



MINISTERUL AFACERILOR EXTERNE

H2-2/3284

15 noiembrie 2019

Aprob,

Klaus ~~Werner~~ Iohannis
Președintele României

De acord,

Ludovic Orban
Prim-ministru



MEMORANDUM

Avizat: Marian Cătălin Predoiu, ministrul justiției

De la: Vasile-Florin Cîțu ministrul finanțelor publice

Virgil-Daniel Popescu, ministrul economiei, energiei și mediului de
afaceri

Bogdan Aurescu, ministrul afacerilor externe

Tema: Completarea mandatului pentru scoaterea din vigoare a tratatelor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate de România cu state membre ale Uniunii Europene (TBI intra-UE)

I. Necesitatea completării mandatului existent

Poziția României în materia tratatelor bilaterale pentru protejarea și promovarea reciprocă a investițiilor încheiate între state membre UE (TBI intra-UE) a fost stabilită prin Memorandumul nr. H2-3/16 din 8 ianuarie 2016¹ co-inițiat de ministerul afacerilor externe, ministerul economiei, comerțului și relațiilor cu mediul de afaceri și ministerul finanțelor publice, aprobat la nivel de Prim-ministru și Președinte.

¹ Memorandum cu tema: Aprobarea demersurilor necesare ieșirii din vigoare a acordurilor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate de România cu state membre ale Uniunii Europene



Au fost aprobate toate modalitățile pentru scoaterea din vigoare a tratatelor de investiții, urmând a fi operaționalizate în funcție de evoluția discuțiilor la nivel UE, reacția celeilalte părți la tratat și având în vedere interesul primordial al României de stingere a acestor tratate, inclusiv a clauzelor *sunset*:

- prin acordul părților, fie prin încheierea unui acord multilateral între toate statele membre UE fie prin acordul părților pe baze bilaterale;
- prin act unilateral al părții române - denunțare².

În plan multilateral, a fost aprobată:

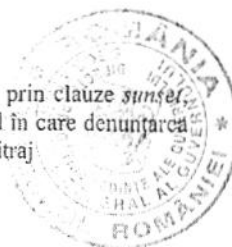
„negocierea și semnarea unui acord multilateral, între toate statele membre, privind ieșirea din vigoare a tuturor acordurilor de investiții în vigoare între statele membre, la același moment. România va susține în continuare această opțiune, ca fiind soluția optimă. În cazul în care va fi necesară luarea unei decizii individuale în ceea ce privește ieșirea din vigoare a Acordului dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm, la 29 mai 2002, România va putea continua să susțină soluția acordului multilateral în relația cu celelalte State Membre. Aprobarea includerii în acest acord a unor aspecte suplimentare, legate de protecția investițiilor intra-UE sau de sistemul de reglementare a diferendelor, se va realiza în baza unui memorandum separat”.

Evoluții în plan bilateral

În anul 2016, a fost desfășurat un amplu proces de consultare a statelor membre referitor la încetarea tratatelor bilaterale de investiții prin acordul părților. Din cele 23 de state membre cu care România are încheiate TBI, Danemarca și Polonia au răspuns favorabil propunerii. Celelalte 21 de state fie nu au oferit un răspuns definitiv, fie au refuzat propunerea părții române.

În paralel, pentru a avea cadrul juridic intern necesar tuturor opțiunilor de scoatere din vigoare în conformitate cu Legea nr/ 590/2003 privind tratatele, a fost promovată *Legea nr. 18/2017 pentru aprobarea încetării valabilității acordurilor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate de către România cu statele membre ale Uniunii Europene*, publicată în M. Of. nr. 198 din 21 martie 2017.

² ultima opțiune preconizată în ordinea preferințelor întrucât nu stinge pe deplin efectele tratatelor; prin clauze *sunset*, protecția investițiilor se menține pe o perioadă de 10 sau 20 ani, în funcție de tratat, de la momentul în care denunțarea produce efecte, perioadă în care investitorul are dreptul de a acționa statul român în proceduri de arbitraj



În baza consultării și în temeiul Legii nr. 18/2017:

- La data de 19 august 2017 a ieșit din vigoare, prin acordul părților, cu efecte depline, Acordul dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Danemarcei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și încheierea acestuia, semnat la Copenhaga la 14 iunie 1994, ratificat prin Legea nr. 7/1995, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 7 din 17 ianuarie 1995 (Ordinul ministrului afacerilor externe nr. 2323/2017, publicat în M. Of. nr. 64 din 22 ianuarie 2018);
- La data de 21 mai 2019 a ieșit din vigoare, prin acordul părților, cu efecte depline, Acordul dintre Guvernul României și Guvernul Republicii Polonia privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Varșovia la 23 iunie 1994, ratificat prin Legea nr. 109/1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 334 din 2 decembrie 1994 (Ordinul ministrului afacerilor externe nr. 618/2019, publicat în M. Of. nr. nr. 305 din 19 aprilie 2019).

