

Prezentarea sintetică a Regulilor și a Convenției UNCITRAL privind transparența

I. Aspecte de context:

Comisia Organizației Națiunilor Unite pentru Drept Comercial Internațional, la sesiunile din anul 2008¹ și respectiv anul 2010² și-a orientat activitatea către introducerea conceptului de „transparență” în arbitrajul investițional, acest lucru reprezentând o prioritate după finalizarea revizuirii Regulilor UNCITRAL de arbitraj. Astfel, la cea de-a 43-a sesiune, Comisia a mandatat Grupul de lucru II (Arbitraj și conciliere) să pregătească un proiect de norme juridice privind transparența în arbitrajele investiționale.

După aproximativ 3 ani de activitate în cadrul Grupului de lucru, în anul 2013, la cea de-a 46-a sesiune a Comisiei, au fost finalizate și adoptate Regulile privind transparența în arbitrajul dintre investitor și stat care decurge dintr-un tratat (denumite, în continuare, *Regulile UNCITRAL privind transparența*) împreună cu o nouă revizuire a Regulilor UNCITRAL de arbitraj³.

Ulterior, pentru a conferi o importanță juridică sporită Regulilor, Grupul de lucru II (Arbitraj și conciliere) a fost mandatat să pregătească un proiect de Convenție pentru aplicarea Regulilor privind transparența în arbitrajul dintre investitor și stat, declanșat în baza unui tratat, (denumită, în continuare, *Convenția UNCITRAL privind transparența*). Acest demers a venit în întâmpinarea dorinței statelor, de a dispune de un mecanism eficient, de asigurare a transparenței în cazurile de arbitraj, aplicabil tratatelor de investiții, în vigoare. În decursul a două sesiuni, Grupul de lucru II (Arbitraj și conciliere) a redactat și a convenit textul Convenției UNCITRAL privind transparența.⁴

II. Principalele prevederi ale Regulilor privind transparența în arbitrajul dintre investitor și stat, declanșat în baza unui tratat

Regulile UNCITRAL privind transparența au fost adoptate urmare Rezoluției Adunării Generale nr. 68/109 din 16 decembrie 2013 și au devenit aplicabile de la 1 aprilie 2014. Regulile UNCITRAL privind transparența în arbitrajul investițional cuprind *un set de norme procedurale care sunt menite să asigure transparență și accesibilitate pentru public, de la debutul procedurilor arbitrale până la finalizarea acestora.*

Regulile UNCITRAL privind transparența sunt sintetizate în 8 articole care reglementează: domeniul de aplicare, publicarea informațiilor la începutul procedurilor arbitrale, publicarea documentelor, intervenția terțului (*amicus curiae*), observațiile prezentate de o parte la tratat, care nu este parte în dispută, audierile și depozitarul informațiilor publicate.

Regulile UNCITRAL privind transparența se aplică:

- disputelor create de tratatele încheiate la sau după 1 aprilie 2014, atunci când părțile la tratatul în cauză sau părțile aflate în dispută, sunt de acord cu aplicarea lor;
- disputelor declanșate în baza clauzei arbitrale din tratatele încheiate înainte de 1 aprilie 2014, dacă părțile la diferend sunt de acord sau dacă părțile la un tratat, atât statul reclamantului, cât și statul pârâtului s-au înțeles, la un moment ulterior datei de 1 aprilie 2014, asupra punerii în aplicare a acestora;
- disputelor dintre investitor și stat declanșate în temeiul altor norme decât Regulile UNCITRAL de arbitraj, precum și în cadrul procedurilor arbitrale ad-hoc.

În cazul în care aplicabilitatea Regulilor UNCITRAL privind transparența intervine ca urmare a includerii lor într-un tratat investițional, părțile în litigiu nu pot deroga de la ele, decât în cazul în care tratatul de investiții le permite acest lucru.

¹ Official Records of the General Assembly, Sixty-third Session, Supplement no. 17 and corrigendum (A/63/17 and Corr.1), para. 314;

² Ibid, Sixty-fifth Session, Supplement no. 17 and corrigendum (A/65/17 and Corr.1), para. 190;

³ A fost revizuit art. 1, paragraf 4 din Regulile UNCITRAL de arbitraj;

⁴ Sesiunea a 59-a a Grupului de lucru II (arbitraj și conciliere), Viena, 16 – 20 septembrie 2013 (A/CN.9/794) și sesiunea 60-a a Grupului de lucru II (arbitraj și conciliere), New York, 3 - 7 februarie 2014).

Regulile UNCITRAL privind transparența reglementează situațiile în care tribunalul arbitral își poate exercita puterea discreționară, ținând cont de interesul public precum și de interesul părților aflate în diferend.

