

CZU: 341.23:346.3

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.5113021>

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

Aurel BĂIEȘU, Sorin DOLEA

Universitatea de Stat din Moldova

În această lucrare analizăm impactul comportamentului entităților de stat asupra responsabilității statelor. În același rând, am luat în atenție o teorie a dreptului internațional numită „atribuirea conduitei ilicite a entităților de stat către stat” în conformitate cu Proiectul CDI privind responsabilitatea statului. Discutăm la fel cu doctrina ridicării vălului corporativ, o doctrină extinsă în mare măsură în dreptul național, dar nu foarte tranzitată la nivel internațional.

Cuvinte-cheie: responsabilitatea statului, entități de stat, ridicarea vălului corporativ, comportament internațional ilicit.

LIFTING THE CORPORATE VEIL AND STATE RESPONSIBILITY FOR CONTRACTS CONCLUDED BY STATE ENTITIES AND FOREIGN INVESTORS IN INVESTMENT ARBITRATION

This work is about state-owned entities. It analyses the impact of their conduct on the responsibility of states. We analyse a theory of the international law called “state attribution” under ILC Articles on State Responsibility. We also approach the doctrine of lifting the corporate veil, a doctrine largely extended municipally, but not much transited internationally.

Keywords: state responsibility, state entities, lifting the corporate veil, international wrongful conduct.

Introducere

În unele situații, faptele întreprinderilor de stat pot fi considerate ca fapte întreprinse de stat. Acesta a fost rezultatul practic al doctrinei atribuirii răspunderii statelor 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.

Deși prezentul articol nu analizează faptele comise de către întreprinderile de stat atribuite statului, această doctrină joacă un rol important în determinarea responsabilității statului în astfel de situații. Astfel, atribuirea statului este reafirmată în Capitolul II al Proiectului de Articole privind responsabilitatea statelor pentru fapte internațional 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 în 2002 de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite. Proiectul CDI este considerat o expresie a dreptului internațional cutumiar în domeniul răspunderii statului. Totuși, aceste reguli sunt „reziduale” și „neexhaustive” [1].

Cu alte cuvinte, Proiectul CDI privind responsabilitatea statului 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. Astfel de reguli pot completa, clarifica sau suprascrie regulile generale redactate în Proiectul CDI. În Declarația de la Algeris din 1981, de exemplu, se conține o regulă specială privind atribuirea, 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 întreprinderilor de stat. O altă regulă de atribuire se găsește în Acordul de liber schimb din America de Nord (**NAFTA**), care definește întreprinderea de stat ca o entitate „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 responsabilității statului 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, iar întreprinderile privilegiate ca fiind acordate cu „privilegii speciale sau exclusive”, inclusiv „autorități de reglementare, administrative sau alte autorități guvernamentale” [5].

În acest articol nu analizăm aplicabilitatea doctrinei ridicării vălului corporativ în arbitrajul investițional și în ce măsură statul este responsabil pentru faptele comise de întreprinderile de stat. Analiza respectivă este limitată doar la dreptul internațional, nefiind discutate reglementările naționale interne aplicabile întreprinderilor de stat. Articolul se referă la următoarele aspecte: Calitatea statului în raport cu întreprinderile de stat; Rolul statului în raporturile contractuale dintre investitori și întreprinderile de stat; Întreprinderile de stat care sunt expres împuternicite să acționeze din numele statului, finalizând cu Concluzii.

I. Calitatea statului în raport cu întreprinderile de stat: acționar/asociat sau controlor al entităților de stat?

Proprietatea statului asupra unei întreprinderi creează o „*prezumție incontestabilă*” a controlului de stat asupra entității respective [6]. Cu toate acestea, în scopul atribuirii responsabilității statului, 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 a fi 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 să intervină efectiv 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].

Una dintre primele cauze ICSID, în care controlul asupra întreprinderilor de stat s-a distins de calitatea de asociat/acționar unic în întreprinderile de stat, a fost *Wena vs. 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 de Egipt în 1975. Pe de altă parte, una dintre 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 *EHC* și, prin urmare, faptele *EHC* erau atribuite statului.

