



**RIDICAREA VĂLULUI CORPORATIV ȘI RĂSPUNDEREA STATULUI ÎN
RAPORTURILE CONTRACTUALE ÎNCHEIATE DE ENTITĂȚILE DE STAT ȘI
INVESTITORII STRĂINI ÎN ARBITRAJUL INVESTIȚIONAL**

Prof. Dr. Hab. Aurel Băieșu
Sorin Dolea (LL.M.)

EDITORIAL

Această lucrare este despre entitățile de stat în dreptul internațional investițional. Ea analizează impactul conduitei acestor entități asupra răspunderii statelor pentru conduita ilicită ale entităților de stat în dreptul internațional. Analizăm o teorie a dreptului internațional numită „atribuirea conduitei ilicite a entităților de stat către stat” în conformitate cu Proiectul CDI privind răspunderea statului pentru faptele internațional ilicite. Discutăm la fel despre doctrina ridicării voalului corporativ, o doctrină extinsă în mare măsură în dreptul național, dar nu foarte tranzitată la nivel internațional.

Autori: **Prof. Dr.hab. Aurel Băieșu,**
Sorin Dolea (LL.M.)

Publicat și distribuit de Editura Cartea Juridica.



Chișinău, 2021



CUPRINS

I. Introducere.	P. 1
II. Calitatea statului în raport cu entitatea de stat: acționar/asociaț sau controlor al entității de stat?	P. 3
III. Rolul statului în raporturile contractuale dintre investitorii străini și entitățile de stat: extiderea convenției arbitrale asupra părții ne semnatare.	P. 12
IV. Entitățile de stat împuternicite de state.	P. 21
V. Concluzii.	P. 25

I. INTRODUCERE

În unele situații, faptele entităților de stat pot fi considerate ca fapte întreprinse de stat. Acesta a fost rezultatul practic al doctrinei atribuirii conduitei ilicite către state pentru prejudiciul cauzat de către un organ sau entitate ce se află sub autoritatea sa efectivă. Pe un plan diferit, am văzut că actele corporațiilor private ar putea fi atribuite în mod excepțional acționarilor, proprietarilor efectivi sau directorilor lor. Acest lucru a fost realizat sub doctrina ridicării vălului corporativ. Cele două doctrine, atribuirea răspunderii și ridicarea vălului sunt diferite, dar converg în sensul că ambele ignoră individualitatea corpului corporativ. În acest articol, examinăm o serie de decizii arbitrale în care se abordează ridicarea vălului corporativ în contextul investițiilor străine directe. Atribuirea unei conduite ilicite unui stat este reafirmată în Capitolul II al Proiectului de Articole privind Răspunderea Statelor pentru fapte Internaționale Ilicite elaborat de Comisia de Drept Internațional al Organizației Națiunilor Unite (**Proiectul CDI**), un proiect adoptat de Comisia de Drept Internațional în 2001 și recunoscut de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite în 2002. Proiectul CDI este considerat o expresie a dreptului internațional cutumiar în domeniul răspunderii statului. Cu toate acestea, aceste reguli sunt „reziduale” și neexhaustive” [1]. Cu alte cuvinte, Proiectul CDI nu împiedică aplicarea nici a unor reguli speciale, nici a altor norme aplicabile ale dreptului internațional. De fapt, tratatele investiționale conțin adesea reguli speciale de atribuire a conduitei ilicite a entităților de stat către state. Astfel de reguli pot completa, clarifica sau suprascrie regulile generale redactate în Proiectul CDI.

Declarația din Algeris din 1981, de exemplu, conține o regulă specială privind atribuirea conduitei ilicite, care prevede că „actele realizate de orice entitate controlată de guvernul Iranian sunt considerate ca fiind realizate de guvern” [2]. În mod clar, această regulă este aplicabilă tuturor entităților de stat. O altă regulă de atribuire a conduitei ilicite se găsește în Acordul de liber schimb din America de Nord (**NAFTA**), care definește entitatea de stat ca fiind „deținută sau controlată prin interese de proprietate, de către o parte a Tratatului” (i.e. Statul) [3]. Un alt exemplu îl găsim în Convenția pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state din 18 martie 1965 (**ICSID**), care extinde jurisdicția Centrului internațional pentru reglementarea diferendelor relative la investiții asupra „oricărui agent constitutiv ... al unui stat contractant” [4]. Într-un mod similar, Tratatul privind Carta Energiei (**TCE**) conține reguli de atribuire a conduitei ilicite a entităților de stat către state în ceea ce privește „întreprinderile de stat și cele privilegiate”. TCE face o distincție între întreprinderile de stat și întreprinderile privilegiate. Acesta definește întreprinderile de stat ca fiind „înființate sau întreținute” de către state, și întreprinderile privilegiate ca fiind acordate cu „privilegii speciale sau exclusive”, inclusiv „autorități de reglementare, administrative sau alte autorități guvernamentale” [5]. Broșura se referă la următoarele aspecte: **(II)** Calitatea statului în raport cu entitățile de stat **(III)** Rolul statului în raporturile contractuale dintre investitori și entitățile de stat; **(IV)** Entitățile de stat împuternicite de state; **(V)**; și Concluzii.

II. CALITATEA STATULUI ÎN RAPORT CU ENTITATEA DE STAT: ACȚIONAR/ASOCIAT SAU CONTROLOR AL ENTITĂȚILOR DE STAT?

Proprietatea statului asupra unei entităţi creează o „prezumţie incontestabilă” a controlului de stat asupra entităţii respective [6]. Cu toate acestea, în scopul atribuirii conduitei ilicite a entităţilor de stat către stat, un astfel de control trebuie să fie calificat și să vizeze un anumit rezultat [7]. În multe cauze examinate de Tribunalul pentru Pretenții Iran-SUA, tribunalul a aplicat un test bazat pe control în locul dreptului de proprietate [8]. Cu toate acestea, controlul s-a dovedit insuficient pentru atribuirea unor acțiuni ilicite Iranului, acolo unde acțiunile respective nu au fost cauzatoare de pierderi particulare. Astfel, într-un caz în care Guvernul Iranului a preluat două companii iraniene cu care reclamanții americani încheiaseră contracte de locațiune, s-a constatat că, deși companiile erau deținute de guvernul iranian, totuși aveau deplină autonomie în deciziile de zi cu zi cu privire la tranzacțiile lor comerciale. Prin urmare, guvernul iranian nu ar fi putut efectiv să intervină în negocierea, încheierea și executarea contractelor de locațiune. Pe această bază, arbitrii au respins cererea reclamanților americani, chiar dacă statul iranian deținea în totalitate companiile implicate în tranzacții [9].



Calitatea statului în raport cu entitatea de stat.

Una dintre primele cauze ICSID în care controlul asupra entităților de stat s-a distins de calitatea de asociat/acționar unic în entitățile de stat a fost *Wena v. Egipt* [10]. Reclamantul, o companie cu sediul în Regatul Unit, a încheiat un contract de administrare cu Compania Egipteană de Hoteluri (**EHC**), o entitate deținută de Guvernul Egiptean. Reclamantul a fost de acord să dezvolte și să administreze două hoteluri, unul în Luxor și celălalt în Cairo, în schimbul plăților de închiriere care urmau să fie efectuate de EHC. Ultimul nu a respectat programul de plăți din cauza incapacității reclamantului de a atinge standardele de calitate convenite. Cele două părți s-au angajat în dispute în instanțele naționale Egiptene. Guvernul Egiptului a decretat confiscarea celor două hoteluri și, la scurt timp după aceea, mulțimi mari de oameni au vandalizat hotelurile forțând evacuarea oaspeților și a personalului. S-a dovedit, în arbitraj, că EHC a participat în atacurile la hoteluri și că EHC a preluat hotelurile în mod forțat, fiind dirijat și susținut de guvern. Tribunalul ICSID a criticat eșecul guvernului de a proteja investiția și de a oferi un tratament just și echitabil, așa cum prevede Acordul pentru promovarea și protecția investițiilor semnat de Regatul Unit și Egipt în 1975. Pe de altă parte, una din argumentele Egiptului a fost că pretenția în arbitraj ar fi trebuit să fie adresată doar EHC, cu care au fost încheiate contractele și ai căror angajați ar fi vandalizat cele două hoteluri. Acest argument a fost respins de tribunal, care s-a concentrat asupra altor fapte precum, de exemplu, că EHC era deținută în totalitate de guvernul egiptean și că era guvernată de legile sectorului public egiptean la perioada dată, adică când au fost semnate contractele și când au fost vandalizate hotelurile. De asemenea, a fost important faptul că ministrul turismului a fost împuternicit să numească și să demită directorii și președintele EHC. Este de remarcat faptul că de multe ori EHC și Ministerul Turismului s-au referit la banii EHC drept „bani publici” și au menționat că rulajele financiare EHC constituiau „o proprietate de stat”.