Având în vedere evoluția dialogului cu autoritățile suedeze, precum și poziția Comisiei Europene în cadrul acțiunii de *infringement* având ca obiect tratatul de investiții România - Suedia³, ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 18/2017 România a notificat denunțarea (26 aprilie 2017). Cu toate acestea, în conformitate cu dispozițiile acordului, denunțarea își va produce efectele la 1 aprilie 2024.

În prezent, este continuat dialogul cu partea suedeză în vederea stingerii de comun acord, cu efecte depline, a tratatului bilateral. Încetarea bilaterală, pe lângă avantajul stingerii clauzei *sunset*, s-ar putea produce la un termen mult mai apropiat decât cel la care își va produce efecte denunțarea, respectiv la data notificării reciproce a îndeplinirii procedurilor (partea română având deja procedurile îndeplinite).

Evoluții în plan multilateral

Discuțiile la nivel european pentru agreama unei soluții multilaterale, care să asigure ieșirea din vigoare, de o manieră coordonată, a tuturor TBI intra-UE s-au relansat ca efect al deciziei Curții de Justiție a UE în cauza C-284/16 (*Achmea*), pronunțată la 6

³ Cauza 2013/2206 este o acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor privind compatibilitatea cu dreptul UE a Acordului dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm, la 29 mai 2002, ratificat prin Legea nr. 651/2002, în vigoare de la 1 aprilie 2003. Această acțiune, declanșată de Comisia Europeană împotriva României, aflată în etapa pre-contencioasă, se înscrie într-un demers concertat inițiat de instituția UE care s-a concretizat în declanșarea altor 4 acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor (împotriva Republicii Austria, Regatului Țărilor de Jos, Republicii Slovace și Regatului Suediei), precum și în transmiterea către alte state membre UE a 21 de solicitări de informații privind compatibilitatea cu dreptul UE a acordurilor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate între state membre.



martie 2018. Conform hotărârii, clauzele de arbitraj cuprinse în tratatele de investiții încheiate între statele membre sunt incompatibile cu dreptul UE.

Consecințele politice și juridice ale acestei hotărâri au făcut obiectul unei *Declarații comune a reprezentanților guvernelor statelor membre privind consecințele hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-284/16 (Achmea) și protecția investițiilor în Uniunea Europeană*, semnate la Bruxelles la 15 ianuarie 2019⁴ de 22 de state membre⁵. La 16 ianuarie, 5 state membre⁶ au semnat o declarație alternativă (similară în privința TBI intra-UE, dar cu un conținut diferit în ceea ce privește efectele asupra Tratatului Cartei Energiei), iar Ungaria a emis o declarație unilaterală (de asemenea, cu o poziție specifică privind Tratatul Cartei Energiei, nu cu privire la TBI intra-UE). Prin aceste Declarații, statele membre și-au asumat, *inter alia*:

- scoaterea din vigoare a TBI intra-UE printr-un tratat multilateral sau, dacă se apreciază oportun, de comun acord în plan bilateral;
- depunerea tuturor eforturilor în vederea prezentării instrumentelor de exprimare a consimțământului până la 6 decembrie 2019.

Comisia Europeană a constituit un grup de experți pentru activități pregătitoare încheierii acordului, respectiv stabilirea unei abordări generale și a întinderii obiectului de reglementare a viitorului tratat care să asigure ieșirea din vigoare, într-o manieră coordonată a TBI intra-UE. Grupul a avut nouă reuniuni în perioada decembrie 2018 – iunie 2019⁷. Comisia a propus inițial un text minimal (dispoziții privind ieșirea din vigoare a TBI intra-UE). Statele membre ce reprezintă interesele ofensive ale investitorilor⁸ au subliniat însă importanța unei abordări cât mai cuprinzătoare, care să privească atât încetarea cât și consecințele asupra procedurilor arbitrale încheiate/pendinte/viitoare, respectiv măsuri pentru protecția investitorilor și garanții (căi de atac) la nivelul dreptului intern/UE. Franța a clarificat că este foarte importantă înlocuirea, nu doar încetarea, tratatelor existente fiind astfel necesare măsuri tranzitorii care să asigure respectarea așteptărilor legitime ale investitorilor. Statele cu poziție defensivă (având calitatea de pârât în proceduri arbitrale, cum este cazul României), au manifestat flexibilitate pentru extinderea reglementării sub rezerva unui pachet echilibrat, care să asigure și claritate juridică din perspectiva jurisdicției tribunalelor arbitrale.