Nagel vs Republica Cehă [12] a fost un arbitraj desfășurat conform Regulilor de Arbitraj ale Institutului de Arbitraj al Camerei de Comerț din Stockholm (*SCC*) în baza Tratatului bilateral de protecție și promovare a investițiilor încheiat în 1990 între Regatul Unit și Republica Cehă. Tribunalul a acceptat jurisdicția *ratione personae* asupra pretenției, dar a refuzat jurisdicția *ratione materiae*, deoarece nu a existat nicio „*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, niciuna 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 dl 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 conținea 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 în interese ai CRa, precum și tuturor celorlalte persoane sau corporații cu care oricare dintre primii au fost, sunt acum sau pot fi afiliați în continuare.”

Și statul ceh a fost eliberat de răspundere în temeiul clauzei de mai sus? În caz contrar, statul își va păstra 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 înguști pentru a-l exonera 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 de 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 responsabilitatea Republicii Cehe*”. Tribunalul arbitral nu a făcut nicio 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 vreo implicare directă a guvernului în încheierea acordului de cooperare [16]. Cu toate acestea, întrucât niciun 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. vs. 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 responsabilitatea statului pentru faptele întreprinderilor 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 Publicos, 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 cuprins 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, reclamantii au susținut că Mexicul nu a acordat tratamentul just și echitabil cerut în temeiul articolului 1105 (1) din NAFTA. Tribunalul a constatat că reclamantii 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 responsabilitatea 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. vs. Mexic* [20] contrastează cu constatările făcute în *Genin vs. 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 vs. Estonia* Banca Estoniei era o agenție de stat, în timp ce în *Waste Management, Inc. sv. Mexic Banobras* nu era agenție de stat? 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 responsabilității statului pe plan internațional.

În *Jan de Nul NV vs. Egipt* [23], reclamantii au încheiat un contract cu o agenție de stat egipteană, Autoritatea Canalului Suez (SCA), pentru lărgirea și aprofundarea Canalului Suez. Lucrările au fost atribuite reclamantilor după ce a avut loc un proces de licitație în temeiul legilor egiptene privind achizițiile publice. Reclamantii 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 responsabilitatea 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 a și 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 reclamantii 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 comportamentului 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 privind responsabilitatea statului, 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 denumirea de testul „controlului efectiv” [29].

Mai recent, în *Deutsche Bank AG vs. Sri Lanka* [30], problema controlului a fost din nou punctul central al dezbaterilor privind atribuirea responsabilității statului. Deutsche Bank a vândut un instrument derivat societății de stat Ceylon Petroleum Company (CPC) din Sri Lanka, permițând 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 ale unor tratate investiționale care prevăd că statul gazdă a investițiilor își asumă obligația să respecte orice obligație 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 ale companiilor 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 vs. Sri Lanka*, tribunalul nu s-a pronunțat însă 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 comportamentul unei entități de stat statului fondator al acelei entități. Ceea ce face diferența este controlul efectiv al entității. Cu toate acestea, chiar și din acest unghi, controlul dedus dintr-o participație majoritară nu este suficient. Este necesar un grad mai ridicat de control pentru a atribui faptele întreprinderilor de 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.

II. Rolul statului în raporturile contractuale dintre investitori și întreprinderile de stat: extinderea convenției arbitrale asupra părții nesemnate

În unele situații, guvernele sunt implicate în mod direct 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 întreprinderilor de stat sau 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 întreprinderile de stat cu investitorii străini.

În *Consortium L.E.S.I.-DIPENTA vs. 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. Atunci când ANB nu a putut să-și 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 comportamentul 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 nicio etapă anterioară sau ulterioară unui contract încheiat de o întreprindere de stat. Cauza *White Industries vs. 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 întreprinderea 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 responsabilitatea 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*”

detaliat ale contractului cu White [și] nu a jucat niciun rol în executarea, implementarea sau finalizarea proiectului" [36].