Având în vedere toate aceste fapte, Tribunalul a constatat că EHC era în întregime subordonată Ministerului Turismului [11]. Astfel, a devenit clar că Guvernul Egiptean era mult mai mult decât un simplu acționar la ECH, și prin urmare, faptele ECH erau atribuite statului.

Nagel v Republica Cehă [12] a fost un arbitraj desfășurat conform Regulilor de Arbitraj a Institutului de Arbitraj a Camerei de Comerț din Stockholm (**SCC**) în baza Tratatului bilateral de protecție și promovare a investițiilor încheiat dintre Regatul Unit și Republica Cehă din 1990. Tribunalul a acceptat jurisdicția *ratione personae* asupra pretenției, dar a refuzat jurisdicția *ratione materiae* deoarece nu a existat nici o „investiție” în sensul tratatului investițional. Domnul Nagel, rezident în Marea Britanie, a susținut că guvernul ceh nu a onorat un angajament de a-i acorda o licență de telefonie mobilă GSM. Domnul Nagel încercase să obțină această licență prin încheierea unui acord de cooperare pentru a forma un consorțiu cu entitatea de stat numită Sprava Radiokomunikaci Praha (**SRa**), care, ulterior, a fost privatizată, succesorul ei devenind Ceske Radiokomunikace A.S. (**CRa**). În mod neașteptat pentru reclamant, nici una dintre licitațiile publice pentru contracte de telefonie mobilă nu a fost atribuită către consorțiu. Cu toate acestea, una dintre licitații a fost câștigată de către o societate mixtă formată din TMobil B.V. și CRa. Ulterior, CRa a decis să anuleze acordul de cooperare cu domnul Nagel, care apoi a solicitat despăgubiri de la CRa în instanțele din Praga. În urma negocierilor dintre părți, un acord de soluționare amiabilă a pus capăt cauzei instanței, cu o plată de 550.000 USD către dl Nagel, în considerarea eliberării de răspundere a CRa.

Acordul conține următoarea clauză [13]:

“1.3. Această tranzacție de împăcare se aplică, de asemenea, funcționarilor, directorilor, acționarilor, avocaților, reprezentanților, angajaților, asigurătorilor, filialelor, societății-mamă, afiliaților, predecesorilor și succesorilor CRa, precum și tuturor celorlalte persoane sau corporații cu care oricare dintre primii au fost, sunt acum sau pot fi afiliați în continuare.”

A fost și statul Ceh eliberat de răspundere în temeiul clauzei de mai sus? În caz contrar, își va păstra statul răspunderea în temeiul tranzacției de împăcare? Aceste două întrebări au fost adresate de arbitri în arbitrajul intentat de Dl. Nagel împotriva Republicii Cehe. Cu privire la prima întrebare, reclamantul a susținut că eliberarea a fost menită să scutească CRa de răspundere în conformitate cu legislația internă, dar nu statul în temeiul tratatului investițional. Republica Cehă a răspuns că termenii „*acționari*”, „*societate-mamă*” și „*afiliați*” erau suficient de largi pentru a exonera statul de răspundere internațională. Tribunalul a menționat că statul ar fi putut fi un acționar în SRa, dar nu și în CRa, care era controlată „nu de Republica Cehă ca atare, ci o instituție specială de stat numită Fondul Național de Proprietăți” [14]. Deoarece statul nu era acționar direct al CRa, statul nu putea fi tras la răspundere pentru faptele societății respective, nefiind constatată implicarea directă a statului în gestionarea CRa.

A doua problemă pusă în discuție a fost dacă statul poartă răspundere în temeiul acordului de cooperare [15]. Tribunalul a observat că acordul de cooperare a fost semnat numai de SRa și, chiar dacă SRa era deținută în totalitate de stat „era o persoană juridică separată ale cărei angajamente juridice nu au angajat ca atare răspunderea Republicii Cehe”.

Tribunalul arbitral nu a făcut nici o referire la regulile de atribuire conținute în Proiectul CDI, nici la testele structurale și funcționale adoptate în alte cazuri ICSID. În schimb, tribunalul arbitral a continuat să examineze dacă a existat vre-o implicare directă a Guvernului în încheierea acordului de cooperare [16]. Cu toate acestea, întrucât nici-un ministru sau oficial nu a aprobat, semnat sau aprobat în alt mod acordul de cooperare, tribunalul a constatat lipsa implicării statului pe acest aspect.

În *Waste Management, Inc. v. Mexic* [17], disputa a luat naștere dintr-o concesiune de servicii publice de gestionare a deșeurilor acordată de autoritățile municipiului Acapulco (Mexic) către Acaverde. Acaverde a fost o companie deținută și controlată în totalitate de reclamant, Waste Management Inc. Reclamantii au inițiat cauza în fața ICSID invocând că municipiul Acapulco nu și-a onorat anumite obligații contractuale. Pretențiile au fost respinse de tribunal ca fiind inadmisibile, dar au existat probleme interesante legate de răspunderea statului pentru conduita entităților de stat. Orașul a fost considerat de tribunal ca parte componentă a statului Mexican, conform dreptului internațional și, ca atare, conduita sa a fost atribuită incontestabil Mexicului. A existat o entitate separată numită Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (Banobras), o bancă de dezvoltare înființată de statul federal Mexic pentru promovarea și finanțarea activităților desfășurate de guvernul mexican. Banobras a emis o garanție irevocabilă, contingentă și rotativă („**Linia de credit**”) pentru a asigura plățile datorate de către oraș în temeiul contractului de concesiune. Acaverde, în calitate de beneficiar al Liniei de credit, a cerut plata de la Banobras. În temeiul unei clauze de jurisdicție cuprinse în termenii Liniei de credit, Acaverde a început procedurile judiciare împotriva Banobras în instanțele federale mexicane. Pretențiile au fost respinse deoarece acțiunea împotriva Banobras în baza Liniei de credit ar fi trebuit să fie precedată de o acțiune anterioară împotriva orașului în temeiul contractului de concesiune, care, din anumite motive, nu a fost niciodată depusă.

În arbitrajul NAFTA, reclamanții au susținut că Mexicul nu a acordat tratamentul just și echitabil cerut în temeiul articolului 1105 (1) din NAFTA. Tribunalul a constatat că reclamanții nu au epuizat căile de atac locale împotriva orașului înainte de a merge la NAFTA. Din acest motiv, cererea în arbitrajul investițional a fost prematură și, prin urmare, inadmisibilă [18]. În ceea ce privește calitatea procesuală a Banobras, tribunalul a menționat următoarele:

"Din materialul pus la dispoziția Tribunalului, este îndoielnic dacă Banobras este un organ al statului mexican în sensul articolului 4 din Proiectul CDI privind răspunderea statelor pentru fapte internațional-ilicite. Acțiunile la Banobras au fost împărțite între sectorul public și cel privat, primul deținând 66% din acțiuni. Simplul fapt că o entitate separată este deținută majoritar sau controlată în mod substanțial de stat nu o face *ipso facto* un organ al statului" [19].

