte de intrarea în vigoare cu titlu provizoriu a oricărui AII negociat de CE.

Recomandări

1.18 Dacă se urmărește găsirea unei soluții universale pentru soluționarea litigiilor în materie de investiții, aceasta nu se poate baza pe o modestă reformulare a sistemului actual ISDS, care beneficiază de un nivel foarte scăzut de sprijin public.

1.19 Într-un moment în care toate statele G7 sunt angajate în negocieri avansate pentru acorduri comerciale și de investiții cuprinzătoare, există ocazia unică de a găsi un sistem credibil care să îmbine interesele legitime ale investitorilor cu drepturile unui stat.

1.20 Dacă se optează pentru o autoritate unitară, aceasta nu poate fi alcătuită din avocați privați și trebuie să fie mai accesibilă IMM-urilor și să dispună de un mecanism integrat de apel.

1.21 CESE recomandă insistent CE să ia în considerare propunerile formulate de UNCTAD privind reforma ISDS și conchide că înființarea unei Curți internaționale de investiții oferă cea mai bună soluție pentru asigurarea unui sistem democratic, corect, transparent și echitabil.

2. Introducere

2.1 După adoptarea cu o majoritate covârșitoare a avizului REX/390 ⁽¹⁾, CESE a decis să elaboreze un aviz din proprie inițiativă cu privire la ISDS. Deși această recomandare era specifică pentru TTIP, s-a ajuns ulterior la un acord de extindere a domeniului de aplicare la PI și ISDS în acordurile comerciale și de investiții cu țările terțe.

2.2 Deși prezentul aviz analizează implicațiile de ansamblu ale ISDS, este inevitabil ca o mare parte din materialul folosit și din referințe să aibă legătură cu TTIP. Pe parcursul negocierilor privind TTIP, ISDS a constituit o temă dominantă pentru părțile interesate din UE și SUA.

2.3 CE a desfășurat o consultare publică online timp de 15 săptămâni (martie-iulie 2014) pe tema ISDS în contextul TTIP. CESE a considerat că este înțelept să aștepte publicarea rezultatelor acestei consultări și să desfășoare apoi o audiere publică înainte să își finalizeze avizul. Rezultatele au fost publicate la mijlocul lui ianuarie 2015, iar audierea a avut loc la 3 februarie 2015. Ambele au ajutat mult la redactarea prezentului aviz.

3. Context

3.1 Sistemul

3.1.1 ISDS este un instrument de drept public internațional care îi acordă unui investitor străin dreptul de a iniția proceduri de soluționare a litigiilor împotriva unui guvern suveran, în condițiile prevăzute de un AII. Tratatul este conceput astfel încât să creeze anumite obligații elementare ale părților în ce privește investițiile străine, prin furnizarea de garanții că guvernele respectă principiile-cheie precum:

- obligația de a nu discrimina pe motive de naționalitate și de a asigura un tratament corect și echitabil;
- interdicția exproprierii directe sau indirecte fără compensație promptă, adecvată și cu caracter de protecție;
- protecția posibilității de a transfera capital.

3.1.2 În cazul încălcării presupuse a acestor obligații de către un stat, investitorii străini cărora li se aplică dispozițiile unui AII pot depune o solicitare de arbitraj internațional prin intermediul mecanismului ISDS. Reclamanții trebuie să dovedească că măsurile respective le-au produs daune semnificative. În cazul în care plângerea este acceptată, țării-gazdă i se cere să furnizeze compensații pentru daunele produse. Spre deosebire de situația OMC-DSP, dacă un stat pierde o acțiune în justiție, el nu este obligat să-și schimbe legislația.

3.1.3 ISDS se bazează în mare măsură pe argumentul că oferă un spațiu neutru și depolitizat pentru soluționarea disputelor dintre investitorii externi și statele-gazdă. El le permite societăților să dea în judecată state în instanțe internaționale. Acest mijloc este disponibil numai societăților străine sau transnaționale care utilizează o filială transfrontalieră. Comunitățile afectate, cetățenii, întreprinzătorii locali și guvernele nu pot face uz de același mecanism.

3.1.4 Arbitrii nu sunt judecatori inamovibili cu autoritate publică, ca în sistemele judiciare ale statelor. Instanțele sunt formate în principal din trei juriști privați care analizează cauzele cu ușile închise și sunt numiți ad-hoc. Decizia este definitivă și nu poate face obiectul niciunui proces oficial de apel.

⁽¹⁾ Avizul CESE – Relațiile comerciale transatlantice și poziția CESE cu privire la îmbunătățirea cooperării și la un eventual acord de liber schimb UE-SUA (JO C 424, 26.11.2014, p. 9).

3.1.5 Dacă părțile doresc, procedurile ISDS pot rămâne complet confidențiale, chiar dacă disputa privește chestiuni de interes public. Deși TBI al SUA facilitează o mai mare transparență, în multe din acordurile actuale există încă prevederi confidențiale. Normele de transparență ale UNCITRAL vor îmbunătăți substanțial poziția, în cazul în care sunt puse în aplicare pretutindeni.

3.2 Date și statistici

3.2.1 93 % din ABI conțin o clauză privind ISDS ⁽²⁾. ISDS este prezentă și în anumite acorduri comerciale internaționale, precum NAFTA, și în acorduri internaționale de investiții precum TCE. În 2014, TCE a depășit NAFTA în ierarhia celor mai frecvent invocate tratate ⁽³⁾.

3.2.2 SM au încheiat peste 1 400 de ABI începând din anii 1950, reprezentând aproape jumătate din totalul global ⁽⁴⁾. Toate conțin prevederi în mare măsură similare privind PI și ISDS. Se observă că investitorii UE sunt cei mai mari utilizatori ai ISDS la nivel global (50 % din totalul cauzelor).

3.2.3 UE negociază în prezent TTIP cu SUA, un ALS cuprinzător cu Japonia și a încheiat recent negocierile cu Canada. Aceste chestiuni, mai mult decât oricare altele, s-au aflat la originea unei uriașe dezbateri publice privind nevoia integrării mecanismului ISDS în orice capitol privitor la investiții.

3.2.4 Numai nouă SM ale UE au încheiat ABI cu SUA (Bulgaria, Croația, Republica Cehă, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, România și Slovacia), șapte SM au un ABI cu Canada și niciun stat membru nu are acorduri cu Japonia. Toate aceste acorduri datează dinaintea aderării la UE.

3.2.5 Acțiunile de ISD deținute de investitorii SUA în aceste nouă SM echivalează cu 1 % din totalul ISD ale SUA în UE. În ce privește ISD efectuate de aceste SM în SUA, cifra se ridică la doar 0,1 % din totalul acțiunilor de ISD din SUA ⁽⁵⁾.

3.3 Frecvența cauzelor

3.3.1 Cauzele ISDS au proliferat dramatic între 2002 și 2014 (58 în 2013 și 42 în 2014) ⁽⁶⁾, numărul arbitrajelor bazate pe tratate ajungând la un total de 610 până la finalul lui 2014. Însă, deoarece majoritatea platformelor de arbitraj nu au un registru public al plângerilor, numărul total al cauzelor este estimat a fi mai mare.

3.3.2 Din cele 356 de cauze despre care se știe că au fost încheiate, 25 % au fost soluționate în favoarea investitorului și 37 % în favoarea statului. Soluțiile specifice la care s-a ajuns în 28 % dintre cazuri au rămas confidențiale.

3.4 Timp și costuri

3.4.1 Costul mediu al unei cauze soluționate prin arbitraj este de 4 milioane USD pentru fiecare parte, din care cca 82 % reprezintă cheltuieli de judecată ⁽⁷⁾. Unele pot dura mai mulți ani până la soluționare.

