

Exproprierea indirectă în contextul dreptului internațional al investițiilor

Indirect Expropriation in International Investment Law

L'expropriation indirecte dans le contexte du droit international des investissements

Rezumat

Rolul dreptului internațional al investițiilor a devenit din ce în ce mai important în ultimele decenii, ceea ce a dus implicit și la necesitatea de protejare a investițiilor, dar și a investitorului de diferite pericole, inclusiv cel al exproprierii. Deși în contextul economic actual în care se urmărește atragerea de investiții, exproprierea a devenit mai puțin vizibilă, ea nu a dispărut, trecând de la forma sa directă, la una mult mai subtilă, exproprierea indirectă.

În legătură cu acest concept, apar însă o serie de întrebări la care această lucrare își propune să răspundă: recunoașterea unei exproprieri indirecte, reglementarea acesteia și măsura în care statul poate afecta valoarea investițiilor prin reglementări interne fără a fi susceptibil de despăgubiri.

Cuvinte cheie: expropriere indirectă, expropriere ascunsă, investiție, investitor, privare substanțială, tratate de protecție a investițiilor

Abstract

The role of international investment law has become increasingly important in recent decades, leading thus to the need to protect the investment and the investor from various dangers, including expropriation. Even though, in the current economic climate in which states are seeking to attract investments, expropriation became less visible, it has not disappeared, shifting from its direct form to a one much more subtle – indirect expropriation.

Concerning this concept, there are multiple questions that arise and to which this paper aims to answer: the recognition of indirect expropriation, its regulation and the extent to which the state may affect the value of investments by domestic regulations without being liable for damages.

Keywords: indirect expropriation, creeping expropriation, investment, investor, substantial deprivation, investment protection treaties

Résumé

Le rôle du droit international des investissements est devenu de plus en plus important dans les dernières dizaines d'années, ce qui a implicitement conduit à la nécessité de protéger les investissements, mais l'investisseur des différents dangers, en incluant celui de l'expropriation. Même si, dans le contexte économique actuel dans lequel on cherche à attirer des investissements, l'expropriation est devenue moins visible, elle n'a pas disparu, en passant de sa forme directe à une autre plus subtile - l'expropriation indirecte.

En ce qui concerne ce projet, il y a une série de questions auxquelles cette procédure se propose de répondre : la reconnaissance d'une expropriation indirecte, sa réglementation et la mesure dans

laquelle l'état peut affecter la valeur d'investissements à travers des réglementations internes sans être menacé de dédommagements.

Mots clés : expropriation indirecte, expropriation cachée, investissement, investisseur, privation substantielle, traites de projection des investissements.

Introducere

Este o regulă cunoscută în dreptul internațional că proprietatea străinilor nu poate fi luată pentru scopuri mai mult sau mai puțin publice fără o despăgubire adecvată¹. Astfel, investitorii privați străini care dețin investiții pe teritoriul unui alt stat sunt în prezent protejați de tratate privind investițiile care le garantează drepturile, inclusiv dreptul de a primi despăgubiri în cazul unei exproprieri directe sau indirecte².

Este important de menționat că din perspectiva dreptului internațional exproprierea este guvernată de două reguli: principiul suveranității statelor asupra teritoriilor și resurselor naționale și obligația acestora de a respecta drepturile străinilor.³ Aceasta însă trebuie să se supună unui set de restricții: să nu aibă o natură discriminatorie, să fie luată pentru interesul public și investitorul să fie despăgubit pentru pierderea suferită.

În contextul actual, conflictele ce privesc exproprierea directă (care se referă în special la naționalizări, confiscarea bunurilor de către stat, transferul forțat al bunurilor către stat), au fost înlocuite de diferende referitoare la exproprierea indirectă. În timp ce exproprierea directă nu ridică multe întrebări, problema capătă o mare complexitate atunci când statul afectează drepturile unui investitor străin, fără a-l priva însă în totalitate de acele drepturi. Domenii precum sănătatea publică, protecția mediului precum și schimbările generale în legislația internă, determină statul gazdă să facă modificări și în ceea ce privește reglementarea investițiilor străine⁴, putând conduce astfel spre o expropriere indirectă.

Diferența dintre exproprierea directă și exproprierea indirectă

Din perspectiva dreptului internațional conceptul de expropriere a fost întotdeauna înconjurat de controverse. Exproprierea reprezintă atât cea mai gravă violare a dreptului de proprietate privată cât și o aplicare a suveranității statelor. În dreptul internațional al investițiilor exproprierea este definită ca retragerea formală a drepturilor de proprietate în beneficiul statului sau în beneficiul persoanelor

¹ OECD (2004), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, pg. 2

² Suzy H. Niklema, Best Practices Indirect Expropriation, publicat de Institutul Internațional pentru Dezvoltare Durabilă, pg.3

³ Newcombe Andrew, Paradell Lluís, Law and Practice of Investment Treaties, Kluwer Law Intl., pg. 321

⁴ Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, pg. 90

private desemnate de către stat. Această definiție însă se referă la exproprierea formală sau directă.⁵ Ce se întâmplă însă atunci când dreptul de proprietate este păstrat, dar statul acționează totuși împotriva investitorului prin mijloace mai puțin evidente? Din această perspectivă ne situăm în ceea ce tratatele de protecție a investițiilor numesc expropriere indirectă.