Constatările despre Banobras în *Waste Management, Inc. v. Mexic* [20] contrastează cu constatările făcute în *Genin v. Estonia* [21]. În acest din urmă caz, Republica Estonia a fost considerată a fi "pârâțul potrivit" în dosar, chiar dacă acțiunile ilicite fuseseră întreprinse de Banca Estoniei, o agenție de stat [22]. De ce în *Genin v. Estonia* Banca Estoniei era o agenție de stat în timp ce în *Waste Management, Inc. v. Mexic* Banobras nu era așa? La urma urmei, cele două bănci erau deținute de state. În mod corect, Banca Estoniei a fost considerată o agenție de stat nu datorită participației statului în capitalul băncii, ci pentru că îndeplinea funcții guvernamentale. Prin urmare, determinarea proprietarilor entităților nu este suficientă pentru a determina dacă statul poartă răspundere pentru faptele entităților de stat. Mai degrabă, funcțiile entităților și natura juridică a raporturilor juridice asumate de către entitățile respective, sunt determinante în calificarea răspunderii statului pe plan internațional.

În *Jan de Nul NV v. Egipt* [23], reclamanții au încheiat un contract cu o agenție de stat egipteană, Autoritatea Canalului Suez (**SCA**), pentru lărgirea și aprofundarea Canalului Suez. Lucrările au fost atribuite reclamanților după ce a avut loc un proces de licitație în temeiul legilor egiptene privind achizițiile publice. Reclamanții au susținut că SCA a frustrat executarea contractului. Aceștia au susținut că faptele SCA au fost întotdeauna imputabile statului egiptean în conformitate cu articolele 4, 5 și 8 [24] din Proiectul CDI privind răspunderii statului statului [25].

Articolul 4 era în mod clar inaplicabil deoarece SCA nu era un organ al Egiptului. În ceea ce privește articolul 5, întrebările cheie au fost, în primul rând, dacă SCA a fost împuternicită să exercite elemente de autoritate guvernamentală în conformitate cu legislația egipteană și, în al doilea rând, dacă o astfel de autoritate a fost angajată în procesul de licitație, precum și în executarea contractului [26]. Prima întrebare a primit răspuns afirmativ, dar nu și a doua.

Tribunalul a menționat că SCA era autoritatea mandatată de guvernul egiptean pentru administrarea Canalului Suez. În această calitate, SCA a fost împuternicită să emită decrete legate de navigația în canal și să impună și să perceapă taxe pentru navigație și trecerea prin canal. Aceste acțiuni erau de natură guvernamentală. În ceea ce privește cea de-a doua întrebare, tribunalul a considerat că actele reclamate erau comerciale și nu guvernamentale. S-a constatat că, „[în] relația cu reclamanții în timpul procesului de licitație, SCA a acționat ca orice contractant care încearcă să obțină cel mai bun preț pentru serviciile solicitate. SCA nu a acționat ca o entitate de stat. Același lucru se aplică conduitei SCA în cursul executării contractului” [27]. Tribunalul a menționat că ceea ce contează nu este elementul „serviciu public”, ci utilizarea „*prérogative de puissance publique*” autoritate guvernamentală sau publică [28].

În cele din urmă, în ceea ce privește articolul 8 din Proiectul CDI, tribunalul a considerat că ar trebui aplicat un test strict de control. Astfel, tribunalul a menționat că: "*Jurisprudența internațională este foarte solicitantă pentru a atribui actul unei persoane sau entități unui stat, deoarece necesită atât un control general al statului asupra persoanei sau entității, cât și un control specific al statului asupra actului a cărui atribuire este miza; acesta este cunoscut sub numele de testul controlului efectiv*" [29].

Mai recent, în *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka* [30], problema controlului efectiv a fost din nou punctul central al dezbaterii de atribuire a conduitei entităților de stat către state. Deutsche Bank a vândut un instrument derivat societății de stat Ceylon Petroleum Company (**CPC**) din Sri Lanka, permițându-i acestuia din urmă să-și limiteze (sau „să-și acopere”) expunerea la variațiile prețului petrolului. În 2008, la scurt timp după încheierea acordului, prețurile petrolului la nivel mondial au scăzut. În conformitate cu acordul de acoperire, CPC a trebuit să efectueze plăți lunare semnificative, pe care nu le-a achitat. Ca răspuns, Deutsche Bank a reziliat acordul și a inițiat un arbitraj ICSID împotriva Sri Lanka. Reclamantul a susținut că, prin neexecutarea contractului de către CPC, Sri Lanka a încălcat “clauza umbrelă” a Tratatului investițional dintre Germania-Sri Lanka. Clauzele umbrelă sunt prevederi a unor tratate investiționale care prevăd că statul gază a investițiilor își asumă respectarea oricărei obligații asumată față de investitorul străin, național al statului contractant al tratatului respectiv.

Spre exemplu, Art.2(2) al Tratatului Bilateral de Protecție și Promovare a Investițiilor încheiat de Republica Moldova și Marea Britanie [31] prevede că "*Fiecare parte contractantă trebuie să respecte toate obligațiile asumate față de investițiile naționalilor sau companiilor ale celeilalte părți*".

În jurisprudența arbitrală investițională, clauzele umbrelă au dat naștere unor dezbateri privind aplicabilitatea ei în raporturile contractuale asumate de către statul gazdă a investițiilor și investitorii străini. De asemenea, aplicabilitatea acestei prevederi a fost disputată în cauzele când era pusă în discuție dacă încălcarea unui contract încheiat cu investitorul străin de către un organ de stat constituie sau nu o încălcare a unei obligații internaționale protejate de tratatul investițional. În *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka* tribunalul însă nu s-a pronunțat cu privire la clauza umbrelă, dar a menționat că CPC a fost o entitate 100% de stat înființată cu scopul desfășurării activității în interes național în domeniul petrolier.

Directorii CPC au fost numiți și revocați de către ministrul petrolului, iar Guvernul a exercitat „*un control semnificativ*” asupra personalului, finanțelor și procesului decizional al societății. Mai precis, s-a dovedit că: "*CPC a acționat sub instrucțiunea directă a Guvernului Sri Lanka atât în (i) negocierea, cât și în executarea Acordului de acoperire ca parte a programului general de acoperire; și (ii) în refuzul plății sumelor datorate după încetarea Acordului de acoperire ca rezultat direct al ordinelor CPC primite de la Curtea Supremă și Banca Centrală [32].*"

Ca o concluzie, se poate spune că simpla participație în capitalul entității, nu este suficientă pentru a atribui conduitei unei entități de stat către statului fondator al acelei entități. Ceea ce face diferența este controlul efectiv al entității. Cu toate acestea, chiar și din acest unghi, controlul dedus într-o participație majoritară nu este suficient. Este necesar un grad mai ridicat de control pentru a atribui conduita entităților de stat către stat. În acest scop, controlul trebuie să fie „efectiv” în sensul că trebuie să influențeze direct fapta internațional-ilicită, pentru a atrage răspunderea statului pe plan internațional.

III. ROLUL STATULUI ÎN RAPORTURILE CONTRACTUALE DINTRE INVESTITORI ȘI ENTITĂȚILE DE STAT: EXTINDEREA CONVENȚIEI ARBITRALE ASUPRA PĂRȚII NESEMNATARE.

În unele situații, guvernele în mod direct sunt implicate în negocierea investițiilor străine. Ele încurajează investițiile străine, dar foarte rar semnează contracte din numele lor. Încheierea unui contract, precum și executarea și supravegherea acestuia, sunt deseori delegate entităților de stat, sau a unor autorități afiliate statului. În unele cazuri, înainte de încheierea unui contract, guvernele fac reprezentări sau promisiuni către investitori. În altele, acestea garantează anumite privilegii. Mai jos, analizăm unele cauze în care a fost examinat rolul și răspunderea statului pentru neexecutarea, sau executarea necorespunzătoare a unor contracte încheiate de entitățile de stat cu investitorii străini.

În *Consortium L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria* [33] reclamantii au încheiat un contract de concesiune pentru construirea unui baraj în regiunea Wilaya din Bouira, în Algeria, cu Agence Nationale de Barrages (ANB), o entitate publică legal independentă de Guvern.