3.4.2 Costurile ridicate au dus la creșterea finanțării plângerilor de către părți terțe. Prin reducerea riscului financiar pentru societăți, acest lucru contribuie la o creștere a numărului de cauze neserioase, pentru care însă statele suportă totuși totalitatea cheltuielilor de judecată. CESE se opune ferm investițiilor speculative pe care este informat că le fac fondurile de hedging în anumite cauze ISDS, în schimbul unei părți din compensațiile acordate ⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OCDE (2012) ISDS, document pregătit pentru comunitatea factorilor politici în domeniul investițiilor (*ISDS a scoping paper for the investment policy community*)

⁽³⁾ UNCTAD Tendințe recente în AII și ISDS (*Recent Trends in IIAs and ISDS*) – nr. 1, februarie 2015. UNCTAD Tendințe recente în AII și ISDS (*Recent Trends in IIAs and ISDS*) – nr. 1, februarie 2015. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁽⁴⁾ Notă însoțitoare a Consultării publice privind ISDS în cadrul TTIP.

⁽⁵⁾ UNCTAD – Notă de informare pe tema ISDS în SUA și UE.

⁽⁶⁾ A se vedea nota de subsol 3.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10.12.2013.

⁽⁸⁾ Centrul de cercetare al Parlamentului European: „ISDS și perspectivele de reformă” [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI\(2015\)545736_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/EPRS_BRI(2015)545736_REV1_EN.pdf)

4. Argumentele în favoarea ISDS

4.1 Cu excepția Irlandei, toate SM au clauze ISDS în ABI-uri. Există, de asemenea, 190 de ABI în interiorul UE, care sunt sursa a 16 % din totalul cauzelor ISDS cunoscute la nivel global.

4.2 Mandatul de negociere al CE, susținut în 2012 de cele 27 de SM de atunci cuprinde obiectivul de a se integra ISDS. Se are în vedere „un mecanism eficient și de cea mai bună calitate pentru soluționarea litigiilor”.

4.3 Poziția CE⁽⁹⁾ este că ISDS constituie:

- un instrument important pentru protecția investițiilor și, prin urmare, pentru promovarea și asigurarea creșterii economice în UE;
- o cale eficientă de a asigura punerea în practică a obligațiilor asupra cărora partenerii noștri comerciali și investitorii noștri s-au pus de acord prin semnarea de tratate de investiții.

4.4 O masă rotundă de afaceri pe tema TTIP, organizată de Grupul „Angajatori” al CESE, a formulat într-o declarație comună⁽¹⁰⁾ următoarea concluzie: „un acord internațional precum TTIP ar trebui să creeze condiții favorabile care să atragă un nivel ridicat de investiții viitoare pe piața transatlantică. Aceasta presupune acordarea unui acces amplu și a unui tratament nediscriminatoriu pentru investitorii de ambele părți și îmbunătățirea cadrului actual privind PI, inclusiv a ISDS, făcând acest mecanism mai accesibil pentru IMM-uri și găsind un echilibru just între drepturile investitorilor și dreptul statelor și al autorităților locale de a reglementa în interesul public.” Nevoia de a se veghea ca dispozițiile TTIP referitoare la ISDS să nu aducă nicio atingere capacității statelor membre UE de a legifera în interesul populației lor figura și în concluziile unei ședințe comune pe tema negocierilor transatlantice, organizată în iunie 2014 de către categoriile consumatori, organizații de mediu și agricultori.

4.5 Nevoia unui mecanism ISDS este susținută ferm de comunitățile de afaceri de ambele părți ale Atlanticului care consideră că el constituie o plasă de siguranță fundamentală pentru investitorii străini și argumentează că:

- acesta constituie o parte vitală a protecției investițiilor, asigurând un mecanism pentru soluționarea litigiilor care să fie neutru și bazat pe date, cu norme pentru promovarea respectării acordurilor și prevenirea acțiunilor abuzive;
- el ajută la stabilirea dreptului statelor de a reglementa și a dreptului investitorilor de a fi protejați în conformitate cu dreptul internațional.

4.6 Se susține totodată că ISDS reprezintă un instrument de folosit în ultimă instanță și că nu se face apel la el decât în cazuri extreme, când au fost epuizate toate opțiunile, circa 90 % din ABI nefiind niciodată invocate de investitori pentru susținerea unei cauze. Deși volumul de acțiuni aferente ISDS la nivel global depășește 25 de mii de miliarde USD, din 1987 nu au fost pe rol decât circa 500 de cauze. Tranșarea prin arbitraj nu asigură decât compensații pecuniare. Arbitrii nu au posibilitatea de a schimba legislația sau măsurile adoptate de state⁽¹¹⁾.

4.7 Comunitatea de afaceri arată și că un sistem funcțional și modern de ISDS este important și pentru IMM-uri, care au inițiat 22 % din cauzele demarate la nivel mondial⁽¹²⁾.

4.8 În pofida apelurilor formulate de comunitatea de afaceri pentru negocierea unui acord de investiții liberal⁽¹³⁾, se recunoaște că ar trebui luate măsuri pentru ca ISDS să devină un instrument mai eficient, mai modern, mai previzibil și mai transparent. Ea susține definirea mai clară a unor concepte importante precum „investitor/investiții” „tratament corect și echitabil” și „expropriere indirectă”⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ CE – Fișă informativă privind ISDS – Punctul 2 – 3.10.2013.

⁽¹⁰⁾ Masa rotundă de afaceri a CESE – Declarația comună privind TTIP, 16.12.2014.

⁽¹¹⁾ Business Europe – ISDS – Sinteza poziției Business Europe – februarie 2015.

⁽¹²⁾ Idem și Document de poziție al Eurochambres – Opinii și priorități pentru negocierile cu SUA în vederea TTIP, 6.12.2013.

⁽¹³⁾ Consiliul transatlantic de afaceri (Transatlantic Business Council) – Observațiile CTA la propunerea unui TTIP, 10.5.2013.

⁽¹⁴⁾ Business Europe: TTIP – un instrument indispensabil pentru protecția investitorilor, 2.5.2014. ISDS – Sinteza poziției Business Europe – februarie 2015.

4.9 Având în vedere expunerea publică foarte mare a negocierilor pentru TTIP, CETA și ALS cu Japonia, se afirmă că nereușita în a obține un acord negociat în aceste situații ar avea efecte negative asupra perspectivei de a negocia o clauză ISDS în orice ABI, deoarece fiecare acord va avea un impact asupra următoarelor acorduri.

5. Preocupări și opoziție

5.1 Sprijinul față de ISDS nu se regăsește și în alte zone esențiale ale SC. Cu toate acestea, există un consens amplu potrivit căruia investitorii străini au nevoie de protecție față de exproprierea directă, nu trebuie să sufere discriminări și trebuie să aibă acces la aceleași căi aflate la dispoziția investitorilor interni.

5.2 S-a făcut auzită o opoziție fermă a sindicatelor, ONG-urilor, consumatorilor, organizațiilor de mediu și a celor pentru sănătatea publică de ambele părți ale Atlanticului.

5.3 Principala preocupare este că sistemul ISDS nu este adecvat scopului urmărit și că acesta conferă capitalului transnațional un statut juridic echivalent cu cel al unui stat suveran. Cu toate acestea, Comitetul remarcă faptul că, în cazul în care două țări doresc să promoveze relații economice între ele prin intermediul unui AII, fiecare va promite celeilalte că va garanta anumite niveluri de tratament investitorilor și investițiilor din cealaltă țară.

5.4 De la un început modest, în care ISDS fusese conceput să ajute ISD să obțină compensații pentru exproprierea directă a proprietății private de către guvernele naționale din statele în curs de dezvoltare ale căror sisteme judiciare funcționau prost, acesta s-a amplificat, devenind un mecanism care:

- modifică în mod fundamental echilibrul de forțe dintre investitori, state și alte părți afectate;
- acordă prioritate drepturilor companiilor în raport cu dreptul guvernelor de a reglementa și dreptul suveran al națiunilor de a-și stabili afacerile interne.

5.5 Exproprierea și-a extins definiția pentru a cuprinde *măsuri echivalente cu exproprierea, exproprierea indirectă și exproprierea prin reglementare*. Efectul a constat în admiterea unor plângeri împotriva oricărei măsuri luate de stat care ar avea în mod potențial un impact asupra profiturilor actuale, a profiturilor viitoare sau a așteptărilor rezonabile în materie de profituri, chiar dacă politica sau măsura respectivă are o natură generală și nu se aplică în mod special respectivei investiții.