Așadar în dreptul internațional se face distincție între formele directe de expropriere în care statul în mod deschis și deliberat confiscă proprietatea și/sau își transferă sieși proprietatea sau unui terț; și formele indirecte de expropriere în cadrul cărora o măsură a statului care, deși aparent nu implică un transfer al proprietății, îl privează pe investitor fie de proprietate sau de beneficiile sale.⁶

Una din primele încercări în vederea definirii conceptului de expropriere indirectă a fost realizată de G.C. Christie care analizând două decizii cu privire la expropriere, „Anumite interese germane în Silezia Superioară Poloneză” și „Cererile armatorilor norvegieni”, a ajuns la concluzia că: (i) un stat poate expropria atunci când afectează proprietatea, chiar dacă statul nu a avut o astfel de intenție și (ii) acțiunile statului pot afecta într-o așa măsură dreptul de proprietate încât acestea echivalează cu o expropriere, chiar dacă titlul legal de proprietate nu este lezat.

Diverse tipuri de măsuri ale guvernului pot da naștere la exproprieri indirecte incluzând: vânzări forțate, impozite arbitrare sau exorbitante, privarea de profit, hărțuirea angajaților, interzicerea re-exportului de echipament sau alte forme de comportament arbitrar care duc la privarea investitorului de beneficiile proprietății sale.⁷

Exproprierea ascunsă

Exproprierea ascunsă („creeping expropriation”) este o specie a exproprierii indirecte care se produce ca urmare a punerii în aplicare de-a lungul timpului a unor măsuri care cumulate au un efect de expropriere, spre deosebire de o singură măsură sau un grup de măsuri care se iau odată.

Astfel, tribunalul în cazul *Generation Ukraine* a definit exproprierea ascunsă ca: „...o formă a exproprierii indirecte cu calitate temporală distinctivă în sensul că privește o situație în care o serie de acte atribuite statului într-o perioadă de timp culminează cu exproprierea unui astfel de proprietăți”.

Acte discrete, analizate izolat și nu în contextul șirului evenimentelor, pot părea inofensive în ceea ce privește potențialul de expropriere. Unele pot să nu determine exproprierea prin ele însele. Doar privind din retrospectivă va deveni evident că acele acte reprezintă părți componente a unui cumul de măsuri vătămătoare și omisiuni care agregate duc la exproprierea indirectă a drepturilor de proprietate a unui investitor.⁸

Un caz relevant în acest sens este *Benvenuti et Bonfanti c. Republica Populară Congo*, în care pârâtul, o firmă italiană a intrat într-un joint venture cu Congo pentru a crea o companie care să producă sticle de plastic pentru apă minerală (PLASCO). Guvernul congolez a fost de acord să stabilească un regim fiscal special pentru PLASCO, să adopte măsuri de protecție pentru a micșora concurența străină și să asigure finanțare. Problemele au apărut aproape imediat. În cursul lunilor și anilor următori, guvernul, inter alia, nu și-a respectat obligațiile de finanțare, a fixat unilateral prețurile

⁵ Suzy H. Niklema, *Best Practices Indirect Expropriation*, publicat de Institutul Internațional pentru Dezvoltare Durabilă, pg.1

⁶ Newcombe Andrew, *Paradell Lluís, Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law Intl., pg. 323

⁷ Newcombe, op.cit. pg.327-328

⁸ Sloane, Robert D. and Reisman, W. Michael, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*. Faculty Scholarship Series Paper,pg124

pentru sticlele de apă minerală sub nivelul stabilit inițial, a eșuat în a stabili un regim fiscal preferențial, a neglijat întâlnirile Consiliului de administrație și nu a adoptat măsuri protecționiste în vederea limitării importului de apă minerală.

În final, armata congoleză a ocupat sediul PLASCO și guvernul a instituit urmărirea penală împotriva unui investitor italian, obligând compania italiană să-și încheie operațiunile și să părăsească Congo. Cu toate acestea, în niciun moment guvernul congolez nu a avut ca scop să exproprieze cota din PLASCO a companiei italiene. De fapt, în cursul arbitrajului subsecvent, Congo a susținut că partea italiană se poate întoarce oricând pentru a-și recupera cota din PLASCO. Tribunalul ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) a susținut poziția firmei Benvenuti et Bonfanti și anume că efectul cumulativ al actelor și omisiunilor guvernului congolez a dus la exproprierea de facto.