Rolul statului în raporturile contractuale dintre investitori și entitățile de stat

Atunci când ANB nu a putut să își onoreze obligațiile contractuale, reclamantii au inițiat un proces arbitral împotriva Algeriei invocând că Guvernul a participat „cel puțin indirect” la negocierea acordului de concesiune și a jucat un rol activ în deteriorarea relației dintre ANB și reclamantii. Tribunalul a constatat că conduita ANB ar trebui să fie atribuit statului, deoarece același lucru fusese „dirijat sau controlat de stat” [34]. Dimpotrivă, nu ar trebui să existe nicio răspundere a statului atunci când statul nu este implicat în nici-o etapă anterioară sau ulterioară unui contract încheiat de o entitate de stat. Cauza *White Industries v. India* [35] ilustrează această afirmație. Coal India Inc. era companie de stat indiană, care a îndeplinit funcții pur comerciale. Cu toate acestea, pentru proiecte care depășeau o anumită valoare, era necesar ca entitatea să aibă aprobarea guvernului. Proiectul conceput de White Industries care a fost contractat de Coal India, a necesitat aprobarea Guvernului. Acest fapt, însă, nu a fost suficient de convingător pentru a constata răspunderea statului pentru faptele Coal India. Tribunalul nu a atribuit nicio acțiune Indiei, deoarece Guvernul nu a fost „implicat, fie direct, fie indirect, în negocierea condițiilor contractuale detaliate ale contractului cu White [și] nu a jucat nici-un rol în executarea, implementarea sau finalizarea proiectului” [36].

În *Bridas v. Turkmenistan* [37] reclamantii și o întreprindere de stat din Turkmenistan au încheiat o asociație în participațiune (*eng* Joint Venture Agreement) (**JVA**). JVA a fost conceput pentru efectuarea operațiunilor cu hidrocarburi în Keimir, Turkmenistan. Pe parcursul executării contractului, întreprinderea de stat a fost restructurată de mai multe ori la ordinul Președintelui Turkmenistanului. În cele din urmă, Guvernul a dispus suspendarea lucrărilor în Keimir și a interzis reclamantilor să facă importuri și exporturi în sau din Turkmenistan. Reclamantii au inițiat o acțiune în arbitraj și, la scurt timp după aceea, Guvernul a dizolvat întreprinderea de stat și a pus în locul său un alt instrument numit Turkmenneft.

Guvernul a desființat, de asemenea, Ministerul Petrolului și Gazului și a decretat că toate veniturile din exporturile de petrol și gaze ar trebui să fie direcționate către un Fond special de dezvoltare a petrolului și gazului. În arbitraj, un tribunal ICC, a acordat reclamanților 495 milioane USD, plus dobânzi și costuri [38]. Dosarul arată că Guvernul nu a semnat niciodată JVA, care conținea clauza de arbitraj ICC. În ciuda acestui fapt, statul a fost considerat ca fiind „parte potrivită” la disputa arbitrală. În arbitraj, reclamanții au invocat că au existat cel puțin douăzeci și două de angajamente în JVA *„pe care numai Guvernul le-ar putea da sau îndeplini”* [39]. Pe lângă toate acestea, reclamanților li s-au dat garanții și privilegii care, în cuvintele Tribunalului, *„pot fi așa numai dacă Guvernul ar fi legat de ei [și] reflectă mâna directă a Guvernului”*. Printre aceste privilegii s-au numărat reduceri de taxe pe profit, scutiri de taxe vamale și anumite drepturi asupra resurselor statului. Tribunalul a luat în considerare, de asemenea, acțiunile guvernului Turkmenistan înainte de încheierea JVA. În special, a subliniat rolul îndeplinit de oficialii ministerului în procesul de licitație, precum și acțiunile ulterioare contractului, cum ar fi realocarea fondurilor deținute de Turkmenistan. Potrivit Tribunalului, aceste acțiuni purtau „elemente de autoritate guvernamentală”.

În *Salini v. Iordania* [40] un grup de investitori italieni au încheiat un contract public pentru construirea unui baraj în Iordania. Investitorii au inițiat un arbitraj ICSID împotriva Iordaniei pentru plățile restante presupuse datorate în temeiul contractului. Una dintre problemele puse în discuție a fost dacă contractul a fost încheiat cu Iordania sau cu o entitate de stat numită Jordan Valley Authority (**JVA**).

Literal, contractul fusese încheiat cu următoarea entitate [41]:

"Ministerul Apelor și Irigațiilor Autoritatea din Valea Iordaniei din PO Box 2769, Amman, Iordania (denumit în continuare „Angajatorul”). Semnăturile din contract au fost cele ale „Ministrului apelor și irigațiilor - Bassam E, Kakish” și ale „Dr. Eng. Abdul Aziz al-Weshah - secretar general” în calitate de „angajator”. Contractul definește „Angajatorul” ca „partea numită în contract ca „Prima parte” care va încheia contractul cu Antreprenorul pentru executarea Lucrărilor acoperite de Contract”.

De asemenea, contractul conținea următoarea afirmație:

"Angajatorul este Ministerul Apelor și Irigațiilor, Jordan Valley Authority, Amman, Jordan, reprezentat aici de secretarul general al acestuia sau de orice altă autoritate guvernamentală căreia Autoritatea Jordan Valley o poate delega în totalitate sau parțial din autoritatea sa." Deși ofertele au fost publicate de Ministerul Lucrărilor Publice și Locuințelor Direcția Guvernului Licitățiilor și arăta ștampila „Regatul Hașemit al Iordaniei - Ministerul Apelor și Irigațiilor”, Tribunalul a constatat că atât ministrul, cât și secretarul general au semnat contractul numai în numele JVA. Pe această bază, statul Iordanian nu a fost o parte potrivită la dispută [42].

CSOB v. Slovakia [43] ilustrează o abordare complet diferită. În acest caz, reclamantul a semnat un acord de împrumut acordând un împrumut unei întreprinderi deținute de Republica Slovacă. Secțiunea 7 din acordul de împrumut scria: *„Rambursarea împrumutului, inclusiv dobânzile aferente acestuia, este garantată de o obligație a Ministerului Finanțelor din Republica Slovacă.”* În partea de jos a documentului, se afla o declarație scrisă a Ministrului Finanțelor a Slovaciei, declarând că, în numele ministerului său „consimte și recunoaște conținutul prezentului acord și, în special, își confirmă obligația în temeiul secțiunii 7 din prezentul acord” [44].

Câteva luni mai târziu, firma slovacă nu a reușit să ramburseze împrumutul, iar Republica Slovacă a refuzat să acopere pierderea. CSOB a inițiat un arbitraj în fața ICSID. Potrivit tribunalului arbitral, declarația acordului de împrumut a arătat în mod incontestabil „că Republica Slovacă a acceptat existența unei obligații de a asigura rambursarea împrumutului” [45].

Tribunalul a luat în considerare conduita Republicii Slovace, și a reprezentanților anteriori și ulteriori contractului de împrumut. Tribunalul a considerat că Republicii Slovace îi este atribuită conduita entității de stat [46]. Contrar *Salini v. Iordania*, tribunalul arbitral în *CSOB v. Slovaciei* a dat o semnificație oficială semnăturii unui ministru într-un contract încheiat de o entitate de stat.

În *Bayindir v. Pakistan* [47] NHA o corporație publică înființată și controlată de guvernul pakistanez a semnat un contract cu reclamanții turci pentru construirea unei autostrăzi în Pakistan. NHA a reziliat contractul deoarece Bayindir nu executa corespunzător obligațiile contractuale, și a pus capăt lucrărilor în curs. Armata pakistaneză a înconjurat șantierul și a evacuat personalul lui Bayindir. Un an mai târziu, NHA a încheiat un nou contract cu un consorțiu pakistanez pentru a relua lucrările nefinalizate. Bayindir a inițiat un arbitraj în fața ICSID, susținând că investiția sa a fost expropriată. Acesta a pretins mai multe încălcări ale Tratatului Investițional încheiat dintre Pakistan și Turcia. Potrivit tribunalului arbitral, Guvernul Pakistanez a luat un rol activ înainte și după semnarea contractului de către NHA. În cadrul ședințelor arbitrale, un reprezentant al reclamanților a declarat că primul ministru al Pakistanului, Nawaz Sharif, a dat „asigurări repetate cu privire la angajamentul Pakistanului față de proiect” [48]. Pakistanul nu a contestat un astfel de angajament.