5.6 Hotărârile negative ale instanțelor naționale au fost contestate ca reprezentând „expropriere” în situații precum cauza de 500 de milioane USD intentată de gigantul farmaceutic din SUA Eli Lilly împotriva Canadei, în care se afirma că hotărârile Tribunalului Federal cu privire la două medicamente brevetate încalcă drepturile de investitor ale firmei. Aceasta este prima încercare a unei corporații farmaceutice deținătoare de brevete de a face uz de privilegiile extraordinare asigurate de acordurile comerciale ale SUA ca instrument pentru a face presiuni în direcția unei protecții a brevetelor care să asigure un mai mare monopol⁽¹⁵⁾.

5.7 În prezent, cabinete de avocatură specializate în dreptul întreprinderilor oferă consultanță și câștigă de pe urma unor cauze care nu au prea multă legătură cu exproprierea proprietății private. Un număr mic de cabinete de avocatură specializate în dreptul investițiilor au mers pe valul acestui tip de cazuri și acum domină piața.

5.8 Este ISDS necesară în cadrul TTIP?

5.8.1 În cadrul TTIP, este dificil de argumentat că investitorii au motive să se îngrijoreze cu privire la sistemele juridice naționale. Atât UE, cât și SUA dispun de sisteme juridice mature și robuste. Nu există motive evidente pentru care drepturile ISD nu ar putea fi protejate în mod adecvat prin încorporarea unei simple norme de protecție juridică nediscriminatorie și de acces egal la instanțele naționale. Argumente similare se pot aduce și în cazul Canadei sau al Japoniei. Dacă se dovedește dificilă punerea în aplicare a drepturilor internaționale prin negociere, mediere sau în tribunalele naționale din aceste democrații extrem de dezvoltate, atunci chestiunea ar trebui în principal rezolvată prin soluționarea litigiilor între state.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2 Un raport al LSE, în care se analiza modelul de ABI al SUA din 2012, conchide că „anumite domenii în care prevederile ABI cu SUA depășesc legislația Regatului Unit sunt semnificative. Din aceste motive și în lumina dimensiunilor investițiilor SUA în Regatul Unit, considerăm că există un risc semnificativ de apariție a unor costuri politice pentru Regatul Unit, generate de abandonul unor politici viitoare pe care le-ar fi preferat sau de modificările aduse acestora în virtutea obiectivelor investitorilor americani în Regatul Unit.”

5.8.3 Nu este credibilă afirmația că absența unui mecanism ISDS constituie un obstacol în calea investițiilor străine. Volumul investițiilor externe diferă mult de la un stat membru la altul. Unele din statele membre UE care au proceduri ISDS în TBI cu SUA primesc nivelurile cele mai scăzute de investiții externe dinspre SUA:

- Acțiunile de ISD între SUA și UE se ridică în prezent la 2,5 mii de miliarde USD (1,5 mii de miliarde EUR) de fiecare parte. Numai Belgia beneficiază de un nivel de ISD dinspre SUA de patru ori mai mare decât cel din China.
- Brazilia, cel mai mare stat-gazdă pentru ISD din întreaga Americă Latină, nu dispune de niciun acord de investiții cu clauze ISDS.
- Australia a dovedit că o țară poate exclude în mod credibil protecția investitorilor dintr-un acord comercial cu altă țară (SUA), incluzând-o totuși în acordurile cu alta (Coreea). Nu există niciun motiv pentru care UE să nu poată urma o cale similară.

5.8.4 Este extrem de îndoielnic argumentul că neintegrarea unui mecanism ISDS în TTIP ar slăbi capacitatea UE de a include ISDS în viitoare acorduri bilaterale comerciale și de investiții cu țări care nu fac parte din OCDE, precum China. China a construit deja o rețea densă de peste 130 de ABI (inclusiv cu 26 de state membre). Dorința Chinei de a încheia un acord este la fel de mare ca cea a UE. Este mai degrabă de pus sub semnul întrebării dacă este în interesul UE să le permită întreprinderilor de stat din China, care sunt în esență conduse de guvernul chinez, să folosească ISDS pentru a contesta politici guvernamentale. Acest mecanism ar permite unei țări străine să folosească un presupus proces comercial pentru a intra în discuții care ar trebui soluționate prin negocieri și diplomație.

5.8.5 Un document detaliat, publicat în martie 2015 de către Centrul pentru studii politice europene, Centrul pentru relații transatlantice și Universitatea John Hopkins, a conchis: „[...] includerea unui capitol privind protecția investițiilor în cadrul TTIP, alături de soluționarea litigiilor dintre investitori și stat (ISDS), este puțin probabil să genereze beneficii economice sau politice semnificative pentru UE. Analiza noastră arată, de asemenea, că includerea unor astfel de dispoziții ar duce la costuri economice și politice semnificative pentru UE. Deși este important să nu se exagereze amploarea potențialelor costuri, evaluarea noastră generală arată că este foarte probabil ca acestea să depășească orice potențial beneficiu pentru UE. În consecință, sugerăm ca, în cazul în care ISDS nu este însoțită de concesiile considerabile din partea Statelor Unite, astfel încât să compenseze costurile legate de ISDS, ar fi prudent ca UE să aibă în vedere soluții alternative”⁽¹⁶⁾.

5.9 *Scena politică actuală*

5.9.1 Africa de Sud, Bolivia, Ecuador, Venezuela și Indonezia au început să-și rezilieze sau să renunțe treptat la ABI-urile în vigoare. Se vehiculează informația că și India își revizuieste acordurile, iar, în urma cauzei Philip Morris, Australia a anunțat că nu va mai fi de acord cu includerea unei clauze ISDS în niciun acord viitor.

5.9.2 Conferința națională a legiuitorilor, care reprezintă toate cele 50 de parlamente ale statelor din SUA, a anunțat⁽¹⁷⁾ că „nu va sprijini niciun acord comercial care include soluționarea litigiilor dintre investitori și stat”, deoarece aceasta le afectează „capacitatea ca, în calitate de legiuitori la nivel de stat, să elaboreze și să impună norme corecte, nediscriminatorii, care protejează sănătatea, siguranța și bunăstarea publică asigură sănătatea și siguranța la locul de muncă și protejează mediul înconjurător.”

⁽¹⁶⁾ Transatlantic Investment Treaty Protection (Protecție prin tratatul de investiții transatlantice), publicat simultan pe site-urile internet CEPS (www.ceps.eu) și CTR (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3 Rezistența împotriva ISDS este în creștere și în Europa, Germania, Austria, Grecia și Franța punând sub semnul întrebării drepturile investitorilor în cadrul TTIP.

5.9.4 Au fost formulate avertismente în PE, de către membri marcanți ai influentei Comisii INTA, care au solicitat eliminarea ISDS din TTIP.

5.9.5 Comitetul Regiunilor avertizează că ISDS între UE și SUA, care evită jurisdicția instanțelor ordinare, atrage după sine un risc semnificativ și, ca atare, poate fi eliminat ⁽¹⁸⁾.

5.9.6 Aceste sentimente le reflectă pe cele ale multitudinii de OSC europene care se opun integrării ISDS în TTIP. Una dintre principalele observații este că, dacă un investitor apelează întâi la sistemul juridic național și obține o hotărâre definitivă, acesta poate în continuare să depună plângere în fața unui tribunal de investiții. Acest tribunal devine astfel ultima instanță, ceea ce este considerat un sacrilegiu la adresa democrației.

6. Consultarea publică a CE privind protecția investitorilor și ISDS în TTIP

6.1 CESE salută decizia Comisiei de a lansa o consultare publică online pe tema ISDS în Acordul TTIP. Excluzându-se mesajele transmise în repetate rânduri, s-au primit 143 053 de contribuții, ceea ce dovedește amploarea interesului public. Documentul de lucru al serviciilor Comisiei publicat în ianuarie 2015 oferă o analiză temeinică a conținutului și substanței reacțiilor publicului ⁽¹⁹⁾.