⁴ https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en

⁵ Cele 22 SM UE care au semnat Declarația comună sunt: BE, BG, CZ, DK, DE, EE, EL, ES, HR, LV, LT, AT, PL, PT, RO, SK, UK, FR, NL, IT, IE, CY

⁶ LU, MT, SI, FI și SE

⁷ Rapoartele reuniunilor au fost comunicate prin mesajele Reprezentanței Permanente a României pe lângă UE

⁸ DE, FR, PT, BE, MT, HR, AT



La 24 octombrie 2019, în cadrul unei reuniuni cu Olivier Guersent, Director General în cadrul Comisiei Europene, ambasadorii statelor membre au exprimat acordul de principiu pentru încheierea acordului în forma propusă de Comisie, sub rezerva îndeplinirii procedurilor interne necesare. Nu au achiesat demersului Suedia (își menține obiecții cu privire la unele elemente de fond), Finlanda (rezervă parlamentară) și Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord (context Brexit).

Întrucât propunerea finală de facilitare a Comisiei include aspecte ce exced mandatului stabilit prin Memorandumul nr. H2-3/16 din 8 ianuarie 2016 în privința negocierii și semnării unui tratat multilateral, este necesară completarea sa, în vederea aprobării negocierii și semnării unui tratat cu conținut extins, încheiat între o parte a statelor membre.

II. Obiectul de reglementare al proiectului de tratat multilateral

Proiectul de facilitare prezentat de Comisie cuprinde:

- 17 paragrafe preambulare;
- 18 articole, grupate în 3 secțiuni: a) dispoziții privind încetarea tratatelor bilaterale de investiții; b) dispoziții privind procedurile arbitrale inițiate în temeiul acestor tratate (încheiate, pendinte, noi); c) dispoziții finale.

Se preconizează încetarea deplină a tratatelor (inclusiv stingerea clauzelor de supraviețuire a efectelor, clauzele *sunset*) și un regim juridic pentru:

- cauzele încheiate (decizie arbitrală pronunțată și executată definitiv anterior hotărârii *Achmea*), prin care se exclude redeschiderea acestora;
- cauzele pendinte (arbitraje inițiate anterior hotărârii *Achmea*), pentru care se vor reglementa măsuri tranzitorii de natură a da investitorilor posibilitatea de a soluționa litigiul amiabil (prin mediere) sau contencios (prin instanțele de drept comun, cu repunerea în termen în cazul prescripției);
- cauzele noi (arbitraje inițiate post-*Achmea*), pentru care se re-confirmă lipsa jurisdicției tribunalelor arbitrale (ca efect al inaplicabilității clauzei compromisorii de la data aderării la UE).

Diferende încheiate

Cauzele încheiate sunt cele în care sunt îndeplinite, cumulativ, următoarele condiții:

- Acțiunile arbitrale s-au finalizat prin acordul părților / emiterea unei decizii a tribunalului arbitral anterior datei de 6 martie 2018;



- Decizia tribunalului a fost executată anterior datei de 6 martie 2018 și nu au fost introduse căi de atac, cereri de executare silită sau orice alte proceduri echivalente; sau
- Decizia tribunalului a fost anulată anterior intrării în vigoare a tratatului (reamintim că se preconizează intrarea în vigoare la depunerea celui de-al doilea instrument de ratificare).

Conform tratatului, arbitrajele finalizate în sensul definiției nu vor fi afectate (redeschise).

Diferende pendinte

Cauzele pendinte sunt cele inițiate anterior datei de 6 martie 2018 și care nu se încadrează în definiția cauzelor finalizate, indiferent de etapa procesuală în care se găsesc la momentul intrării în vigoare a tratatului. Comisia propus soluționarea:

- Jurisdicțională (contencioasă): statele membre vor repune investitorul, din punct de vedere procedural, în poziția existentă la momentul declanșării arbitrajului, permițându-i accesul la instanța națională (prin repunerea în termen, în cazul în care dreptul de acțiune s-a prescris); acțiunea investitorului se va întemeia exclusiv pe dreptul intern (care nu va cuprinde conținutul substanțial al TBI) sau dreptul UE;
- Non-jurisdicțională (amiabilă) – dialog structurat (conciliere).