Reglementarea exproprierii indirecte

Definiția exproprierii indirecte este fără dubiu, în momentul de față una din cele mai importante probleme ale dreptului internațional al investițiilor. La sfârșitul anilor 1990, un număr de conflicte în legătură cu investițiile reglementate de NAFTA (North American Free Trade Agreement), au demonstrat gravitatea problemelor pe care le pune conceptul de expropriere indirectă. De atunci, numărul de cazuri născute în legătură cu exproprierea indirectă demonstrează că rămâne o problemă majoră și în ziua de azi.⁹

Cu toate că acest concept al exproprierii indirecte a dobândit importanță și relevanță după includerea sa în Capitolul II al NAFTA, a fost precedat de diferite antecedente: decizii luate de diferite tribunale internaționale (Interese germane în Silezia Polononeză Superioară – Curtea Permanentă de Justiție, 1919), încercări de codificare (Proiectul Harvard privind Convenția asupra responsabilității internaționale a statelor pentru leziuni cauzate străinilor), includerea termenului în tratate anterioare.¹⁰

Protecția împotriva exproprierii indirecte a fost inclusă în forme variate ale instrumentelor internaționale. Toate tratatele relevante, cât și propunerile de tratate conțin referiri la exproprierea indirectă sau măsuri echivalente cu exproprierea. Cu toate acestea, majoritatea acestora nu menționează nimic despre regimul măsurilor luate de către statul gazdă care nu necesită despăgubire, cu excepția: Convenției Europene a Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale și a noilor modele de tratate bilaterale privind investițiile utilizate de SUA și Canada. Proiectul OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), Acordul Multilateral privind Investițiile, deși tace în ceea ce privește aceste tipuri de măsuri, este însoțit de comentarii care abordează această problemă. Un alt text care o menționează este Proiectul Harvard privind Convenția asupra responsabilității internaționale care deși constituie o lucrare științifică și nu o practică a statelor, reprezintă un element esențial al doctrinei.¹¹

Pe de o parte, există texte care includ *exproprierea indirectă fără a adresa problema reglementărilor care nu necesită despăgubire*. Tratatele bilaterale de investiții conțin referiri generale și concise cu privire la exproprierea indirectă care se concentrează asupra efectului acțiunilor realizate de stat și nu abordează distincția dintre acțiunile care necesită despăgubire și cele care nu necesită

⁹ Niklema Suzy H., Best Practices Indirect Expropriation, publicat de Institutul Internațional pentru Dezvoltare Durabilă, pg.2

¹⁰<http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-21/the%20concept%20of%20indirect%20expropriation.pdf> pg.79

¹¹ OECD (2004), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing, pg.6

compensare.¹² De exemplu se folosesc expresii precum: „măsuri care au un efect echivalent naționalizării sau exproprierii”. Articolul 1110 din NAFTA, utilizează următorul limbaj: „Nicio parte nu poate în mod direct sau indirect să naționalizeze sau să exproprieze o investiție a unui investitor al celeilalte părți sau să ia o măsură echivalentă cu naționalizarea sau exproprieria unei astfel de investiții cu excepția: (a) pentru cauză de utilitate publică, (b) pe o bază lipsită de discriminare, (c) în conformitate cu un proces echitabil și cu articolul 1105(1), (d) cu plata unei despăgubiri.

Pe de altă parte, există texte care abordează *problema măsurilor statului care nu necesită despăgubire*. În acest sens este relevant articolul 1 al Protocolului 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului: „Orice persoană fizică sau juridică are dreptul la respectarea bunurilor sale. Nimeni nu poate fi lipsit de proprietatea sa decât pentru cauza de utilitate publică și în condițiile prevăzute de lege și de principiile generale ale dreptului internațional. *Dispozițiile precedente nu aduc atingere dreptului statelor de a adopta legile pe care le consideră necesare pentru a reglementa folosința bunurilor conform interesului general sau pentru a asigura plata impozitelor ori a altor contribuții sau a amenzilor.*”

De asemenea o serie de tratate privind investițiile, afirmă în mod expres că statul are dreptul de a reglementa în vederea protecției diferitelor interese publice, fie sub forma unor excepții de la exproprieria indirectă, fie sub forma unor anexe la tratatele respective.

Așadar, puține texte legale au încercat să abordeze direct distincția dintre cele două tipuri diferite de măsuri care au efecte asupra valorii economice a investițiilor străine. Doctrina a recunoscut existența unei distincții dar nu a adus argumente clare în vederea diferențierii celor două. Acest lucru s-ar putea să reflecte o ezitare în stabilirea unor reguli simple și clare în această materie care are atât de multe situații complexe și o preferință ca rezolvarea acestei probleme să revină tribunalelor arbitrale în urma unui studiu de la caz la caz.¹³

Criteria pentru identificarea exproprierii indirecte

Cu toate că sunt unele neconcordanțe între modul în care unele tribunale arbitrale au făcut distincție între măsurile legitime care nu necesită despăgubire, dar care au un efect economic asupra investițiilor străine și exproprieria indirectă, în termeni mari analiza arată că au fost identificate o serie de principii cheie pentru recunoașterea exproprierii indirecte. Astfel, în opinia lui Andrew Newcombe și Lluís Paradell, acestea sunt:

1. Forma măsurii și intenția statului nu sunt determinante
2. Reclamantul trebuie să dovedească că măsura în discuție se concretizează într-o privare substanțială
3. Caracterul măsurilor guvernamentale trebuie să fie luat în considerare pentru a determina dacă excepția doctrinei puterilor poliției se aplică
4. Așteptările legitime ale investitorului
5. Analiza de la caz la caz¹⁴

¹² Ibidem.