6.2 Consultarea s-a bazat pe un text de referință întemeiat pe CETA. Din păcate, acest proiect de acord și cel cu Singapore nu au fost prezentate spre consultare publică. Cu toate acestea, faptul că CETA, cu privire la care negocierile s-au încheiat, a fost folosit „după ce s-a uscat cerneala” ca bază pentru consultarea publică a dus la anumite temeri că operația de consultare publică a fost deja o punere în fața unui fapt împlinit, menită să parafazeze noua generație de acorduri de investiții propuse de UE. Această teamă a fost exacerbată de faptul că documentul de consultare se concentra asupra modalităților și nu conținea nicio întrebare specifică cu privire la includerea principiului ISDS în TTIP. Trebuie spus că obiectivul consultării consta în a cere opinia părților interesate cu privire la modalități de îmbunătățire a ISDS în TTIP.

6.3 Consultarea a adăugat puține informații noi la corpul masiv de informații disponibil de pe urma dezbaterii publice intense online cu privire la ISDS. Cu toate acestea, ea a constituit un exercițiu extrem de util de aducere laolaltă a diferitelor tipuri de argumente și de a furniza societății civile ocazia de a contribui direct.

6.4 Este regretabil că unii susținători ai ISDS au considerat nefondate 97 % din răspunsurile transmise colectiv, prin intermediul unei varietăți de platforme online. Transmitterile colective constituie o parte legitimă a consultării publice. CESE salută asigurările primite din partea CE că „toate răspunsurile au fost luate în considerare în aceeași măsură”.

6.5 Deși observă că mai puțin de 1 % din respondenți au afirmat că sunt investitori în SUA, CESE nu consideră că acest fapt constituie o problemă. În ceea ce privește chestiuni precum democrația și drepturile suverane ale statelor de a-și organiza afacerile interne, contribuția amplă a SC și opinia acesteia sunt elemente esențiale și vitale.

6.6 Au fost identificate de CE patru domenii în care ar trebui explorate în continuare posibile îmbunătățiri:

- protecția dreptului de a reglementa;
- crearea și funcționarea curților de arbitraj;
- relația dintre sistemele juridice naționale și ISDS;
- revizuirea deciziilor de tip ISDS printr-un mecanism de apel.

⁽¹⁸⁾ CoR – TTIP – ECOS –V- 063 2.15.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Acestea sunt detaliate în documentul de reflecție „Investițiile în cadrul TTIP și dincolo de acesta – calea de urmat spre reformă”, prezentat de comisarul Malmström Parlamentului European și Consiliului în mai 2015.

6.7 CESE este surprins să afle că, în ședința dialogului societății civile din 18 mai, s-a confirmat că modelul de protecție a investitorului folosit în prezent în negocierile ALS cu Japonia este cel convenit în acordul CETA. Având în vedere că comisarul, în documentul de reflecție „Investițiile în cadrul TTIP și în afara acestuia – calea de urmat spre reformă” prezentat PE la 6 mai, a identificat numeroase domenii de îmbunătățire a textului CETA, Comitetul este preocupat de faptul că acesta constituie în continuare baza de negociere cu un partener global atât de important precum Japonia.

7. Dreptul de a reglementa

7.1 CESE este preocupat de faptul că contribuția la consultarea publică prezentată de Forumul European al Serviciilor solicită reducerea la minimum a excepțiilor și limitărilor și cere CE să „își utilizeze mandatul de negociere în contextul Tratatului de la Lisabona pentru a îmbunătăți și a consolida, și nu a dilua” ISDS. Printre aceste solicitări se numără și „Clauza națiunii celei mai favorizate fără rezerve și clauze privind tratamentul național și tratamentul corect și echitabil fără rezerve; o clauză de protecție cu aplicare largă, fără excepții pentru anumite sectoare, fără mecanisme de filtrare, cu compensare deplină pentru exproprierea directă și indirectă ⁽²⁰⁾”.

7.2 ISDS este folosit în măsură tot mai mare pentru a evita confruntarea cu sistemele juridice naționale și pentru a acționa în schimb guvernele în instanțe internaționale de drept privat, solicitând compensații din banii contribuabililor pentru politici de interes public care, conform acuzațiilor, limitează profiturile. Aceste acțiuni apar în special în domeniul sănătății și cel al protecției mediului.

7.3 Câteva cazuri recente intens mediatizate au intensificat opoziția față de ISDS:

- Philip Morris vs. Australia privind ambalajele de țigări, cauza susținând că firma este privată de valoarea investiției acesteia în mărci comerciale și alte drepturi de proprietate intelectuală;
- pe baza prevederilor TCE, Vattenfall cere o despăgubire de peste 3,7 miliarde USD din partea Germaniei în urma deciziei de a se renunța treptat la energia din surse nucleare;
- Lone Pine vs. Canada, solicitând despăgubiri de 250 de milioane CAN după ce provincia Quebec a impus un moratoriu asupra fracturării hidraulice din pricina preocupărilor de protecție a mediului;
- Veolia vs. Egipt privind decizia acestuia de a mări salariul minim, pe baza argumentului că acest lucru va dăuna profiturilor companiei;
- Libia a fost nevoită să plătească 935 milioane USD unei societăți din Kuwait pentru profituri pierdute de pe urma unor oportunități reale și sigure, în urma anulării unui proiect de turism ⁽²¹⁾. Investitorul investise numai 5 milioane USD în proiect, iar lucrările de construcție nici nu începuseră.
- România a fost acționată în instanță de către Micula pentru o investiție pe care o efectuase înainte de aderarea României la UE, beneficiind de un stimulent guvernamental pentru întreprinderi. În urma aderării, pentru conformarea la normele privind ajutoarele de stat, România și-a încetat programul de stimulente. Curtea a acordat o compensație de 116 000 USD plus dobândă (totalul estimat fiind de 250 000 USD) pentru nerespectarea obligațiilor asumate prin ABI. În 2014, DG Concurență a inițiat o acțiune în încetare împotriva României, obligând-o să nu plătească, deoarece plata ar fi considerată ajutor de stat ilegal. În pofida acestei hotărâri, arbitrii au permis Micula să deschidă o procedură de despăgubire înaintea instanțelor SUA, folosind o clauză referitoare la Convenția de la New York.

⁽²⁰⁾ Răspunsul ESF la Consultarea publică privind ISDS, 20.6.2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4 Tratatul de investiții interzic orice restricții privind repatrierea fondurilor sau a profiturilor. Guvernele nu pot să impună controale ale capitalurilor pentru a pune capăt atacurilor asupra monedelor lor sau să restricționeze fluxurile de „capital speculativ” în cursul unei crize, deși FMI consideră că astfel de controale constituie o măsură politică esențială. Niciun stat nu a fost lovit de cauze ISDS mai tare decât Argentina, care a trebuit să plătească peste 500 de milioane USD în urma deciziei sale de a decupla peso-ul de dolarul SUA în 2002.

7.5 Excepții pentru serviciile publice există în capitolul 11 al CETA (*Comerțul transfrontalier cu servicii*), însă nu există scutiri sau excluderi pentru acestea în capitolul 10 (*Protecția investitorilor*). În principiu, deși pare corect ca investitorii să fie protejați împotriva unor acte arbitrare ale autorităților de stat, definiția exproprierii și mai ales a exproprierii indirecte generează preocupări în ce privește capacitatea statelor de a retransfera anumite activități furnizate în prezent de entități comerciale către furnizori de stat, pentru motive legitime de politică publică. Exproprierea, în sensul capitolului 10, include orice legislație care are efectul de a reduce valoarea unei afaceri private. Compensarea trebuie să reflecte „pierderea reală”. Acest lucru poate face ca economic să fie prohibitiv pentru state să readucă servicii în aria furnizării prin întreprinderi de stat.