De fapt, Guvernul a aprobat proiectul prin următoarea declarație [49]:

"Guvernul pakistanez a fost interesat îndeaproape de acest contract, întrucât oricărui guvern responsabil căruia i se va cere să acumuleze sute de milioane de dolari, va fi interesat de astfel de proiecte. Dar există un alt motiv pentru care a fost implicat Guvernul Pakistanului, și anume faptul că reclamantul i-a cerut în continuare să se implice."

După ce a fost semnat contractul și au început lucrările, decizia NHA de reziliere a contractului a fost de facto aprobată de guvernul pakistanez, care, prin generalul Musharraf și alți oficiali de nivel înalt, a dat permisiunea președintelui NHA de a elimina Bayindir de pe șantier. În urma acestor fapte, Tribunalul a constatat că încălcarea NHA ar trebui să fie atribuită Pakistanului în temeiul articolului 8 din Proiectul CDI privind răspunderea statului [50].

În *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* [51], două entități de stat georgiene, SakNavtobi și Transneft, au încheiat un contract de concesiune pentru o conductă de petrol și un contract de participațiune (JVA) cu un investitor grec. În aceste două instrumente, entitățile de stat au declarat că acționează sub autorizarea guvernului georgian. În arbitraj, Georgia a susținut că SakNavtobi și Transneft au acționat în orice moment dincolo de autoritatea guvernului. Georgia a contestat validitatea celor două instrumente și a refuzat atribuirea conduitei entităților de stat către stat cu referire la contractele încheiate de SakNavtobi și Transneft. Tribunalul a considerat că poziția Georgiei era inacceptabilă [52]. Tribunalul a considerat că nu era important în problema pusă în discuție dacă SakNavtobi și Transneft ar fi fost autorizate sau nu de către Guvern să încheie contractele respective. În temeiul articolului 7 din Proiectul CDI, conduita ultra vires este, din toate punctele de vedere, atribuibilă unui stat [53]. Pe această bază, tribunalul a statuat că cele două acorduri erau acoperite „*cu mantia autorității guvernamentale*” [54].

Pe lângă aceasta, JVA a fost autorizată printr-o Rezoluție a Cabinetului de Miniștri. Proiectul în sine a fost de asemenea aprobat și publicat într-un decret adoptat de Cabinetul de Miniștri. De asemenea, contractul de concesiune a fost contrasemnat de ministrul energiei. Cu privire la aceste chestiuni, tribunalul a menționat:

"Asigurările acordate reclamantului cu privire la validitatea JVA și a concesiunii au fost aprobate chiar de guvern și de unii dintre cei mai înalți oficiali guvernamentali din Georgia (inclusiv, printre altele, președintele Gamsakhurdia, președintele Shevardnadze, prim-ministrul Sigua și prim-ministrul Gugushvili) și au fost strâns implicați în negocierea JVA și a concesiunii. De asemenea, tribunalul constată că concesiunea a fost semnată și „ratificată” de Ministerul Energiei, un organ al Republicii Georgia" [55].

Unele hotărâri arbitrale ale Camerei Internaționale de Comerț (**ICC**) au confirmat, de asemenea, răspunderea statului pentru garanțiile date de guverne în legătură cu contractele semnate de entitățile de stat [56]. Cu toate acestea, unele instanțe judiciare din jurisdicțiile unde au avut loc arbitrajele au anulat multe dintre ele. Un exemplu bine cunoscut este „Cazul piramidelor” [57]. În cauza respectivă, Ministerul Egiptean al Turismului, Organizația Generală Egipteană pentru Turism și Hoteluri (**EGOTH**) și un investitor străin au semnat un contract conform căruia guvernul a fost de acord să achiziționeze proprietăți în apropierea piramidelor și, pe de altă parte, atât EGOTH, cât și reclamantii au fost de acord să creeze un Joint Venture pentru a dezvolta un complex turistic pe terenul respectiv. Conform contractului, Guvernul și EGOTH a dat terenul în chirie investitorului, iar investitorul urma să implementeze serviciile de inginerie, construcții și arhitectură, precum și finanțarea proiectului. EGOTH și investitorul au semnat un acord suplimentar la contract, care urma să stabilească detaliile proiectului. Acest acord suplimentar a inclus clauza de arbitraj ICC cu locul arbitrajului la Paris.

În partea de jos a acordului, Ministrul Egiptean al Turismului a semnat și a ștampilat acordul cu următoarea declarație:

"Aprobat, agreeat și ratificat de ministrul turismului, excelența sa dl mlbrahim Naguib, la 12 decembrie 1974."

Autoritățile egiptene au decis să anuleze proiectul din cauza unor motive de interes public. În urma acestor acțiuni, investitorul a intentat un proces arbitral ICC revendicând compensarea prejudiciilor. Tribunalul ICC a acceptat jurisdicția, constatând că Egiptul este *"pârâtul potrivit"* în dispută și a decis să admită pretențiile. Însă Curtea de Apel din Paris și Curtea de Casație Franceză au anulat hotărârea arbitrală [58]. Instanțele au considerat că termenii *"aprobat, convenit și ratificat"*, de ministrului egiptean, nu au legat guvernul egiptean de contractul încheiat de reclamant și EGOTH [59]. Raționamentul deciziilor instanțelor franceze în *"Cazul piramidelor"* este îndoielnic din punct de vedere tehnic. Oricum ar fi, trebuie avut în vedere că toate aceste decizii au fost guvernate de dreptul francez și nu de dreptul internațional. Instanțele franceze s-au pronunțat cu privire la imunitatea guvernului egiptean împotriva jurisdicției tribunalului ICC, mai degrabă decât cu privire la chestiuni de drept internațional, cum ar fi atribuirea conduitei ilicite.

Deciziile menționate mai sus ilustrează implicarea statelor în etapele precontractuale și postcontractuale ale unui proces de investiții străine. Tribunalele arbitrale deduc răspunderea statului din avize, declarații, sau semnături, făcute de Ministere și înalți funcționari de stat. Cu toate acestea, nu întotdeauna semnătura unui Ministru presupune că partea la contract este un Minister sau un alt organ de stat. În multe entități de stat, persoanele din management dețin, în același timp funcții de conducere în stat.

Aceștia au dreptul de a numi membri ai consiliului de administrație și de a aproba deciziile strategice ale companiei. Dubla capacitate a unui minister sau a unui organ de stat, prin reprezentanții lor, dau naștere la probleme ce țin de identificarea rolului statului în raporturile contractuale încheiate dintre entitățile de stat și investitorii străini.

De asemenea, termenii utilizați în contracte, precum „*consimțit*”, „*aprobat*” sau „*garantat*” de către un minister sau un alt organ de stat, dă naștere la alte dezbateri, cum ar fi în ce măsură aprobarea de către un minister (sau oricare alt organ) a unui contract încheiat de către o entitate de stat, atrage statul în raporturile contractuale respective. Articolul 11 din Proiectul CDI atribuie statelor orice comportament „*recunoscut și adoptat*” de către acestea ca fiind propriile lor. Cu toate acestea, Articolul 11 se concentrează mai mult pe situații de fapt decât pe declarații sau semnături. Prof. James Crawford spre exemplu, distinge „*recunoașterea și adoptarea*” tranzacțiilor de simplul sprijin sau susținere. Cu toate acestea, în cauza *Personalului Diplomatic și Consular*, [60] Curtea Internațională de Justiție a interpretat cuvintele „*aprobare*” și „*avizare*”, precum și „*sigiliul aprobării guvernamentale oficiale*”, ca fiind suficiente în scopul atribuirii statului [61]. Cu toate că sunt divergențe dintre practica arbitrală, CIJ și instanțele naționale cu privire la extinderea clauzei arbitrale, nu pare să existe niciun test autoritar asupra care ar clarifica această chestiune. În fiecare caz aparte, o interpretare a „*celor patru colțuri*” a documentului în cauză va face lumină, dar nu neapărat certitudine.