¹³ OECD op.cit. pg 9

¹⁴ Newcombe, op.cit. pg.341

1. Forma măsurii și intenția statului nu sunt determinante

Din perspectiva dreptului internațional, exproprierea capătă o abordare funcțională bazată pe efectele pe care le produce. Acest lucru rezultă din decizia dată de instanță în cazul Tippetts : „ Intenția guvernului este mai puțin importantă decât efectele produse asupra proprietarului și forma măsurilor de control sau a imixtiunii este mai puțin importantă decât realitatea impactului pe care îl produc.”¹⁵

Instanța în cazul Pope and Talbot¹⁶ a respins argumentul Canadei că reglementările non-discriminatorii nu pot duce la expropriere, reținând că astfel de excepții ar crea lacune în protecția internațională împotriva exproprierii.

Așadar, statelor nu le este permisă posibilitatea de a evita responsabilitatea pentru exproprierile de facto prin simpla caracterizare a unei măsuri ca o reglementare de interes public. Atât timp cât conduita este atribuită statului, caracterizarea sa nu este determinantă.

Intenția de a expropria nu este în mod necesar un element al exproprierii, după cum rezultă din cazul Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. și Vivendi Universal S.A. c. Argentina¹⁷, instanța a reținut că în timp ce intenția va cântări în favoarea dovedirii că o măsură duce la expropriere, aceasta nu este o condiție obligatorie deoarece efectul măsurii asupra investitorului este factorul critic.

În cazul unei exproprieri directe, naționalizări sau rechiziții, este necesară o legătură între intenție și rezultat. Guvernul intenționează să exproprieze și măsura în cauza duce la îndeplinire voința guvernului. În cazul Sempra¹⁸, instanța a reținut că în situația unei exproprieri directe care presupune un transfer de proprietate este necesară intenția directă. Pe când, în cazurile privind exproprierea indirectă, ar putea să nu existe o intenție conștientă de a expropria, chiar dacă exproprierea este un rezultat inevitabil al măsurilor guvernului. Mai mult chiar, este destul de probabil ca sarcina de a dovedi intenția statului, să fie aproape imposibilă pentru investitor.

Cu toate acestea, intenția nu este în totalitate irelevantă pentru determinarea dacă măsura guvernului s-a concretizat într-o expropriere sau nu. Astfel, intenția are următoarele trei efecte: (i) creșterea posibilității ca un tribunal să gasească o expropriere, (ii) improbabilitatea ca un stat să invoce excepția puterilor poliției ca o justificare a lipsei despăgubirilor, (iii) evaluarea despăgubirilor.

2 . Reclamantul trebuie să dovedească că măsura în discuție se concretizează într-o privare substanțială

2.1. Cerințele pentru existența unei privări substanțiale

Privarea de proprietate trebuie să fie severă, fundamentală sau substanțială și nu efemeră. Aceasta va trebui să fie stabilită de la caz la caz.

Analiza e complicată de trei factori. În primul rând, cu toate că instanțele au afirmat în mod constant că privarea trebuie să fie severă și nu efemeră, au evitat pragurile numerice. Astfel, spunând că o privare de 90% a valorii investiției reprezintă expropriere, dar că una de 89% nu are acest efect, ar fi arbitrar. În al doilea rând, caracterizarea investiției poate fi determinantă pentru analiza privării.

¹⁵ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Islamic Republic of Iran(1984) Iran-US CTR 219

¹⁶ Pope and Talbot Inc. v. Canada, UNCITRAL<United Nations Commission on International Trade Law> (NAFTA) , Interim Award, 26 June 2000: 7 ICSID Rep 69;

¹⁷ Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. și Vivendi Universal S.A. c. Argentina, ICSID Case. No. ARB/97/3

¹⁸ Sempra Energy International c. Argentina (US-Argentina BIT) ICSID Case No. ARB/02/16

Așadar, stabilirea unei privări depinde de cum instanța caracterizează investiția. În al treilea rând, chiar și o privare severă poate fi justificată prin doctrina puterilor poliției¹⁹.