7.6 În CETA se recunoaște că definiția exproprierii indirecte este prea largă, în anexa X.11 punctul 3 încercându-se o clarificare a chestiunii prin detalierea obiectivelor politicilor publice care nu ar constitui expropriere indirectă, precum sănătatea, siguranța sau mediul. Există însă pericolul ca această formulare să fie interpretată ca fiind prescriptivă, lăsând alte obiective mai ample de politică publică, precum politica economică sau bugetară sau renaționalizarea serviciilor esențiale la îndemâna acțiunilor în despăgubire în temeiul exproprierii indirecte în contextul ISDS. Este esențial să se clarifice chestiunea.

7.7 În declarația privind planurile sale de a preîntâmpina abuzul de ISDS din partea investitorilor, CE afirmă că „ar dori să includă dispoziții care să preîntâmpine acțiunile în justiție nereserioase”⁽²²⁾ în TTIP. Proiectul CETA prevede, de asemenea, o procedură rapidă de respingere a acțiunilor în justiție nejustificate și neintemeiate. Cu toate acestea, definirea termenului „nereserios” în terminologie strict juridică va fi deosebit de dificilă și are potențialul de a furniza noi subiecte fertile pentru avocații specializați în investiții.

7.8 În proiectul CETA se prevede, de asemenea, o definiție neinterpretabilă pentru „tratament corect și echitabil”. Ea este însă considerată prea amplă de către oponenții ISDS și insuficient de flexibilă de către comunitatea de afaceri. Ea lasă o anumită latitudine de interpretare instanței și este lipsită de un mecanism flexibil de revizuire.

7.9 Simpla amenințare cu acțiunea în justiție în contextul ISDS poate crea o teamă de reglementare care să convingă guvernele să nu reglementeze în interesul public pentru a nu face obiectul acțiunilor respective și al despăgubirilor aferente. De exemplu, Noua Zeelandă și-a întrerupt procesul de promulgare a legislației privind ambalarea fără însemne a tutunului până la momentul deciziei finale în cauza Philip Morris vs. Australia.

7.10 Într-o informare transmisă de firma de avocatură Freshfields Bruckhaus Deringer clienților săi multinaționali – „Întreprinderile sunt mai conștiente în prezent de potențiala relevanță a tratatelor de investiții, nu numai ca protecție de ultimă instanță pentru situațiile în care se confruntă cu probleme, ci și ca instrument important de limitare prealabilă a riscurilor la asumarea unor investiții”.

7.11 Deși CE s-a angajat să asigure faptul că, în contextul viitoarelor acorduri comerciale și de investiții ale UE, un stat nu poate fi obligat să anuleze o măsură, sistemul ignoră impactul potențial al amenințării cu o amendă uriașă după intentarea unei acțiuni în despăgubire în valoare de mai multe milioane de dolari.

7.12 Proiectul CETA prevede, printre altele, că cheltuielile de arbitraj sunt suportate de partea care pierde procesul. Această dispoziție înseamnă că părțile care intentează acțiuni neintemeiate vor fi obligate să plătească cheltuielile. Cu toate acestea, date fiind dimensiunile uriașe ale despăgubirilor cerute în majoritatea cauzelor recente, este improbabil ca acest factor să împiedice companiile multinaționale, care dispun de lichidități suficiente, și cabinetele de avocatură specializate să inițieze acțiuni, ținând seama de câștigurile potențiale. Pe de altă parte, cheltuielile de arbitraj în medie de 4 milioane USD pentru fiecare parte constituie probabil o piedică suficient de mare în calea intentării de acțiuni în temeiul ISDS de către IMM-uri.

⁽²²⁾ CE – Fișă informativă privind ISDS, punctul 8, publicată la 3.10.2013.

8. Crearea și funcționarea tribunalelor de arbitraj

8.1 Sistemul existent este prezentat în capitolul 3. Această problemă constituie o preocupare generală în rândul participanților la consultare.

Există un acord general că ISDS nu poate continua în formatul actual.

8.2 Arbitrii pentru investiții

8.2.1 Arbitrii sunt selectați pentru fiecare cauză de către părți: fiecare parte desemnează un arbitru, iar al treilea este desemnat în urma acordului ambelor părți. În lipsa acestui acord, al treilea arbitru este desemnat în mod normal de o autoritate de numire. Această practică diferă de situația judecătorilor naționali, care sunt numiți fără implicarea părților. Aceștia sunt cel mai adesea aleși din ICSID și UNCITRAL și reprezintă membri deosebit de specializați ai profesiilor juridice, printre care juriști de prestigiu, profesori universitari și foști judecători. Spre deosebire de practica din cadrul OMC, se pare că nici avocații care apără guvernele în cauzele ISDS, nici negociatorii guvernamentali ai tratatelor de investiții nu au fost aleși ca arbitri în cauze care implică alte state.

8.2.2 Așa cum menționează *Corporate Europe Observatory* (CEO)⁽²³⁾, mulți au funcționat însă ca avocați ai părților în alte cauze: 50 % pentru investitori și 10 % pentru state. Acest schimb de roluri între un număr relativ redus de juriști (15 juriști au îndeplinit funcția de arbitru în 55 % din numărul total al cauzelor)⁽²⁴⁾ este considerat uneori drept stimul al solidarității între companii, ceea ce poate duce la „*compromisuri nesănătoase*”⁽²⁵⁾. O creștere a numărului de nominalizări ale unor arbitri refuzate de partea adversă este semn al preocupării cu privire la imparțialitatea grupului de candidați din care se alege⁽²⁶⁾.

8.3 Este clar că prevederile CETA privind alegerea și conduita arbitrilor și desfășurarea procedurilor, deși recunoscute de multe părți drept o îmbunătățire în anumite domenii, nu se bucură de un sprijin solid din partea SC. Există îngrijorări grave cu privire la crearea și funcționarea tribunalelor de arbitraj:

- Propunerile statelor de reglementare în interesul public ar putea în continuare să facă obiectul unei solicitări de compensare care va fi audiată de un grup de trei juriști privați.
- Garanțiile privind conflictele de interese sunt slabe și nu fac suficient pentru a liniști temerile că această problemă poate fi eliminată în interiorul sistemului ISDS. Articolul X alineatul (25) din CETA prevede că arbitrii trebuie să respecte orientările Asociației Internaționale a Barourilor privind conflictele de interese în arbitrajul internațional. Însă această prevedere nu rezolvă problema fundamentală a unor anumite persoane care preiau funcția de avocat și cea de arbitru pentru aceeași parte în cauze diferite, ceea ce constituie problema principală în materie de conflict de interese.
- Proiectul CETA prevede că normele de transparență ale UNCITRAL se aplică prezentării de informații către public și că toate audierile sunt deschise publicului. Acest mijloc, inițial atrăgător, de realizare a transparenței este însă contracarat substanțial de puterea discreționară a tribunalului de a desfășura audieri cu ușile închise și de a nu face publice documentele.

⁽²³⁾ Observatorul european al întreprinderilor (*Corporate Europe Observatory* – CEO) este un grup fără scop lucrativ de activiști și cercetători, care elaborează studii de cercetare și publică rapoarte privind activitățile de lobby ale întreprinderilor la nivelul UE (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ CCPE: ISDS – situația actuală și perspectivele de reformă, 21.1.2014.

⁽²⁵⁾ Document de lucru al OCDE privind investițiile internaționale nr. 2012/3, p. 44-45.

⁽²⁶⁾ UNCTAD – Reforma ISDS – În căutarea unei foi de parcurs – Notă de prezentare a punctelor-cheie nr. 2, iunie 2013, p. 4.

9. Relația dintre sistemele judiciare naționale și ISDS

9.1 ISD beneficiază în prezent de un drept aproape unic prin care o persoană poate aduce un stat în fața unui tribunal de arbitraj în temeiul dreptului internațional. Legislația în materie de drepturi ale omului asigură drepturi specifice, dar, în mare parte pentru a se evita eludarea sistemelor juridice naționale, persoanele fizice trebuie să epuizeze mijloacele locale înainte de a putea face apel la o instanță internațională. CETA nu impune epuizarea mijloacelor locale. Investitorilor li se cere numai să caute consultanță.