III. Elementele de noutate aduse de aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența în cadrul arbitrajelor dintre investitori și stat

Până la adoptarea Regulilor UNCITRAL privind transparența, cele mai multe arbitraje dintre investitor și stat se desfășurau într-o modalitate lipsită de transparență, deși astfel de cazuri sunt, de multe ori, de interes public, acestea implicând bani sau având în atenție probleme legate de contribuabili, resurse naturale sau mediul înconjurător. Aplicarea acestor Reguli conduce la o informare transparentă a publicului interesat, în acest domeniu.

În temeiul Regulilor UNCITRAL privind transparența, informații și documente din cadrul procedurilor arbitrale sunt făcute publice, sub rezerva anumitor garanții de protejare a informațiilor confidențiale. Se vor publica: numele părților litigante, sectorul economic implicat și tratatul de investiții în baza căruia se declanșează procedura arbitrală, precum și notificarea declanșării arbitrajului, răspunsul la notificarea declanșării arbitrajului, formularea capetelor de cerere, întâmpinarea și orice alte declarații sau memorii scrise ale oricăreia dintre părți; un tabel conținând extrasele documentelor menționate mai sus, rapoartele experților și declarațiile martorilor, dacă un astfel de tabel a fost pregătit pentru dezbateri, însă nu extrasele propriu-zise; orice memorii scrise ale părților la tratat, care nu sunt parte la dispută și ale terților, transcrierea audierilor, acolo unde sunt disponibile; precum și ordine, decizii și alte hotărâri ale tribunalului arbitral. Audierile vor fi publice, sub rezerva anumitor garanții de protecție a informațiilor confidențiale sau integritatea procesului de arbitral. Cu respectarea anumitor criterii stabilite în Regulile UNCITRAL de transparență, un terț (*amicus curiae*) sau o parte la tratat care nu este parte în diferend, poate interveni în cadrul procedurii arbitrale.

Depozitarul informațiilor publicate este Secretarul General al ONU sau o instituție desemnată de UNCITRAL.

Pe site-ul UNCITRAL a fost creat un Registru de transparență disponibil accesând link-ul <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>.

IV. Convenția pentru aplicarea Regulilor privind transparența în arbitrajul dintre investitor și stat inițiat în baza unui tratat

Convenția UNCITRAL privind transparența este un document suplu, care conține un preambul și 11 articole și are drept scop aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența în cadrul arbitrajelor ale căror părți se află în una din următoarele circumstanțe,

- au semnat Convenția și nu au făcut anumite rezerve (pentru state sau organizații regionale de integrare economică) sau au sediul în de state/organizații regionale de integrare economică care au semnat Convenția și nu au făcut anumite rezerve (pentru investitori), ori
- investitorul având sediul pe teritoriul unui stat/care face parte din organizații regionale de integrare economică și care nu a semnat Convenția, acceptă aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența, în baza unei oferte unilaterale din partea părâtului care nu a făcut anumite rezerve la Convenție.

Convenția se aplică arbitrajului dintre un investitor și un stat sau o organizație regională de integrare economică, declanșat în baza unui tratat de investiții încheiat înainte de 1 aprilie 2014.

În preambulul Convenției este recunoscută valoarea arbitrajului ca metodă de soluționare a diferendelor în relațiile internaționale, importanța prevederilor referitoare la transparență, precum și necesitatea de a stabili un cadru juridic armonizat pentru soluționarea echitabilă și eficientă a diferendelor internaționale referitoare la investiții.

Cele 11 articole reglementează: domeniul de aplicare, aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența, posibilitatea formulării de rezerve și tipurile de rezerve, depozitarul, semnarea, ratificarea, acceptarea, aprobarea și aderarea, participarea organizațiilor regionale de integrare economică, intrarea în vigoare, modificarea și denunțarea Convenției.

V. Elemente privind participarea UE și a statelor membre ale UE, la această Convenție

Având în vedere competențele Uniunii Europene în domeniul investițiilor, mai precis în domeniul investițiilor străine directe (art. 207 TFUE), Comisia Europeană a fost mandată de Consiliu să reprezinte Uniunea Europeană, în limita competențelor sale în domeniu, în cadrul reuniunilor UNCITRAL, organizate în vederea negocierii textului Convenției.

La nivelul UE, reprezentanții Comisiei Europene și-au arătat interesul pentru semnarea acestui instrument internațional, un proiect de decizie a Consiliului fiind prezentat, în acest sens, la nivelul Comitetului Politici Comerciale – secțiunea Servicii și Investiții. În prezent, textul proiectului de decizie este în dezbateri în cadrul grupului de lucru.