Privarea trebuie să ducă la o îndepărtare a posibilității unui proprietar de a-și folosi drepturile economice. Privarea trebuie să fie intensă și de durată. În cazul *Wena Hotels Limited v. Egipt*²⁰, excluderea din managementul unui hotel pentru o perioadă de un an a investitorului în ciuda reînțoarcerii ulterioare, a fost considerată a fi expropriere. În cazul *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipt*²¹, revocarea unei licențe care l-a privat pe investitor de drepturile acordate inițial a fost considerată a fi expropriere. În contrast, în cazul *Myers*²², instanța a socotit că interzicerea exporturilor pentru 18 luni nu rezează expropriere. Jurisprudența IIA (International Investment Agreement) nu a stabilit o formulă pentru durata unei măsuri, fiecare caz depinzând de propriile elemente de fapt.

Acolo unde un investitor pretinde existența unei exproprieri indirecte ca un rezultat al unei măsuri sau a efectului cumulat a mai multor măsuri – expropriere ascunsă – e posibil să fie destul de dificil pentru instanță să realizeze o determinare factuală a gradului de privare.

Aceasta este în mod particular adevărat atunci când reclamantul nu a utilizat mai întâi mijloacele interne de soluționare a diferendului. Astfel în cazul *Generation Ukraine*, instanța a reținut următoarele: faptul că o investiție a devenit fără valoare în mod evident nu înseamnă că a avut loc un act de expropriere; investițiile presupun de fiecare dată un anumit risc. Nu este suficient pentru investitor să acuze o inițiativă guvernamentală sau o inacțiune care ar fi putut contribui la lipsa sa de noroc sau să se fixeze pe un act defectuos al administrației, să-și abandoneze investiția fără niciun efort de a remedia greșeala de natură administrativă.²³ În astfel de cazuri, un tribunal internațional ar putea susține că eșecul în a căuta mai întâi o soluție pe plan intern descalifică pretenția formulată la nivel internațional. Acest lucru se întâmplă nu pentru că este o cerință obligatorie în a recurge mai întâi la toate mijloacele interne posibile de soluționare a conflictului, dar deoarece o conduită echivalentă cu expropriere este îndoielnică în lipsa unui efort rezonabil din partea investitorului de a corecta greșeala.

2.2. *Obiectul privării și problema exproprierii parțiale*

Pentru a determina dacă s-a produs sau nu o privare substanțială sau semnificativă, este necesară identificare a ceea ce a fost „luat” și dacă este posibilă divizarea investiției în drepturi de proprietate distincte sau în mai multe investiții.

În cazul *GAMI*²⁴, tribunalul a făcut referire la o afirmație a instanței din cazul *Pope și Talbot* și anume că o valoare economică diminuată poate fi considerată a fi expropriere dacă gradul de scădere este echivalent cu expropriere. Apoi, tribunalul s-a întrebat dacă referirea din cazul *Pope și Talbot* privește doar situația în care proprietatea este „luată” numai dacă este afectată în ansamblul său. Acestei întrebări nu i se poate oferi un răspuns corect înainte de a pune o altă întrebare: care proprietate? S-a ajuns la concluzia că această noțiune trebuie să fie înțeleasă în sensul că *proprietatea afectată* trebuie să fie lezată până la un punct încât să fie privită ca și cum ar fi fost „luată”.²⁵

¹⁹ Doctrina puterilor poliției desmenează posibilitatea statului de a reglementa conduita în vederea îmbunătățirii sănătății, siguranței cetățenilor, a menținerii bunelor moravuri și a bunăstării generale.

²⁰ *Wena Hotels Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (UK-Egypt BIT)

²¹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6 (Greece-Egypt BIT)

²² *S.D. Myers Inc. v. Canada* UNCITRAL (NAFTA)

²³ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9 (US – Ukraine BIT)

²⁴ *GAMI Investments, Inc. v. Mexico* UNCITRAL (NAFTA)

²⁵ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA)

Astfel, o problemă fundamentală în analiza exproprierii este caracterizarea proprietății afectate. Aceasta, în schimb, necesită o analiză a posibilității de a fi separată de restul investiției.

Va fi relevant dacă dreptul aplicabil recunoaște dreptul sau interesul în cauză ca o parte distinctă modul în care investiția este structurată și condusă, scopul măsurii aplicate de stat și așteptările legitime ale investitorului.

În concluzie, trebuie menționat că tendința tribunalelor a fost că investițiile trebuie să fie privite ca un întreg. În contrast, există și cazuri în care dacă a avut loc o confiscare a unui bun specific sau a unui drept contractual determinat(de exemplu cazul Eureko²⁶) care a fost considerat ca fiind o investiție de sine stătătoare, atunci tribunalele au decis că a avut loc o expropriere.

3. Caracterul măsurilor guvernamentale trebuie să fie luat în considerare pentru a determina dacă excepția doctrinei puterilor poliției se aplică

Din perspectiva dreptului internațional cutumiar, nu toate privările de proprietate reprezintă expropriere. Proprietatea poate fi reținută de către stat în baza legii penale sau proprietatea poate să fie distrusă pentru motive de sănătate publică. Fiscalitatea generală nu reprezintă expropriere. În toate aceste cazuri, un stat nu este responsabil pentru exercitarea legitimă și bona fide a puterilor suverane ale poliției sub rezerva anumitor obligații sau a analizei proporționalității și a caracterului rezonabil.