9.2 Statele membre au evidențiat preocupări esențiale legate de tratate și de dispozițiile constituționale cu privire la ISDS, așa cum este prezentat acesta în CETA și este avut în vedere pentru TTIP⁽²⁷⁾. Îmbunătățirile propuse până în prezent la ISDS în ABI-uri nu au redus aceste preocupări⁽²⁸⁾. În politica sa comercială (articolele 205 și 207 din TFUE), UE are obligații față de principiile stabilite în articolul 3 din Tratatul UE, de CDF și de alte standarde legale.

Cu toate acestea, în contextul unui acord comercial, în cadrul căruia litigiile în materie de investiții sunt tranșate de instanțe internaționale de arbitraj care nu răspund juridic în același cadru, se poate ajunge la decizii care nu sunt în conformitate cu legislația UE (a se vedea punctul 7.3 – Micula vs. România).

9.3 Această delegare a competenței către instanțele de arbitraj de drept privat care nu sunt limitate de principiile UE ar putea să nu fie cuprinsă în dispozițiile Tratatului de la Lisabona și ar putea avea un caracter semnificativ ultra vires. CJUE a stabilit ca astfel de competență internațională să fie condiționată de absența oricărei atingeri aduse principiului respectării autonomiei sistemului juridic al UE și repartizării competențelor stabilită prin tratate⁽²⁹⁾.

9.4 Având în vedere că integrarea clauzei ISDS în TTIP trebuie să fie decisă cu acordul tuturor părților, este nevoie de acordul celor 28 de parlamente ale SM înainte de intrarea în vigoare (provizorie). Principiul subsidiarității trebuie recunoscut în ce privește excluderea instanțelor naționale.

9.5 Trebuie să se recunoască tensiunea dintre legislația UE și cea internațională, mai ales în domeniile în care este vorba despre monopolul CJUE asupra competenței (art. 19 TUE și art. 263 și urm. TFUE). Avizul CJUE privind aderarea UE la CEDO⁽³⁰⁾ și abordarea UE care prevede întâietatea legislației UE în cauza Micula vs. România reprezintă dovezi în acest sens. Articolul 14.16 al proiectului CETA infirmă existența unor efecte directe ale CETA și solicită încorporarea prevederilor acordului în legislația UE sau cea a SM pentru a putea fi invocate de investitori. Acest lucru complică și mai mult relațiile dintre ordinea juridică a UE și cauzele ISDS decise de instanțe de arbitraj.

9.6 În ce privește crearea primei clauze ISDS în tratatele de liber schimb ale UE, cu impact mondial asupra SM și a multor cetățeni UE, CESE consideră că este absolut vital ca CJUE să evalueze respectarea legislației UE în prealabil. Aceasta este deosebit de importantă în raport cu valorile fundamentale ale UE și cu CDF, dar și în ce privește monopolul CJUE asupra interpretărilor juridice și subsidiaritatea. Prin urmare, trebuie obținut un aviz juridic adecvat și trebuie să se țină seama de acesta înainte de intrarea în vigoare a acordului, precum și înainte de intrarea în vigoare provizorie a acestuia (articolul 218 TFUE). În acest context, ar trebui observat că, în cazul intrării în vigoare a CETA, acesta dispune de o clauză de supraviețuire prin care se extind prevederile acestuia, în cazul denunțării, pe termen de 20 de ani pentru investițiile efectuate înaintea denunțării.

⁽²⁷⁾ Aviz juridic „Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)” (Dispozițiile europene și constituționale pentru Acordul economic și comercial cuprinzător dintre UE și Canada) elaborat de dr Andreas Fischer-Lescano, Bremen, octombrie 2014; „Modalități de protecție a investițiilor și soluționarea disputelor între investitor și stat (ISDS) în cadrul TTIP din perspectiva sindicatelor” dr Markus Krajewski, Universitatea Friedrich-Alexander, Erlangen-Nürnberg, FES octombrie 2014; „Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit” (Acordurile de liber schimb, câteva observații privind chestiunea arbitrajului privat), prof. Siegfried Broß, Raport privind Mitbestimmungsförderung (promovarea participării la luarea deciziilor) nr. 4, H. Böckler Stiftung, 2015.

⁽²⁸⁾ „CETA: «Verkaufte Demokratie»”, *Corporate Europe Observatory*.

⁽²⁹⁾ CJUE, Avizul 1/91 din 14.12.1991 – SEE 1; Avizul 1/00 din 18.4.2002 – SACE; Avizul 1/9 din 8.3.2011 – Curtea Unică în materie de Brevete.

⁽³⁰⁾ Avizul CJUE 2/13 din 18.12.2013.

9.7 Este nevoie urgent ca CE să analizeze cum să trateze ABI intra UE și ABI dintre SM UE și țări terțe, mai ales cele cu țări dezvoltate precum SUA, Canada, care conțin mecanisme ISDS nereformate și care pot fi folosite în prezent pentru a contesta dreptul unui stat de a reglementa și de a realiza politici legitime de stat. Majoritatea acestor acorduri conțin, de asemenea, și clauze de supraviețuire, ceea ce complică și mai mult procesul denunțării lor.

10. Mecanisme de apel

10.1 În consultarea publică s-a evidențiat un sprijin amplu al SC față de un mecanism de apel, aspect reafirmat la audierea publică a CESE.

10.2 Proiectul de CETA nu conține niciun sistem de apel. Cu toate acestea, în proiect se prevede posibilitatea creării unui astfel de sistem. CETA prevede consultări viitoare cu privire la sistemele și modalitățile de apel. Această proiectare în viitor a momentului problematic minimizează importanța problemei. Trebuie găsită urgent o soluție.

10.3 În principiu, hotărârea unui tribunal este definitivă, revizuirea sau anularea ei nefiind posibilă decât în circumstanțe cu totul extreme⁽³¹⁾. Acest lucru diferă profund de orice sistem de justiție național și nu răspunde la preocupările fundamentale exprimate în consultare.

11. Cum poate fi reformat sistemul ISDS

11.1 UNCTAD a definit cinci opțiuni pentru reformarea ISDS:

- ajustarea sistemelor existente prin AII;
- limitarea accesului investitorilor la ISDS;
- promovarea sistemului alternativ de soluționare a litigiilor între state;
- introducerea unui mecanism de apel;
- crearea unei Curți internaționale permanente pentru investiții.

11.2 CESE consideră că aceste opțiuni merită o analiză mai detaliată. CE a studiat primele patru opțiuni la momentul definirii unei noi abordări a protecției investitorilor și a ISDS în CETA și în proiectul de acord UE-Singapore. Exercițiul de consultare a dovedit că se mențin preocupări profunde. Comitetul consideră că ideea creării unei Curți internaționale pentru investiții este cea mai bună cale de urmat, deoarece ar reuși în mare măsură să asigure legitimitatea și transparența sistemului și să ducă la o interpretare mai coerentă și la o mai mare acuratețe a deciziilor. În acest context, CESE salută declarația comisarului pentru comerț în Comisia pentru comerț internațional (INTA), la 18 martie 2015: „O instanță multilaterală ar reprezenta o utilizare mai eficientă a resurselor și ar avea mai multă legitimitate”.

11.3 Totuși, CESE nu consideră că este o soluție viabilă desfășurarea în paralel a negocierilor privind ISDS în cadrul TTIP cu opțiunea pe termen mediu de înființare a unei Curți internaționale pentru investiții. Dacă se ajunge la un acord în contextul TTIP, acest acord va deveni aproape sigur standardul absolut și va submina orice perspectivă de a se câștiga sprijinul pentru o Curte internațională. Situația este complicată și mai mult prin faptul că TTIP nu prevede o extrapolare automată la Acordul economic și comercial cuprinzător (CETA). Este important să se sublinieze faptul că negocierile privind CETA au fost încheiate și nu există nicio garanție că guvernul canadian va accepta să includă orice modificări convenite în cadrul TTIP.

⁽³¹⁾ Convenția ICSID, art. 52.