IV. ENTITĂȚILE DE STAT ÎMPUTERNICITE DE STATE

Entitățile de stat pot acționa pe unele pieți pe care nici-o entitate privată nu are voie să acționeze. Când se întâmplă acest lucru, entitățile de stat sunt un *alter ego* al guvernelor. Actele lor urmăresc numai interesele statului și nu au un caracter pur comercial. Ele sunt *acta jure imperii*. Exemple de astfel de acte se găsesc zi de zi în zone care necesită utilizarea legitimă a forței, cum ar fi controlul traficului de arme, serviciile de imigrare sau vigența vamală. Există *acta jure imperii* în contextul investițiilor străine, chiar dacă nu sunt atât de vizibile. O entitate de stat, de exemplu, poate avea un monopol guvernamental sau deține puteri de reglementare într-un sector în care investițiile străine sunt, într-o anumită măsură, permise. Cu toate acestea, entitățile de stat nu acționează întotdeauna în calitate de actor public. Aceștia pot acționa și în calitate de parte comercială privată. O fac atunci când, în lipsa privilegiilor și puterilor statului, tranzacționează sau investesc pe piețe libere la același nivel și în aceleași condiții ca și companiile private. În aceste cazuri, acțiunile entităților de stat nu au elemente de autoritate guvernamentală. Aceste acte sunt cunoscute ca fiind *acta jure gestionis*. Aici, aprecierea puterilor guvernamentale în acțiunea unei entități de stat devine crucială pentru atribuirea acestei acțiuni statului [62].



Entitățile de stat
împuternicite de state

Emilio Agustín Maffezini v. Spania [63] este una dintre puținele cazuri ICSID hotărâte înainte de publicarea Proiectului CDI. În acest caz, problema atribuirii a fost rezolvată aplicând un test dublu: testul funcțional și testul structural. În acest caz, tribunalul arbitral a trebuit să analizeze dacă o companie deținută de Regatul Spaniei acționat ca societate comercială din numele statului. Compania în cauză a fost Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia (**SODIGA**). SODIGA fusese creată în 1971 printr-un decret al Ministerului Industriei. Institutul Național pentru Industrie al Spaniei, a fost o agenție de stat spaniolă, care deținea inițial 51% din capitalul social al SODIGA, dar până la sfârșitul anului 1990, cota de stat se ridica la 88% din capital. SODIGA și domnul Maffezini, un investitor italian, au înființat o companie: EAMSA. EAMSA a fost un start-up creat pentru producția de produse chimice în regiunea Galiciei, Spania. Patronat de SODIGA, EAMSA a fost agreată de băncile spaniole și a primit împrumuturi la rate preferențiale. Cu toate acestea, pe măsură ce fabrica de producție a substanțelor chimice era construită, EAMSA a întâmpinat dificultăți financiare și administrative. Fondurile private au fost apoi conectate din contul bancar personal al domnului Maffezini, dar fără consimțământul acestuia, către Contul bancar al EAMSA. Transferul a fost executat de bancherii domnului Maffezini, urmând instrucțiunile SODIGA. În urma unor șir de evenimente, domnul Maffezini a decis să renunțe la proiect și a solicitat răscumpărarea împrumuturilor. La scurt timp după aceea, el a inițiat un arbitraj împotriva Regatului Spaniei. Pe parcursul procesului, tribunalul arbitral a analizat dacă acțiunile SODIGA erau imputabile Spaniei. În cadrul testului structural, tribunalul s-a concentrat pe întrebări precum dacă SODIGA avea o personalitate juridică independentă; care legi interne (civile sau administrative) erau aplicabile SODIGA; și dacă avea un caracter privat sau public.

În cadrul testului funcțional, tribunalul arbitral s-a bazat pe „*elementele obligatorii la care se referă dreptul internațional*”, cum ar fi „*controlul companiei de către stat sau entități de stat și obiectivele și funcțiile pentru care compania a fost creată*” [64]. În acest sens, tribunalul a menționat:

"Datorită numeroaselor forme pe care întreprinderile de stat le pot lua și astfel modelează manierele acțiunii statului, testul structural nu poate fi întotdeauna o determinare concludentă dacă o entitate este un organ al statului sau dacă actele sale pot fi atribuite statului. A fost dezvoltat un test suplimentar, un test funcțional, care analizează funcțiile sau rolul care trebuie îndeplinit de entitate. Mai mult, modul în care băncile private s-au comportat în acest caz în ceea ce privește împrumutul, poate fi explicat numai în mare măsură datorită recunoașterii lor că ordinele și instrucțiunile SODIGA aveau dreptul să fie onorate datorită funcțiilor publice pe care le îndeplinea în Galiția" [65].

Transferul efectuat de SODIGA a fost atribuit Spaniei datorită naturii guvernamentale a acțiunii. S-a constatat că SODIGA a dispus transferul în calitate sa de entitate publică. În mod corect, Spania nu a acordat autorității SODIGA dreptul expres să efectueze o acțiune precum un transfer bancar neautorizat. Cu toate acestea, nimeni altul decât guvernul a luat credit pentru transfer. Tribunalul a concluzionat că un stat nu va scăpa neapărat de răspunderea pentru fapte sau omisiuni ilicite ascunzându-se în spatele unui voal privat al unei companii [66].

În *Salini v. Maroc* [67], reclamantii au depus o cerere ICSID introdusă în baza unui Tratat investițional încheiat de o companie italiană și Maroc în 1990. Investitorii italieni au pretins unele prejudicii contractual neplătite de Société Nationales des Autoroutes du Maroc (ADM) în baza unei concesiuni pentru construcția a unui proiect de autostradă.

ADM a fost o societate cu răspundere limitată constituită în baza regulilor generale aplicabile acestei forme de organizare a societății comerciale. Deși ADM nu era organizat sub forma unei întreprinderi de stat, cota parte de 89% din ADM era deținut de guvernul Marocului. Toți membrii consiliului de administrație ai ADM au fost aleși la adunarea generală în conformitate cu statutele societății, dar unii dintre ei aveau în același timp funcții publice în guvern. De exemplu, președintele ADM a fost ministrul infrastructurii.

În cadrul examinării procesului, tribunalul arbitral a considerat că ADM era o „*entitate controlată și administrată de statul marocan prin intermediul ministerului infrastructurii și al diferitelor organe publice*” [68]. În plus, tribunalul a luat în considerare faptul că activitățile oficiale ale ADM erau construirea, întreținerea și exploatarea autostrăzilor și căilor de comunicații de dimensiuni mari. Astfel, tribunalul a menționat că „*obiectivul principal al ADM [a fost] îndeplinirea sarcinilor care [erau] sub controlul statului*” [69]. Deci, în ciuda faptului că ADM are personalitate juridică și este o „*societate anonimă*”, tribunalul a constatat că acționează în numele Regatului Marocului. Într-o cauză similară, *Consortium R.F.C.C. v. Maroc* [70], statutul Société Nationales des Autoroutes du Maroc (**ADM**) a fost din nou în centrul atenției. Problema atribuirii a fost soluționată în același mod ca în *Salini v Maroc*.

Cazurile de mai sus arată prevalența testului funcțional în practica arbitrală și modul în care testul funcțional este aliniat cu testul „*elementelor autorității guvernamentale*” stabilit de articolul 5 din Proiectul CDI. În mod remarcabil, aprecierea funcțiilor sau autorității guvernamentale trebuie să se refere în mod specific la acțiunea ilicită pentru care se solicită răspunderea statului pentru conduita ilicită a entităților de stat. Aceasta ar trebui să fie neapărat o chestiune de apreciere.