În *Bridas vs. Turkmenistan* [37], reclamanții și o întreprindere de stat din Turkmenistan au încheiat o asociație în participațiune (eng. *Joint Venture Agreement*) (JVA). JVA a fost concepută pentru efectuarea operațiunilor cu hidrocarburi în Keimir, Turkmenistan. Pe parcursul executării contractului, întreprinderea de stat a fost restructurată de mai multe ori de către Președintele Turkmenistanului. În cele din urmă, guvernul a dispus suspendarea lucrărilor în Keimir și a interzis reclamanților să facă importuri și exporturi în sau din Turkmenistan. Reclamanții au inițiat o acțiune în arbitraj și, la scurt timp după aceea, guvernul a dizolvat întreprinderea de stat și a pus în locul acesteia 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 mil. USD, plus dobânzi și costuri [38]. Dosarul arată că guvernul nu a semnat niciodată JVA, care conținea clauza de arbitraj ICC. În pofida 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 vs. 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 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 Licitațiilor 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 vs. 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 prevedea: „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 al 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 Slovacă și a reprezen-

tanților anteriori și ulteriori contractului de împrumut. Tribunalul a considerat că Republicii Slovace îi este atribuită conduita entității de stat [46]. Contrar *Salini vs. Iordania*, Tribunalul arbitral în *CSOB vs. Slovacia* a dat o semnificație oficială semnăturii unui ministru într-un contract încheiat de o întreprindere de stat. În opinia noastră, CSOB împotriva Slovaciei ilustrează abordarea corectă. Este într-adevăr aliniat la regulile de atribuire a statului și, în general, la dreptul cutumiar internațional.

În *Bayindir vs. 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 între Pakistan și Turcia. Potrivit Tribunalului arbitral, guvernul pakistanez a preluat un rol activ înainte și după semnarea contractului de către NHA. În cadrul ședințelor arbitrale, un reprezentant al reclamanților a declarat că prim-ministrul Pakistanului, Nawaz Sharif, a dat „*asigurări repetate cu privire la angajamentul Pakistanului față de proiect*” [48]. Pakistanul nu a contestat o astfel de declarație. De fapt, a aprobat-o cu următoarea declarație [49]:

„Guvernul pakistanez a fost interesat îndeaproape de acest contract, întrucât oricare guvern responsabil căruia i se va cere să acumuleze sute de milioane de dolari va fi interesat. Dar există un alt motiv pentru care guvernul Pakistanului a fost implicat, 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 permis președintelui NHA să elimine 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 responsabilitatea statului [50].

În *Ioannis Kardassopoulos vs. 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 responsabilității statului 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 președintele Gamsakhurdia, președintele Shevardnadze, prim-ministrul Sigua și prim-ministrul Gugushvili), care au fost adânc 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) de asemenea au confirmat responsabilitatea 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. Pe de altă parte, atât EGOH, cât și reclamantul au fost de acord să creeze un *Joint Venture* pentru a dezvolta un complex turistic pe terenul respectiv. Conform contractului, guvernul și EGOH au dat terenul în chirie investitorului, iar investitorul urma să implementeze serviciile de inginerie, construcții și arhitectură, precum și finanțarea proiectului. EGOH 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, convenit și ratificat de ministrul turismului, excelența sa dl Mibrahim 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 a Franței au anulat hotărârea arbitrală [58]. Instanțele au considerat că termenii „*aprobat, convenit și ratificat*” de ministrul egiptean nu au legat guvernul egiptean de contractul încheiat de reclamant și EGOH [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 responsabilității statului.

Deciziile menționate mai sus ilustrează implicarea statelor în etapele precontractuale și postcontractuale ale unui proces de investiții străine. Tribunalele arbitrale deduc responsabilitatea statului din avize, declarații sau semnături făcute de ministere și de înalți funcționari de stat. Cu toate acestea, nu întotdeauna semnătura unui ministru presupune că parte 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. Acestea au dreptul de a numi membri ai consiliului de administrație și de a aproba deciziile strategice ale companiei. Dubla capacitate a unui ministru sau a unui organ de stat, prin reprezentanții lor, dă naștere la probleme ce țin de identificarea rolului statului în raporturile contractuale încheiate între întreprinderile de stat și investitorii străini.