11.4 Prin adoptarea strategiei actuale, CE se confruntă cu perspectiva că prima sa încercare de negociere a protecției investitorilor ar putea conduce la trei sisteme diferite: pentru SUA, Canada și Singapore. Pe de altă parte, în cazul în care Comisia pune în aplicare un sistem uniform, acesta va fi obținut în urma unor negocieri foarte dificile. CESE consideră că în acest caz ar fi practic imposibil să se mai câștige sprijinul necesar pentru reorientarea eforturilor în vederea creării unei instanțe internaționale.

11.5 Prin urmare, CESE conchide că momentul în care actori mondiali majori, precum SUA, Canada și Japonia, sunt implicați în noi negocieri comerciale și de investiții concomitente oferă o ocazie unică de a crea o instanță internațională pentru investiții. De asemenea, Comitetul consideră că aceasta reprezintă și cea mai bună ocazie de a convinge țările în curs de dezvoltare, în care nevoia de protecție a investitorilor este probabil mult mai mare, să participe la un nou sistem global.

Bruxelles, 27 mai 2015.

Președintele
Comitetului Economic și Social European
Henri MALOSSE

ANEXĂ

la Avizul Comitetului Economic și Social European

Următorul aviz contrar, care a primit cel puțin un sfert din numărul voturilor exprimate, a fost respins în timpul dezbaterii:

Se elimină întregul text al avizului și se înlocuiește cu următorul text:**1. Concluzii și recomandări**

1.1 Investițiile străine directe (ISD) reprezintă o contribuție importantă la creșterea economică și la crearea locurilor de muncă. Întreprinderile care investesc în altă țară își asumă *ipso facto* un risc specific, dar contractanții străini trebuie protejați împotriva unui tratament disproporționat și abuziv din partea statului-gazdă în care au investit, cum ar fi exproprierea directă, discriminarea pe criteriul cetățeniei și tratamentul neloyal și inegal în raport cu investitorii interni. Este important să existe un mecanism neutru de soluționare a litigiilor. Investițiile se fac adesea pe termen foarte lung și este posibil ca situația politică din statele-gazdă să se schimbe.

1.1.1 Un acord internațional de investiții (AII) între două state (sau regiuni) implică legislație internațională. Pentru a fi eficientă, aceasta necesită un mecanism internațional de soluționare a litigiilor care să fie eficace și echilibrat.

1.1.2 Însă în majoritatea AII mecanismul de soluționare a litigiilor nu face nicio deosebire între societățile individuale și statul-gazdă în cadrul procedurii de soluționare a litigiilor dintre investitori și stat (ISDS) ⁽¹⁾. Soluționarea litigiilor dintre investitori și stat are caracter retroactiv. Spre deosebire de procedura de soluționare a litigiilor a OMC, atunci când un stat pierde o cauză, acest lucru implică numai plata despăgubirii, nefiind nevoie să abroge legislația respectivă. Investițiile nu intră în competența OMC, fiind eliminate din agenda Rundei de la Doha din 2003.

1.2 Uniunea Europeană este atât cel mai important furnizor, cât și cel mai mare beneficiar de investiții internaționale. Investițiile reprezintă un interes fundamental pentru întreprinderile din UE, inclusiv pentru IMM-uri. Prin urmare, Comitetul salută poziția Comisiei ⁽²⁾ potrivit căreia ISDS este:

- un instrument important pentru protecția investițiilor și, prin urmare, pentru promovarea și asigurarea creșterii economice în UE;
- o cale eficientă de a asigura punerea în practică a obligațiilor asupra cărora partenerii noștri comerciali și investitorii noștri s-au pus de acord prin semnarea de tratate de investiții.

1.2.1 O masă rotundă de afaceri pe tema Parteneriatului transatlantic pentru comerț și investiții (TTIP), organizată de Grupul «Angajatori» al CESE, a formulat într-o declarație comună ⁽³⁾ următoarea concluzie: «Un acord internațional precum TTIP ar trebui să creeze condiții favorabile care să atragă un nivel ridicat de investiții viitoare pe piața transatlantică. Aceasta presupune acordarea unui acces amplu și a unui tratament nediscriminatoriu investitorilor de ambele părți și îmbunătățirea cadrului actual privind PI, inclusiv a ISDS, făcând acest mecanism mai accesibil pentru IMM-uri și găsind un echilibru just între drepturile investitorilor și dreptul statelor și al autorităților locale de a reglementa în interesul public».

⁽¹⁾ Aproximativ 93 % din cele peste 3 250 de AII semnate până în prezent prevăd o procedură ISDS, deși aceasta a fost folosită în mai puțin de 100 de cazuri, ceea ce reprezintă sub 3 %.

⁽²⁾ CE – Fișă informativă privind ISDS – Punctul 2 – 3.10.2013.

⁽³⁾ Masa rotundă de afaceri a CESE – Declarația comună privind TTIP, 16.12.2014.

1.3 Acordul comercial dintre UE și Canada (CETA), încă neratificat, include un capitol extins privind protecția investițiilor, inclusiv dispoziții privind ISDS. Acesta, împreună cu capitolul privind investițiile din Acordul de liber schimb UE-Singapore ⁽¹⁾, este primul acord de investiții negociat de UE după ce a dobândit, în 2009, competențe legate de investiții în temeiul Tratatului de la Lisabona. Acest fapt a contribuit în mare măsură la abordarea chestiunilor rămase nesoluționate, dar ISDS trebuie să evolueze în continuare.

1.4 În afară de principiul «națiunii celei mai favorizate» și de clauza inclusă în mod obișnuit de Comisie privind compensațiile în caz de război, revoluție etc., Comitetul insistă ca protecția investitorilor realizată în temeiul unui acord internațional de investiții (AIL) și, prin urmare, pasibilă de aplicarea procedurilor ISDS, să fie limitată la patru măsuri de protecție de fond, și anume:

- nediscriminarea investitorilor pe criteriul cetățeniei;
- un standard de tratament minim, în general descris ca fiind «corect și echitabil»;
- compensații reale, prompte și adecvate în caz de expropriere (nediscriminatorie și cu garanții procedurale);
- posibilitatea transferului de fonduri legate de investiția respectivă.

1.5 De-a lungul timpului, recurgerea la ISDS a dat naștere la o serie de abuzuri, reale sau percepute ca atare, și este necesară remediarea situației. ISDS trebuie actualizat. Comitetul salută cele patru direcții în care vor continua studiile privind protecția investițiilor și ISDS, identificate de Comisie în ianuarie 2015 ca rezultat al consultării publice cu privire la protecția investițiilor și ISDS în cadrul TTIP, ca urmare a includerii sale în mandatul de negociere acordat în unanimitate de către statele membre.

1.5.1 Acestea acoperă următoarele subiecte:

- protecția dreptului statului de a reglementa;
- crearea și funcționarea curților de arbitraj;
- revizuirea deciziilor ISDS printr-un mecanism de apel;
- relația dintre ISDS și sistemele judiciare naționale.

1.5.2 Comitetul consideră că protecția adecvată a **dreptului de a reglementa al statului** este esențială și orice ambiguități rămase ar trebui eliminate. Așa cum s-a afirmat în Avizul CESE privind TTIP ⁽²⁾, «este esențial ca orice dispoziție în materie de ISDS propusă în TTIP să nu aducă atingere dreptului statelor membre UE de a introduce reglementări în interes public». AII anterioare au fost concepute în primul rând din necesitatea de a proteja investițiile. Atât CETA, cât și Acordul UE-Singapore au înăspriț definiții cheie pentru a evita interpretări nejustificate și, în preambul, menționează în mod specific dreptul de a reglementa. CESE consideră că această precizare ar trebui să fie inclusă acum în corpul textului oricărui astfel de acord, ca articol separat.

1.5.3 Este esențial ca **arbitrii din curțile de arbitraj ISDS** să fie pe deplin imparțiali și să nu fie pasibili de conflicte de interese. Comitetul solicită ca toți arbitrii să fie aleși dintr-o listă prestabilită de părțile din acordul respectiv și să se stabilească calificări clare ale acestor arbitri, în special să fie calificați pentru a exercita o funcție judiciară și să fi demonstrat că dețin cunoștințe la nivel de expert în domeniile relevante ale dreptului internațional.