Autoritățile dreptului internațional au ajuns în mod constant la concluzia că niciun drept la despăgubire nu se naște din reglementări rezonabile, necesare, adoptate pentru protecția sănătății publice, pentru siguranță sau pentru binele public. Această percepție este reflectată în instrumentele internaționale de investiții, cum ar fi Convenția MIGA(Agenția Multilaterală de Garantare a Investițiilor), practica IIA și codificări precum US Third Restatement și 1961 Harvard Draft. De-a lungul timpului s-a confirmat că statele pot justifica privările pe care le cauzează investitorilor pe baza exercițiului așa-numitelor „puteri ale poliției”, un termen folosit din punct de vedere istoric în SUA în contextul dreptului exproprierii.

La nivel internațional sunt recunoscute trei categorii de astfel de reglementări care ar putea justifica lipsa despăgubirilor acolo unde există o privire:

- a) ordinea publică și moralitatea
- b) protecția sănătății și a mediului
- c) fiscalitatea

a) Ordinea publică și moralitatea

În vederea aplicării propriilor legi, un stat poate expropria fără despăgubire bazându-se pe argumentul protecției ordinii publice și moralității.

Cel mai bine acest concept poate fi înțeles din cazurile practice. Astfel, tribunalul în cazul Saluka a stabilit că „privarea poate fi justificată dacă rezultă din exercițiul acțiunilor de reglementare care privesc menținerea ordinii publice. În continuare a afirmat că este stabilit la nivelul dreptului internațional că statele nu sunt obligate să plătescă despăgubiri unui investitor străin când, în exercițiul normal al puterilor de reglementare, acestea adoptă măsuri care nu sunt discriminatorii și care vizează binele public. Tribunalul a continuat să spună că dreptul internațional nu a reușit încă să identifice într-

²⁶ Eureko BV v. Poland, Ad Hoc (Netherlands-Poland BIT)

un mod complet și definitiv exact care reglementări sunt considerate „permise” și „acceptate în mod obișnuit” și care se încadrează în competența de reglementare a statului, fiind astfel exceptate de la obligația de despăgubire. În alte cuvinte, nu a reușit să traseze o linie între reglementările care nu necesită despăgubire pe de o parte și măsurile care au ca efect privarea investitorilor străini de propriile investiții (măsuri care necesită compensare) pe de altă parte.

În cazul Saluka²⁷, tribunalul a decis că investitorul a fost privat de investiție ca rezultat a administrării forțate a unei bănci. Cu toate acestea, a considerat că Banca Națională a Cehiei a fost îndreptățită să ia această măsură având în vedere situația financiară critică a băncii și destabilizarea potențială care s-ar fi putut produce în Cehia.

Cu toate că gradul până la care puterile de reglementare ale statului pot fi folosite pentru a aduce privațiuni investitorilor este încă neclar, există o serie de constrângeri a folosirii acestor puteri. Măsura în cauză trebuie să nu discrimineze, trebuie să fie luată cu bună credință și îndreptată spre binele public. Mai general, puterile poliției vor trebui să se conformeze standardului minim de tratament. De exemplu măsura guvernului care este arbitrară sau care încalcă dreptul internațional umanitar nu poate fi justificabilă.

Scopul puterilor poliției în domeniul moralității și ordinii publice, este destul de dificil de definit. Limitările în ceea ce privește proprietatea care pot fi susținute de teoria moralității diferă de la un stat la altul. Cu toate că granița nu este deloc ușor de determinat, în multe situații trimiterea la standardele internaționale va fi de ajutor în a hotărî dacă măsura statului este rezonabilă în anumite circumstanțe.

Chiar și în absența unor standarde internaționale, practica generală și comparativă a diferitelor state este relevantă, de exemplu preeminența dreptului competiției pentru a asigura o piață corectă sau legile privind protecția consumatorului care asigură siguranța produselor.

b) Protecția sănătății și a mediului

Proprietatea poate fi confiscată în timpul unei epidemii a unei boli infecțioase și distrusă dacă situația impune acest lucru. De exemplu în 1894 autoritățile braziliene au distrus o serie de loturi de pepeni datorită apariției unui focar de holeră. Producătorii de pepeni au făcut apel la autoritățile braziliene pentru despăgubiri. Când pretențiile acestora au fost respinse, câțiva producători cetățeni ai SUA au cerut guvernului american să facă o cerere în numele acestora. Departamentul de Stat al SUA a declarat că măsurile au fost juste în circumstanțele date și ca atare nu se poate cere o despăgubire.

c) Fiscalitatea

Din punctul de vedere al dreptului internațional se poate impune o sarcină fiscală semnificativă asupra investițiilor, însă autoritățile internaționale avertizează că la un anumit moment aceasta poate fi echivalentă cu exproprierea.