De asemenea, termenii utilizați în contracte, precum „*consimțit*”, „*aprobat*” sau „*garantat*” de către un ministru sau un alt organ de stat, generează alte dezbateri, cum ar fi în ce măsură aprobarea de către un ministru (sau oricare alt organ) a unui contract încheiat de către o întreprindere 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 unul propriu. 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 există divergențe între practica arbitrală, CIJ și instanțele naționale cu privire la extinderea clauzei arbitrale, nu pare să existe niciun test autoritar care ar clarifica această chestiune. În fiecare caz aparte, o interpretare a „*celor patru colțuri*” ale documentului în cauză va face lumină, dar nu neapărat certitudine.

III. Întreprinderi de stat împuternicite de stat

Întreprinderile de stat pot acționa pe unele piețe pe care nicio întreprindere privată nu are voie să acționeze. Când se întâmplă acest lucru, întreprinderile 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 întreprindere de stat, de exemplu, poate avea un monopol guvernamental sau poate 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. Acestea 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 întreprinderilor de stat nu au elemente de autoritate guvernamentală. Aceste acte sunt cunoscute ca fiind *acta jure gestionis*. Aici, aprecierea puterilor guvernamentale în acțiunea unei întreprinderi de stat devine crucială pentru atribuirea acestei acțiuni statului [62].

Emilio Agustín Maffezini vs. Spania [63] este una dintre puținele cazuri ICSID hotărâte înainte de publicarea articolelor ILC privind responsabilitatea statului. În acest caz, problema atribuirii a fost rezolvată aplicând un test dublu: testul funcțional și testul structural. Caz în care Tribunalul arbitral a trebuit să analizeze dacă o companie deținută de Regatul Spaniei acționa ca societate comercială sau activa 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, o agenție de stat spaniolă, 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*. Aceasta a fost un start-up creat pentru producția de produse chimice în regiunea Galiciei, Spania. Patronată 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, dl 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: avea sau nu *SODIGA* o personalitate juridică independentă, care legi interne (civile sau administrative) erau aplicabile *SODIGA*, avea ea 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 compania le îndeplinea în Galiciă” [65].

Transferul efectuat de *SODIGA* a fost atribuit Spaniei datorită naturii guvernamentale a acțiunii. S-a constatat că *SODIGA* a dispus transferul în calitatea 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 responsabilitatea pentru fapte sau omisiuni ilicite ascunzându-se în spatele unui voal privat al unei companii [66].

În *Salini vs. Maroc* [67], reclamanții 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 unei autostrăzi. *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 organizată sub forma unei întreprinderi de stat, cota-parte de 89% din *ADM* era deținută de guvernul Marocului. Toți membrii consiliului de administrație al *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 pofida 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. vs. Maroc* [70], statutul Société Nationales des Autoroutes du Maroc (ADM) a fost din nou în centrul atenției. Problema atribuirii statului a fost soluționată în același mod ca și în *Salini vs. 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 privind responsabilitatea statului. În mod remarcabil, aprecierea funcțiilor sau autorității guvernamentale trebuie să se refere în mod specific la acțiunea ilicită pentru care se solicită responsabilitatea statului. Aceasta ar trebui să fie neapărat o chestiune de apreciere.

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 comportamentului 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 susceptibile să declanșeze responsabilitatea statului în temeiul acestui membru, de altfel îngust, al standardului de atribuire în conformitate cu ILC.

Controlul eficient al întreprinderii 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 întreprinderi de stat. Prin urmare, testul nu se referă la activități comerciale obișnuite desfășurate de către întreprinderea de stat. Se referă la utilizarea controlului de drept corporativ sau public de către stat pentru a impune ordinea publică sau pentru a exercita puteri suverane.

Referințe:

1. Articolele 55 și 56 din Proiectul Articolelor privind Responsabilitatea Statului pentru faptele internaționale ilicite.
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 vs. 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.
4. Acronimul ICSID reprezintă Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții. Acesta 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 discutată în *Salini Costruttori S.p.A. și Italstrade S.p.A. vs. Regatul Iordaniei* (Cazul ICSID nr.ARB/02/13) Decizia privind jurisdicția din 15 noiembrie 2004, paragrafele 62-63; de asemenea, în *Salini Costruttori S.p.A. și Italstrade S.P.A. vs. Regatul Marocului* (Cazul ICSID nr.ARB/00/4) Decizia privind jurisdicția din 16 iulie 2001, punctele 30-31.
5. Articolul 22 al Tratatului privind Carta Energiei. 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 vs. Ucraina*, Arbitraj SCC (Dosarul nr.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*. In: *60 Years of ICC Arbitration 117* (1984), p.132.