⁽¹⁾ De asemenea încă neratificat și în prezent atacat la Curtea de Justiție cu privire la posibila sa definire ca acord «mixt» și, prin urmare, necesitând aprobarea tuturor parlamentelor statelor membre.

⁽²⁾ Avizul CESE – *Relațiile comerciale transatlantice și poziția CESE cu privire la îmbunătățirea cooperării și la un eventual acord de liber schimb UE-SUA* (JO C 424, 26.11.2014, p. 9).

1.5.4 Este, de asemenea, esențial un mecanism de apel – un proces juridic fără drept de apel este foarte rar, pe bună dreptate, deși există în actualele AII. CESE observă că în directivele de negociere inițiale pentru TTIP se făcea referire la un mecanism de apel. Modul de concepere a unui astfel de mecanism va fi extrem de important, inclusiv metodele de desemnare a membrilor, calificările și remunerarea lor, precum și orice limită de timp care urmează să fie aplicată. Mecanismul ar trebui să funcționeze atât pentru erorile de drept, cât și pentru erorile de fapt. Ar trebui analizat din timp dacă nu ar putea fi transformat dintr-un mecanism bilateral într-unul multilateral, eventual pe modelul Organului de apel al OMC. Orice astfel de mecanism va antrena costuri suplimentare, dar ar trebui să se țină seama de acest lucru.

1.5.5 Relația dintre **ISDS și sistemele judiciare naționale** va fi mai dificil de rezolvat. AII sunt acorduri internaționale, iar instanțele naționale nu au în mod necesar competența de a interpreta chestiuni de drept internațional. Chiar și cel mai bun sistem poate genera erori, însă ar trebui interzisă introducerea de două ori a aceleiași cauze. Părțile potențiale la un litigiu ar trebui fie să ia o decizie definitivă la începutul procedurii, fie să-și piardă dreptul de a apela la tribunalele naționale de îndată ce fac uz de ISDS.

1.6 Soluția pe termen mai lung constă într-un **tribunal internațional** multilateral. Acesta trebuie conceput în paralel cu dezvoltarea ISDS în cadrul TTIP și în afara acestuia. Este esențial să rămână în picioare o formă oarecare de protecție internațională a investitorilor cât timp este negociat și înființat un astfel de organism internațional.

1.6.1 Este important să se asigure masa critică pentru înființarea unui tribunal internațional ca obiectiv pe termen mai lung pentru soluționarea litigiilor de investiții. Un astfel de mecanism de apel internațional va fi cel mai probabil acceptat de toate părțile dacă este instituit prin consens, aspect care ar trebui să țină seama de problemele conexe eventuale cu care se confruntă toate noile instituții internaționale, inclusiv Curtea Penală Internațională.

1.6.2 CESE avertizează că nu este de dorit ca, așa cum s-a sugerat, statele membre ale G7, aflate toate în prezent în cursul negocierii unor AII, să înceapă să înființeze separat un tribunal internațional. O masă critică nu se poate obține decât dacă sunt implicate de la început o gamă mult mai largă de state și dacă se lasă posibilitatea deschisă ca alte state să adere dacă și când sunt interesate.

1.6.3 Între timp, CESE recomandă UE și SUA să se angajeze în negocierea unui mecanism bilateral de soluționare a disputelor de investiții în cadrul TTIP.

2. Cadrul general

2.1 Comitetul remarcă faptul că, în cazul în care două țări doresc să promoveze relații economice între ele prin intermediul unui AII, fiecare va promite celeilalte că va garanta anumite niveluri de tratament investitorilor și investițiilor din cealaltă țară. Aceste promisiuni asumate voluntar vor fi supuse unui proces complet de ratificare la nivel național. Procedând astfel, cele două state nu acordă în niciun fel prioritate interesului unei întreprinderi în raport cu propriul drept suveran de a reglementa. Pentru a apăra interesele statului de drept însă, guvernele trebuie să respecte garanțiile acordate.

2.2 Comitetul recunoaște că, deși statele negociatoare încearcă să includă dispoziții de protejare a propriilor întreprinderi împotriva acțiunilor discriminatorii din partea partenerilor comerciali, este nerealist ca o societate lezată să se aștepte ca orice litigiu să fie abordat automat la nivel interstatal, ridicând astfel problema la un nivel politic sau diplomatic.

2.2.1 Dacă întreprinderile s-ar baza pe UE să abordeze litigiile la nivel interstatal, nu s-ar putea urmări decât foarte puține cauze, iar întreprinderile mai mici ar avea mai puține șanse să fie auzite. Este improbabil să existe multe cauze între două sisteme juridice mature și democratice, însă în cazul în care procedurile de soluționare a litigiilor la nivel interstatal ar deveni norma, numărul de cauze ar crește în mod cert, cu implicații grave pentru state din perspectiva resurselor.

2.2.2 Așa cum a arătat ⁽¹⁾ chiar doamna comisar Malmström în ce privește negocierile pentru TTIP, în instanțele din SUA nu poate fi invocat dreptul internațional și nicio lege a Statelor Unite nu interzice discriminarea contra investitorilor străini. În alte țări, instanțele naționale pot fi și mai puțin de încredere.

⁽¹⁾ Parlamentul European, 6 mai.

2.2.3 Investițiile nu sunt identice cu comerțul. Într-un litigiu comercial, este în mod clar responsabilitatea statului să ia conducerea. Astfel de litigii implică de obicei o categorie de produse, cum ar fi bananele, panourile solare sau textilele: dumpingul reprezintă o problemă esențială cu care se confruntă Organul de soluționare a litigiilor al OMC.

3. Evoluția ISDS

3.1 Deși numărul total al cauzelor ISDS ⁽¹⁾ rămâne redus, utilizarea procedurii a crescut substanțial din 2002. Această creștere este proporțională cu creșterea ISD în general, care au depășit până în 2013 25 de mii de miliarde USD. Din 2002, cauzele demarate de investitorii europeni reprezintă circa 50 % din total. Un număr substanțial dintre acestea au fost inițiate de întreprinderi mai mici sau specializate ⁽²⁾. Este important ca orice procedură ISDS rezultată de pe urma reformei să fie mai accesibilă IMM-urilor.

3.1.1 Din cele 356 de cauze despre care se știe că au fost încheiate, 25 % au fost soluționate în favoarea investitorului și 37 % în favoarea statului. Restul au fost soluționate pe cale amiabilă ⁽³⁾.

3.2 Având în vedere problemele – atât percepute, cât și reale – apărute în urma rezultatelor mai multor cauze ISDS la nivel mondial, inclusiv a câtorva aflate încă pe rol, o parte tot mai semnificativă a opiniei publice din UE, condusă de sindicate, ONG-uri și alte organizații, a început să fie preocupată de folosirea acestei clauze, manifestându-se o opoziție crescândă față de capitoul de investiții și față de ISDS din cadrul TTIP.

3.3 Comitetul observă că, fără reformarea ISDS și includerea unui capitol de investiții în TTIP, aranjamentele anterioare prezente în cele 1 400 de tratate bilaterale de investiții (TBI) negociate de fiecare stat membru (cu excepția Irlandei) și în special cele stabilite anterior de nouă state membre cu SUA ar fi în continuare valide și ar rămâne în vigoare.

Rezultatul votului

Voturi pentru:	94
Voturi împotriva:	191
Abțineri:	25

⁽¹⁾ 610 cauze până la finele lui 2014.

⁽²⁾ Camera de comerț din Stockholm informează că, din 100 de cauze finalizate între 2006 și 2011, cam 22 % au fost inițiate de IMM-uri; BDI (*Bundesverband der Deutschen Industrie*) raportează la rândul său că circa 30 % din cauzele pornite de întreprinderile germane au fost inițiate de IMM-uri.

⁽³⁾ CE – Fișă informativă privind ISDS, 3 octombrie 2013.