Astfel, în cazul EnCana²⁸, instanța a reținut că în principiu o lege care creează a nouă obligație în sarcina unei categorii de persoane de a plăti sume de bani către stat nu reprezintă o „luare” a proprietății, doar dacă această lege impune o sarcină fiscală extraordinar de punitivă sau care este stabilită arbitrar, ar putea ridica probleme în ceea ce privește exproprierea indirectă. În cazul de față refuzul restituirii TVA-ului în valoare de 10% din tranzacțiile asociate cu producerea și exportul petrolului nu a privat firma EnCana în totalitate sau în mod semnificativ de beneficiile investițiilor sale.

²⁷ Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL (Netherlands-Czechoslovakia BIT)

²⁸ EnCana Corporation v. Ecuador, LCIA Case No. UN3481

De asemenea, în cazul Link-Trading Joint Stock Company c. Moldova²⁹, instanța a observat că o schimbare a obiceiurilor și a unor măsuri de impozitare reprezintă o expropriere, a considerat că măsurile fiscale pot duce la expropriere atunci când echivalează cu un abuz, adică cu o acțiune injustă, arbitrară sau discriminatorie sau cu o violare a unui angajament al statului.

Problema proporționalității

În analiza acestei probleme trebuie să se pornească de la un set de întrebări. Astfel, sunt măsurile aplicate proporțional cu scopul care se are în vedere? Avea statul la dispoziție o măsură mai puțin restrictivă prin care ar fi putut ajunge la același rezultat? În cazul „Tecmed”³⁰, instanța a formulat problema în modul următor: Tribunalul Arbitral va considera în vederea determinării măsurilor care pot duce la expropriere, dacă sunt proporționale cu interesul public protejat și cu protecția asigurată în mod legal investițiilor. Trebuie să existe o relație rezonabilă între presiunea impusă asupra investitorului străin și scopul care se dorește a fi realizat prin măsura prin care se realizează exproprierea. Este foarte important de măsurat gradul în care statul intervine și impactul acestei intervenții. Ar trebui de asemenea să fie luat în considerare și faptul că investitorul are o participare redusă în procesul de luare a deciziilor care o să îl afecteze, în parte deoarece investitorii nu au posibilitatea de a exercita drepturile politice rezervate cetățenilor aceluși stat, cum ar fi votul pentru autoritățile care vor adopta reglementările potențial dăunătoare.

În acest caz de asemenea se evidențiază conceptul de proporționalitate din perspectiva jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului în ceea ce privește Protocolul numărul 1 din Convenția privind protecția drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Astfel, s-a pus accentul pe trei factori care ar trebui să fie luați în considerare: (i) scopul și caracterul rezonabil al măsurilor statului, (ii) privarea de drepturile economice, (iii) așteptările legitime ale investitorului.

În a aprecia dacă o măsură anume a fost necesară, statul se bucură de o marjă de putere discreționară. Astfel, în cazul Saluka, tribunalul arbitral a specificat că statul se bucură de libertatea de decizie și în lipsa unor probe clare și convingătoare că Banca Națională a Cehiei a acționat într-un mod necorespunzător, tribunalul trebuie să accepte justificarea adusă de aceasta.

4. Așteptările legitime ale investitorului

Așteptările legitime ale investitorului reprezintă un element important în a aprecia dacă măsura statului are ca efect exproprierea. Investitorul preconizează că va fi capabil să-și exercite drepturile dobândite cristalizate în interese tangibile și intangibile în temeiul legislației țării gazdă.

Astfel de așteptări trebuie să fie evaluate ținând cont că investițiile sunt realizate pentru profit și implică în mod inevitabil un anumit grad de risc. Tratatul de protecție a investițiilor nu reprezintă polițe de asigurare. În cazul Waste Management II³¹, tribunalul a observat că normele privind exproprierea din NAFTA (North American Free Trade Agreement) nu au funcția de a compensa afacerile eșuate. În cazul Fireman's Fund³², tribunalul a găsit că investiția în obligațiuni era aproape lipsită de valoare, nu din cauza conduitei guvernului, ci datorită circumstanțelor economice din momentul respectiv.

În anumite situații investiția în cauză s-ar putea să fie făcută pe baza unor angajamente exprese din partea statului. Dacă statul însă ulterior ia măsuri contrare angajamentelor stabilite inițial, poate

²⁹ Link-Trading Joint Stock Company v. Moldova, UNCITRAL(US-Moldova BIT)

³⁰ Tecnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. Mexico ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Spain-Mexico BIT)

³¹ Waste Management, Inc. v. Mexico (Waste Management II) ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA)

³² Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico ICSID Case No. ARB(AF)/02/01 (NAFTA)

această acțiune să fie încadrată ca fiind exproprieri? În acest sens, în cazul Methanex³³, se arată că din perspectiva dreptului internațional general, măsurile care nu sunt discriminatorii, au în vedere interesul public și care afectează inter alios un investitor străin sau o investiție nu sunt considerate ca fiind echivalente unei exproprieri decât dacă statul s-a angajat în mod specific să se abțină în a adopta astfel de măsuri.