V. CONCLUZII

Jurisprudența privind arbitrajul investițional confirmă faptul că atribuirea conduitei desfășurate sub instrucțiuni, direcții sau control de stat implică un standard ridicat. Testul relevant este încorporat în articolul 8 al Proiectului CDI, care se aplică în două scenarii de intervenție a statului: emiterea de instrucțiuni expres obligatorii de către stat către actorii nestatali și exercitarea unui control efectiv asupra conduitei actorilor nestatali. În ambele cazuri trebuie să existe o corelație necesară între comportamentul pus în discuție și intervenția statului. Existența instrucțiunilor exprese de către stat este dificil de demonstrat. Interpretarea strictă a ceea ce constituie instrucțiunea expresă este modulată de acceptarea instrucțiunilor generale de către stat ca acte capabile să declanșeze răspunderea statului.

Controlul efectiv al entității este considerat mai frecvent în practică. Întrebarea care trebuie pusă este dacă actorul nestatal ar fi săvârșit faptele atacate fără controlul intervenției statului. În acest sens, controlul asupra entității nu este concludent, iar actele incidentale sau periferice nu intră sub controlul statului și, prin urmare, nu pot fi atribuite. De asemenea, exercitarea obișnuită a controlului acționarilor este insuficient. Controlul corporativ trebuie să fie utilizat de stat ca dispozitiv pentru a obține un anumit rezultat, pentru a putea fi atribuit acestuia. În practică, se are în vedere dacă rezultatul particular depășește ceea ce ar putea fi în interesul perceput al unei entități de stat. Prin urmare, testul nu se referă la activități comerciale obișnuite desfășurate de către entitatea de stat. Se referă la utilizarea controlului de drept corporativ sau public de către stat pentru a impune ordinea publică sau exercita puteri suverane.

REFERINȚE

[1] Articolele 55 and 56 din Proiectul Articolelor privind Răspunderea Statului pentru faptele internaționale ilicite. A se vedea: <https://legal.un.org/ola/>

[2] Articolul VII(3) din Declarația Guvernului Republicii Democratice și Populare din Algeria privind soluționarea cererilor către Guvernul Statelor Unite ale Americii și Guvernul Republicii Islamice Iran, 19 ianuarie 1981 (“Declarația de soluționare a revendicărilor Iran-SUA”). În cazurile Tribunalului de Reclamații Iran-SUA, Compania Națională Petroliană Iraniană (NIOC) a fost, de regulă, considerată parte a statului (Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran (1989) 21 Iran-US C.T.R. p. 79). Într-un mod similar, Art. 1 din Modelul de Tratat de investiții bilaterale al SUA din 2012 definește „întreprinderea de stat” ca „o întreprindere deținută sau controlată prin interese de proprietate [...]”.

[3] Articolul 1503(2) NAFTA. A se vedea: <https://www.cbp.gov/trade/nafta>

[4] Acronimul ICSID reprezintă Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții, care este centrul care administrează litigiile arbitrale guvernate de Convenția privind reglementarea diferendelor relative la investiții între state și cetățeni ai altor state, semnată la Washington DC în 1965. A se vedea art. 25 (1) din Convenția ICSID. În legătură cu întreprinderile de stat, semnificația Art. 25 (1) a fost discutat în Salini Costruttori S.p.A. și Italstrade S.p.A. v. Regatul Iordaniei (Cazul ICSID nr. ARB / 02/13) Decizia privind jurisdicția din 15 noiembrie 2004, la paragrafele 62-63; și, de asemenea, în Salini Costruttori S.p.A. și Italstrade S.P.A. v. Regatul Marocului (Cazul ICSID nr. ARB / 00/4) Decizia privind jurisdicția din 16 iulie 2001, la punctele 30-31.

[5] Art. 22 al Tratatului privind Carta Energiei: www.energycharter.org

A se vedea WALDE, T., State responsibility for subnational authorities and non-state national entities, 27 Netherlands Yearbook of International Law 143-194 (1996).

[6] Limited Liability Company AMTO v. Ucraina, Arbitraj SCC (Dosarul Nt. 80/2005) din 26 Martie 2008, paragraful 23.

[7] BOECKSTOEGEL, K.H., The Legal Rules Applicable in International Arbitration Involving States or State-controlled entities, în 60 Years of ICC Arbitration 117 (1984), pagina 132.

[8] A se vedea *Foremost Tehran, inc. v. Iran*, 1986, 10 Iran-US C.T.R. 228; *Otis Elevators v. Iran*, 1987, 14 Iran-US C.T.R. 283; *Eastman Kodak Co. v. Iran*, 1987, 17 Iran-US C.T.R. 153; *Economy Forms Corporation, Claimant v. Guvernul Iranian, The Ministry of Energy, Dam and Water Works Construction Co. ("Sabir") și Sherkat Sakatemani Mani Sahami Kass ("Mana") și Bank Mellat (Economy Forms) v. Iran*, Hotărârea Nr. 55-165-1, 3 Iran-US C.T.R. 1; *Cal-Maine Foods, Inc. v. Iran și Sherkat Seamourgh Company, Inc* Iran-US Claims Tribunal, Hotărârea Nr. 133-340-3.

[9] *Flexi-Van Leasing, Inc. Claimant v. Iran (Flexi-Van Leasing)*, Iran-US Claims Tribunal, Hotărârea Nr. 259-36-1, paragraf 349. Pentru comentariu cu privire la aceasta a se vedea PERERA, S. *State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes*, *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, 495, pagina 523.

[10] *Wena Hotels Ltd. v. Egypt*, Cauza ICSID Nr. ARB/98/4, Decizia privind jurisdicția din 29 iunie 1999.

[11] *Wena Hotels Ltd. v. Egypt*, Cauza ICSID Nr. ARB/98/4, Decizia privind jurisdicția din 29 iunie 1999, paragrafele 65-69.

[12] *Nagel v. Republica Cehă*, Cauza SCC Nr. 49/2002; Hotărârea din 9 Septembrie 2003, Revizuită de Curtea de Apel din Stockholm, Cauza Nr. T9059-03, decizia din 26 August 2005; publicat în 13 ICSID Rep. 96 (2008).

[13] *Ibid.*, paragraf. 15.

[14] *Ibid.*, paragraf. 278.

[15] *Ibid.*, paragraf. 321.

[16] Ibid., paragraf. 324.

[17] Waste Management, Inc. v. Mexic (Nr. 2), Cauza ICSID Nr. ARB(AF)/00/3, Hotărârea din 30 Aprilie 2004.

[18] Ibid., paragrafele 124-140.

[19] Ibid., paragraf 75.

[20] Waste Management, Inc. v. Mexic (Nr. 2), Cauza ICSID Nr. ARB(AF)/00/3, Hotărârea din 30 aprilie 2004.

[21] Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Baltoil v. Estonia, Cauza ICSID Nr. ARB/99/2, Award of 15 Jun. 2001.

[22] Ibid., paragraf 327. Articolul II 2 (b) din Tratatul Bilateral de Protecție a Investițiilor dintre Estonia-Statele Unite spunea că „Fiecare parte va asigura că orice întreprindere de stat pe care o înființează și gestionează, acționează într-un mod care nu este incompatibil cu obligațiile părții în temeiul prezentului tratat”.

[23] Jan de Nul N.V. și Dredging International N.V. v. Egypt, Cauza ICSID Nr. ARB/04/13, Hotărârea Arbitrală din 24 octombrie 2008.

[24] Art.4 al Proiectului CDI prevede că “(1) Conduita oricărui organ de stat este considerată drept un act al statului respectiv în temeiul dreptului internațional, indiferent dacă organul exercită funcții legislative, executive, judiciare sau orice alte funcții, indiferent de funcția pe care o deține în organizarea statului și oricare ar fi caracterul său de organ al guvernului central sau al unei unități teritoriale a statului. (2) Un organ include orice persoană sau entitate care are acest statut în conformitate cu legea internă a statului.”