8. *A se vedea: Foremost Tehran, Inc. vs. Iran*, 1986, 10 Iran-US C.T.R. 228; *Otis Elevators vs. Iran*, 1987, 14 Iran-US C.T.R. 283; *Eastman Kodak Co. vs. Iran*, 1987, 17 Iran-US C.T.R. 153; *Economy Forms Corporation, Claimant vs. Guvernul Iranian, The Ministry of Energy, Dam and Water Works Construction Co. ("Sabir")*, *Sherkat Sakatemani Mani Sahami Kass ("Mana")*, *Bank Mellat (Economy Forms) vs. Iran*, Hotărârea nr.55-165-1, 3 Iran-US C.T.R. 1; *Cal-Maine Foods, Inc. vs. Iran și Sherkat Seamourgh Company, Inc.* Iran-US Claims Tribunal, Hotărârea nr.133-340-3.
9. *Flexi-Van Leasing, Inc. Claimant vs. Iran (Flexi-Van Leasing)*, Iran-US Claims Tribunal, Hotărârea nr.259-36-1, paragraful 349. Pentru comentariu cu privire la aceasta a se vedea: PERERA, S. State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes. In: *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, 495, p.523.
10. *Wena Hotels Ltd. vs. Egypt*, Cauza ICSID nr.ARB/98/4, Decizia pe Jurisdicție din 29 iunie 1999.
11. *Ibidem*, paragrafele 65-69.
12. *Nagel vs. 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. *Ibidem*, paragraful 15.
14. *Ibidem*, paragraful 278.
15. *Ibidem*, paragraful 321.
16. *Ibidem*, paragraful 324.
17. *Waste Management, Inc. vs. Mexic (nr.2)*, Cauza ICSID nr.ARB(AF)/00/3; Hotărârea din 30 aprilie 2004.
18. *Ibidem*, paragrafele 124-140.
19. *Ibidem*, paragraful 75.
20. *Waste Management, Inc. vs. 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 vs. Estonia*, Cauza ICSID nr.ARB/99/2; Hotărârea din 15 iunie 2001.
22. *Ibidem*, paragraful 327. Articolul II 2 (b) din Tratatul Bilateral de Protecție a Investițiilor dintre Estonia-Statele Unite stipulează „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. and Dredging International N.V. vs. Egypt*, Cauza ICSID nr.ARB/04/13; Hotărârea arbitrală din 24 octombrie 2008.
24. Articolul 4 al Proiectului CDI prevede: „(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.*”
Articolul 5 al Proiectului CDI prevede: „*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 că persoana sau entitatea acționează în această calitate într-un caz particular*”.
Articolul 8 al Proiectului CDI prevede: „*Conduita unei persoane sau a unui grup de persoane trebuie să fie considerată 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. and Dredging International N.V. vs. 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 vs. Spania*, Cauza ICSID nr.ARB/97/7, Decizia pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000, paragraful 52.
27. *Ibidem*, paragraful 169.
28. *Ibidem*, paragraful 170.
29. *Ibidem*, paragraful 173. Tribunalul arbitral în *Jan de Nul NV vs. Egypt* a citat testul „controlului efectiv” aplicat în dosarul privind activitățile militare și paramilitare din și împotriva Nicaragua (*Nicaragua vs. Statele Unite ale Americii*). Hotărârea Curții Internaționale de Justiție din 27 iunie 1986, ICJ Reports 1984.
30. *Deutsche Bank AG vs. Sri Lanka*, Cauza ICSID 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 vs. Sri Lanka*, Cauza ICSID nr.ARB/09/02; Hotărârea arbitrală din 31 octombrie 2012, paragraful 405.
33. *Consortium L.E.S.I.-DIPENTA vs. Algeria*, Cauza ICSID nr.ARB/03/8; Hotărârea arbitrală din 10 ianuarie 2005.
34. *Consortium L.E.S.I.-DIPENTA vs. Algeria*, Cauza ICSID nr.ARB/03/8; Hotărârea arbitrală din 10 ianuarie 2005, paragrafele 19-20.