Cu toate că angajamentul statului cu privire la o investiție reprezintă un important aspect al analizei exproprierii, așteptările legitime bazate pe acesta nu ar putea fi privite ca drepturi din perspectiva dreptului intern. Acolo unde statul eșuează să-și îndeplinească obligațiile, dar nu există o privare în ceea ce privește drepturile dobândite în temeiul legii interne, ne-am afla mai degrabă în situația negării tratamentului echitabil și corect sau în cea a încălcării unui alt standard minim de tratament.

5. Analiza de la caz la caz

Cazurile care privesc exproprieri indirectă se bazează pe o analiză particulară a măsurilor luate de către stat, a efectului acestora asupra investițiilor cât și a contextului factual și legal. Cazurile de exproprieri se bazează în special pe fapte, dar acesta nu este un motiv de a nu se ține cont de jurisprudență. Importanța jurisprudenței nu se găsește în definițiile a ceea ce constituie exproprieri în vederea aplicării automate în cazurile similare, ci mai degrabă stă în identificarea unui număr de factori semnificativi din punct de vedere juridic de care trebuie să se țină cont în a evalua existența unei exproprieri indirecte.

În cazul *Generation Ukraine*, tribunalul, a constatat că predictibilitatea este unul din cele mai importante obiective ale unui sistem legal. Ar fi extrem de folositor dacă ar fi absolut clar de la început dacă anumite evenimente se încadrează în tiparul unei exproprieri indirecte. Ar crește astfel sentimentul de respect dacă ar fi evident de ce în contextul unei decizii particulare, un tribunal arbitral a găsit că o acțiune sau o inacțiune a statului a trecut linia care definește actele care constituie o exproprieri indirectă. Dar nu există o listă, un test mecanic pentru a ajunge la acel rezultat. Motivele decisive variază de la un caz la altul, depinzând nu doar de faptele specifice, dar și de modul în care sunt prezentate probele și de temeiul juridic invocat. Rezultatul este o judecată, produsul discernământului și nu o imprimare automată a unui program de calculator.

Concluzie și propuneri

Dreptul internațional al investițiilor a fost interpretat prin intermediul numeroaselor conflicte ivite între investitorii străini și statele gazdă. Deși reglementările în materia exproprierii indirecte sunt interpretabile și este necesară o cercetare de la caz la caz, ar trebui găsit un echilibru între drepturile și interesele private ale investitorilor străini și între drepturile suverane ale statelor. Astfel, investitorul dorește să-și protejeze investiția în vederea obținerii unui profit cât mai mare, în timp ce statul urmărește să ocrotească interesul public. În mod inevitabil, cele două sfere de voință se vor intersecta, iar în această situație sunt necesare dispoziții clare care să definească cât mai precis posibil exproprieri indirectă cât și excepțiile de la aceasta. Până în prezent multe din tratatele care reglementează investițiile conțin referiri ambigue și incomplete la adresa exproprierii indirecte cum ar fi

³³ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL(NAFTA)

„expropriere, naționalizare sau *orice altă măsură care are un efect egal cu cel al exproprierii sau naționalizării*”. De aceea trebuie acționat în sensul reglementării criteriilor după care trebuie să fie recunoscută o expropriere indirectă.

Deși noile modele de tratate privind investițiile cum este modelul de BIT (Bilateral Investment Treaty) canadian încearcă să aducă lumină în această problemă inserând o serie de factori care trebuie să fie analizați (impactul economic al acțiunii guvernului, așteptările investitorului, caracterul acțiunii guvernului) exprimarea încă este incompletă propunând în acest sens completarea acestora cu: principiul proporționalității, analiza caracterului rezonabil al măsurii statului și condițiile unei privări substanțiale. De asemenea, pentru a evita confuziile, ar fi de folos dacă ar fi reglementată doctrina puterilor poliției care ar clarifica excepțiile de la exproprierea indirectă, indicând mai clar care sunt măsurile pe care statul este îndreptățit să le ia fără a avea obligația de a acorda despăgubiri.

Până la apariția unui nou model de tratate privind investițiile, rămâne la latitudinea tribunalelor să adapteze dreptul aplicabil la problemele pe care le ridică exproprierea indirectă.

Bibliografie

Cărți

1. Dolzer Rudolf, Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, SUA 2008
2. Newcombe Andrew, Paradell Lluís, Law and Practice of Investment Treaties, Kluwer Law International, 2009 Olanda
3. Sornarajah M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2012 Marea Britanie

Articole

1. Niklema Suzy H., Best Practices Indirect Expropriation, publicat de Institutul Internațional pentru Dezvoltare Durabilă
2. OECD (2004), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing.
3. Sloane, Robert D. and Reisman, W. Michael, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. Faculty Scholarship Series Paper

Document online

1. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar21/the%20concept%20of%20indirect%20expropriation.pdf> verificat 15 martie 2013