Art.5 al Proiectului CDI prevede că: “Conduita unei persoane sau entități care nu este un organ al statului în temeiul articolului 4, dar care este împuternicită de legea statului respectiv să exercite elemente ale autorității guvernamentale este considerată un act al statului în conformitate cu dreptul internațional, cu condiția ca persoana sau entitatea acționează în această calitate într-un caz particular.”

Art.8 al Proiectului CDI prevede că: "Conduita unei persoane sau a unui grup de persoane trebuie să fie considerat un act al unui stat conform dreptului internațional dacă persoana sau grupul de persoane în exercitarea conduitei respective acționează sub instrucțiunile, ordinele sau controlul statului respectiv"

[25] Jan de Nul N.V. și Dredging International N.V. v. Egypt, Cauza ICSID Nr. ARB/04/13, Hotărârea Arbitrală din 24 octombrie 2008, paragrafele 142-175.

[26] Tribunalul a trebuit să ia în considerare „dacă actele sau omisiunile specifice sunt în esență mai degrabă de natură comercială decât guvernamentală sau dimpotrivă. Actele comerciale nu pot fi atribuite statului, în timp ce actele guvernamentale ar trebui să fie astfel atribuite”. Citat din Maffezini v. Spania, Cauza ICSID Nr. ARB/97/7, Decizia pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000, paragraf. 52.

[27] Ibid., paragraf 169.

[28] Ibid., paragraf 170.

[29] Ibid., paragraf 173. Tribunalul arbitral în Jan de Nul NV v. Egypt a citat testul „controlului efectiv” aplicat în dosarul privind activitățile militare și paramilitare din și împotriva Nicaragua (Nicaragua v. Statele Unite ale Americii) Hotărârea Curții Internaționale de Justiție din 27 iunie 1986, ICJ Reports 1984.

[30] Deutsche Bank AG v. Sri Lanka, Cauza ICSID Case Nr. ARB/09/02; Hotărârea Arbitrală din 31 octombrie 2012.

[31] Tratatul Bilateral de Protecție și Promovare a Investițiilor încheiat de Republica Moldova și Regatul Unit al Marii Britanii la 19 Martie 1996, în vigoare pentru părți din 30 iulie 1998.

[32] Deutsche Bank AG v. Sri Lanka, Cauza ICSID Case Nr. ARB/09/02; Hotărârea Arbitrală din 31 octombrie 2012, paragraf 405.

[33] Consortium L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria, Cauza ICSID Nr. ARB/03/8; Hotărârea Arbitrală din 10 ianuarie 2005.

[34] Consortium L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria, Cauza ICSID Nr. ARB/03/8; Hotărârea Arbitrală din 10 ianuarie 2005, paragrafele 19-20.

[35] White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Hotărârea Arbitrală din 30 noiembrie 2011.

[36] White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Hotărârea Arbitrală din 30 noiembrie 2011, para. 8.1.19

[37] Bidas Sopic, Bidas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil & Gas Ventures, Ltd., and Bidas Corporation v. Turkmenistan, Curtea Internațională de Arbitraj (ICC) Cauza Nr. 9058/FMS/KGA. Cazul a fost decis în trei decizii ICC consecutive, dar ulterior a fost examinat de diferite instanțe din Statele Unite. Deși arbitrajele au fost decise în principal în temeiul legislației engleze, mai multe aspecte de fond ale contractului au fost, de asemenea, reglementate de practicile obișnuite ale industriei internaționale a gazului și petrolului și de dreptul internațional.

[38] Ibid., Hotărârile din 2 septembrie 2000 și 26 ianuarie 2001.

[39] Ibid., Hotărârea Parțială din 24 iunie 1999, la paginile 11, 15-16.

[40] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Iordania, Cauza ICSID Nr. ARB/02/13, Decizia pe jurisdicție din 15 noiembrie 2004.

[41] Ibid., paragrafele 85-92.

[42] Ibid., paragraf 96.

[43] Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decizia pe Jurisdicție din 24 mai 1999.

[44] Ibid., paragraf 3.

[45] Ibid., paragraf 159.

[46] Ibid., paragraf 161.

[47] Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan, Cauza ICSID Nr. ARB/03/29, Decizia pe Jurisdicție din 14 noiembrie 2005, paragraf 180-184.

[48] Ibid., paragraf 185.

[49] Ibid., paragraf 126.

[50] CRAWFORD, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge University Press, 2002), Article 8, p. 110, para. (2); HOBBER, K. *State Responsibility and Attribution*, în *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. and SCHREUER, C. (Oxford University Press, 2008), pagina 563; FADLALLAH, *Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICSID Case Law*, in GAILLARD, E și YOUNAN, J (eds.), *State Entities in International Arbitration*, Juris Publishing Inc., 2005, pagina 16.

[51] *Ioannis Kardassopolous v. Georgia*, Cauza ICSID Nr. ARB/05/18, Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007.

[52] *Ioannis Kardassopolous v. Georgia*, Cauza ICSID Nr. ARB/05/18, Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007, paragraf 279.

[53] Articolul 7 din Proiectul CDI „Comportamentul unui organ al unui stat sau al unei persoane sau entități abilitate să exercite elemente ale autorității guvernamentale este considerat un act al statului dacă organul, persoana sau entitatea acționează în această calitate, chiar dacă își depășește autoritatea sau acționează contrar instrucțiunilor,.. A se vedea *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt* Cauza ICSID Case Nr. ARB/84/3, Hotărârea Arbitrală din 20 mai 1992, paragraf 85.

[54] *Ioannis Kardassopolous v. Georgia*, Cauza ICSID Nr. ARB/05/18, Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007, paragraf 194.

[55] Ibid., paragraf 191.

[56] A se vedea Cauza ICC Nr. 8357, Hotărârea Arbitrală din 14 iunie 1997; sau Cauza ICC Nr. 6262, Hotărârea Parțială din 24 iunie 1992.

[57] *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. (Hong Kong) and Southern Pacific Properties Ltd. (Hong Kong) v. Egypt*, Cauza ICC Nr. 3493, Hotărârea Arbitrală din 16 februarie 1983.

[58] Hotărârea a fost anulată de Curtea de Apel din Paris la 12 iulie 1984, la solicitarea statului Egiptean, iar decizia de anulare a fost confirmată de Curtea de Casație și Justiție a Franței.

[59] Potrivit instanțelor franceze, cuvintele „aprobat, convenit și ratificat” au fost adăugate deoarece EGOTH și reclamantul au considerat în mod specific că acordul lor va fi supus aprobării de către minister, care era în general responsabil pentru supravegherea siturilor turistice și cu aprobarea creației, exploatarea și gestionarea complexelor economice și a hotelurilor.

[60] United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Reports 1980, pagina 3.

[61] CRAWFORD, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 2002, Cambridge University Press), para. (6) al comentariului Art. 11. Comportament recunoscut și adoptat de un stat ca fiind propriu.

[62] A se vedea Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran (1989) 21 Iran-US C.T.R. 79.

[63] Emilio Agustín Maffezini v. Spainia, Cauza ICSID Nr. ARB/97/7, Hotărârea pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000, și Hotărârea Arbitrală din 13 noiembrie 2000. A se vedea COHEN, A. *State Responsibility and Attribution: When is a State Responsible for State Enterprises?* In *International Investment Law and Arbitration* (Cameron May. Ltd, London), 2005, paginile 17-45.

[64] Ibid., para. 50, Hotărârea Arbitrală din 13 noiembrie 2000.

[65] Ibid., para. 79, Hotărârea pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000.

[66] Ibid., para. 78, Hotărârea pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000.

[67] Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, Cauza ICSID Nr. ARB/00/4, Decizia pe Jurisdicție din 16 iulie 2001).

[68] Ibid., paragraf 32.

[69] Ibid., paragraf 33.

[70] Consortium R.F.C.C. v. Morocco, Cauza ICSID Nr. ARB/00/6, Decizia pe Jurisdicție din 16 iulie 2001.



© Aurel Băieșu
Sorin Dolea