35. *White Industries Australia Limited vs. India*, UNCITRAL; Hotărârea arbitrală din 30 noiembrie 2011.
36. *White Industries Australia Limited vs. India*, UNCITRAL; Hotărârea arbitrală din 30 noiembrie 2011, paragraful 8.1.19.
37. *Bridas Sapic, Bridas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil & Gas Ventures, Ltd., and Bridas Corporation vs. 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. *Ibidem*, Hotărârile din 2 septembrie 2000 și 26 ianuarie 2001.
39. *Ibidem*, Hotărârea parțială din 24 iunie 1999, p.15-16.
40. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Iordania*, Cauza ICSID Nr. ARB/02/13; Decizia pe Jurisdicție din 15 noiembrie 2004.
41. *Ibidem*, paragrafele 85-92.
42. *Ibidem*, paragraf 96.
43. *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. vs. The Slovak Republic*, Cauza ICSID nr.ARB/97/4; Decizia pe Jurisdicție din 24 mai 1999.
44. *Ibidem*, paragraful 3.
45. *Ibidem*, paragraful 159.
46. *Ibidem*, paragraful 161.
47. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS vs. Pakistan*, Cauza ICSID nr.ARB/03/29; Decizia pe Jurisdicție din 14 noiembrie 2005, paragrafele 180-184.
48. *Ibidem*, paragraful 185.
49. *Ibidem*, paragraful 126.
50. CRAWFORD, J. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002), art.8, p.110, para.(2); HOBER, K. State Responsibility and Attribution. In: *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Eds. MUCHLINSKI, P., ORTINO, F. and SCHREUER, C. Oxford University Press, 2008, p.563; FADLALLAH. Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities? ICSID Case Law. In: GAILLARD, E. and YOUNAN, J (eds.). *State Entities in International Arbitration*. Juris Publishing Inc., 2005, p.16.
51. *Ioannis Kardassopolous vs. Georgia*, Cauza ICSID nr.ARB/05/18; Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007
52. *Ioannis Kardassopolous vs. Georgia*, Cauza ICSID nr.ARB/05/18; Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007, paragraful 279.
53. Articolul 7 din Proiectul CDI prevede: „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 vs. Egypt* Cauza ICSID nr.ARB/84/3; Hotărârea arbitrală din 20 mai 1992, paragraful 85.
54. *Ioannis Kardassopolous vs. Georgia*, Cauza ICSID nr.ARB/05/18; Decizia pe Jurisdicție din 6 iulie 2007, paragraful 194.
55. *Ibidem*, paragraful 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) vs. 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 aprobarea creației, exploatarea și gestionarea complexelor economice și a hotelurilor.
60. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports 1980, p.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 vs. Iran* (1989) 21 Iran-US C.T.R. 79.
63. *Emilio Agustín Maffezini vs. 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*. London: Cameron May. Ltd, 2005, p.17-45.
64. *Ibidem*, paragraful 50; Hotărârea arbitrală din 13 noiembrie 2000.
65. *Ibidem*, paragraful 79; Hotărârea pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000.
66. *Ibidem*, paragraful 78; Hotărârea pe Jurisdicție din 25 ianuarie 2000.

67. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Morocco*, Cauza ICSID nr.ARB/00/4; Decizia pe Jurisdicție din 16 iulie 2001).
68. *Ibidem*, paragraful 32.
69. *Ibidem*, paragraful 33.
70. *Consortium R.F.C.C. vs. Morocco*, Cauza ICSID nr.ARB/00/6; Decizia pe Jurisdicție din 16 iulie 2001.

Date despre autori:

Aurel BAIEȘU, doctor habilitat în drept, profesor universitar; arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova.

E-mail: aurelbaiesu@yahoo.com

Sorin DOLEA, doctorand, Școala doctorală *Științe Juridice*, Universitatea de Stat din Moldova.

E-mail: sorin.dolea@mids.ch

Prezentat la 25.02.2021