Având în vedere competențele reziduale ale statelor membre față de unele aspecte ale domeniului investițiilor (cum ar fi investițiile de portofoliu, exproprierea, arbitrajul), acestea păstrează posibilitatea de a semna acest instrument internațional.

Conform prevederilor Convenției, Regulile de transparență sunt aplicabile în cazul tratatelor având prevederi în domeniul investițiilor încheiate înainte de 1 aprilie 2014, de principiu, pentru semnarea convenției, care nu au făcut anumite rezerve și investitorii care au sediul în state/organizații regionale de integrare economică care au semnat Convenția și nu au făcut anumite rezerve, deși, în caz contrar, investitorii ar putea accepta oferta unilaterală din partea părâtului de a aplica Regulile privind transparența. Având în vedere data la care au fost adoptate Regulile UNCITRAL privind transparența și textul Convenției privind aplicarea lor, pentru acordurile semnate după această dată, se presupune că semnarea acestora ar introduce clauze specifice privind aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența, în măsura în care există interes în acest sens.

Acordurile internaționale la care se referă Convenția, acoperă orice tratat bilateral sau multilateral, inclusiv orice tratat denumit, în mod obișnuit, „acord de liber schimb”, „acord de integrare economică”, „acord-cadru privind comerțul și investițiile” sau „acord de cooperare”, sau „tratate bilaterale de investiții”, care conține prevederi privind protecția investițiilor sau a investitorilor și dreptul investitorilor de a recurge la arbitraj împotriva părților contractante ale respectivului tratat de investiții.

În consecință, din perspectiva României ca stat membru al UE, Regulile UNCITRAL privind transparența ar putea fi aplicabile cu privire la:

- acordurile bilaterale în domeniul promovării și protejării investițiilor semnate de România cu state membre ale UE (intra-BITs),
- celor semnate de România cu state terțe,
- acordurilor comerciale ale UE încheiate cu state terțe,
- al acordurile multilaterale care conțin prevederi în domeniul investițiilor (Tratatul privind Carta Energiei),
- unele acorduri specifice precum Acordul de Parteneriat Transatlantic privind Investițiile (TTIP) sau Acordul Cuprinzător de Cooperare Economică și Comercială dintre UE (și, posibil, statele membre ale acesteia) și Canada, ș.a., în măsura finalizării negocierilor și a îndeplinirii formalităților privind ratificarea/încheierea.

Din perspectiva UE, până la acest moment, *Tratatul privind Carta Energiei* (ECT) este singurul tratat internațional cu prevederi în domeniul investițiilor la care UE este parte. Având în vedere că domeniul reglementat de acest instrument internațional conține și *elemente de competență națională*, statele membre ale UE sunt părți ale acestuia. *Din perspectiva partajării competențelor, dar și a responsabilității financiare*, aplicarea Regulilor UNCITRAL privind transparența, în cazul unei dispute arbitrale în domeniul investițiilor, în baza ECT, ridică, în acest moment, o serie de incertitudini, fiind necesară clarificarea impactului aplicării Regulilor privind transparența în litigiile în domeniul investițiilor. Astfel, sunt evaluate, în continuare, la nivelul UE și al statelor membre, măsura în care acestea din urmă ar fi obligate, pe de o parte, să semneze Convenția UNCITRAL privind transparența, precum și, pe de altă parte, să aplice prevederile acesteia în cazul ECT. În acest context, este sondată, totodată, posibilitatea ca statele membre să semneze Convenția UNCITRAL, însă, în relație cu ECT, să le rămână marjă de acțiune – în sensul posibilității introducerii de rezerve.

În plan concret, dificultățile pot apărea în cazul inițierii unui litigiu arbitral, de către un investitor în domeniul energiei, la nivelul UE, respectiv împotriva UE sau a unui stat membru al acesteia. Stabilirea propriu-zisă a părâtului, precum și a responsabilității financiare se face în baza situației de fapt, evaluată prin considerarea criteriilor stabilite prin *Regulamentul (UE) nr. 912/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014, de instituire a unui cadru pentru*

gestionarea răspunderii financiare legate de instanțele de soluționare a litigiilor între investitori și stat, stabilite prin acordurile internaționale la care Uniunea Europeană este parte.

Având în vedere că domeniul energiei reprezintă competență partajată, iar legiferarea în scopul promovării și protejării investițiilor în domeniul energiei, rezidă, atât la nivel UE cât și la nivel național, în situația unui litigiu împotriva UE sau a unui stat membru al acesteia, care ar apărea în domeniul de aplicare al ECT, aplicarea Convenției UNCITRAL și a Regulilor privind transparența ar fi destul de dificil de gestionat, dacă statele membre ale UE, în cauză, de exemplu, nu ar fi parte la această Convenție a UNCITRAL.

(Ministerul Afacerilor Externe, iulie 2015)