Propunerea Comisiei limitează accesul la măsurile tranzitorii exclusiv la investitorii:

- părți în cauze pendinte, conform definiției (așadar arbitrajele inițiate anterior 6 martie 2018, nu și ulterior acestei date); și
- care nu au utilizat deja căile de atac de drept comun (instanțele naționale).

A. Cu privire la soluționarea jurisdicțională, propunerea se bazează pe teza, reiterată și prin Declarația din 15 ianuarie 2019, conform căreia dreptul unional asigură deja toate căile de atac necesare protecției investitorilor intra-UE. Potrivit art. 19 (2) TUE, statele membre au obligația de a stabili căile de atac necesare pentru a asigura o protecție jurisdicțională efectivă în domeniile reglementate de dreptul Uniunii. Astfel, statele membre vor repune investitorul, din punct de vedere procedural, în poziția existentă la momentul declanșării arbitrajului, permițându-i accesul la instanța națională (prin repunerea în termen, în cazul în care dreptul de acțiune s-a prescris) dacă:

- investitorul retrace acțiunea arbitrală sau acțiunea de executare;
- conduita statului contestată în arbitraj este apreciată ca fiind contrară dreptului național / UE;
- nu s-a ajuns la o soluție prin procedura dialogului structurat.



B. Soluționarea amiabilă prin intermediul unui dialog structurat (o conciliere) nu este considerată un nou remediu (cale de atac) în favoarea investitorilor, ea neavând caracter jurisdicțional (chiar dacă părțile participă la procedură, ele nu sunt ținute de soluția dată de facilitator, care nu este obligatorie; în cazul în care statul este de acord cu soluția facilitatorului, ea se execută voluntar în baza unui acord/tranzacții încheiate de investitor și statul vizat).

Inițierea dialogului se poate face atât la inițiativa investitorului, cât și a statului membru vizat, într-un termen de maxim 6 luni de la data încetării tratatului bilateral de investiții în baza căruia a fost declanșată (anterior *Achmea*) acțiunea arbitrală. Angajarea în cadrul dialogului:

- este obligatorie în situațiile în care Curtea de Justiție a UE sau o instanță națională a constatat, printr-o decizie definitivă, că măsura statală contestată (în arbitraj) încalcă dreptul Uniunii;
- nu este obligatorie atunci când Curtea de Justiție a UE sau o instanță națională, a constatat, printr-o decizie definitivă, că măsura statală contestată (în arbitraj) nu încalcă dreptul Uniunii.

Părțile pot refuza, motivat, soluția propusă de facilitator; fiecare parte suportă costurile proprii și jumătate din costurile facilitatorului.

Diferende noi

Cauzele noi sunt arbitrajele inițiate ulterior datei de 6 martie 2018. Acțiunile arbitrale inițiate post 6 martie 2018 nu beneficiază de protecție juridică (se consideră că de la data pronunțării hotărârii *Achmea* nu se poate invoca principiul așteptărilor legitime).

Diferendele noi nu beneficiază de măsurile tranzitorii, fiind incidentă obligația de informare a tribunalelor arbitrale asupra lipsei consimțământului valabil la arbitraj (articolele 4 și 7).

Clauze finale

Depozitarul tratatului va fi Secretariatul General al Consiliului. Nu se pot face rezerve la tratat. Regimul este ocrotit de Curtea de Justiție a UE, care urmează a fi investită prin tratat (coroborat cu art. 273 TFUE) cu soluționarea diferendelor privind la interpretarea și aplicarea tratatului.

Tratatul intră în vigoare la depunerea celui de-al doilea instrument de ratificare și poate fi aplicat provizoriu, pe bază de reciprocitate, între statele care decid în acest sens. Ieșirea din vigoare a TBI este însă succesivă. Astfel, un tratat bilateral de investiții încetează doar când tratatul multilateral intră în vigoare pentru ambele părți.



III. Elementele de mandat ale părții române

Obiectivele fundamentale ale României sunt următoarele:

- celeritate: Din perspectiva intereselor RO (clasarea acțiunii de *infringement*, respingerea acțiunilor de arbitraj și/sau executare), interesul ofensiv al RO este să susțină toate demersurile care facilitează consensul asupra ieșirii din vigoare, cât mai rapide, a tratatelor bilaterale de investiții intra-UE;
- conținut extins echilibrat al tratatului multilateral: este importantă stabilirea unui pachet echilibrat de interese ofensive (investitori) și defensive (tribunale arbitrale): pentru România, defensiv, prezintă interes codificarea înțelegerii comune a părților asupra consecințelor conflictului de obligații. Acest aspect este cuprins în paragrafele preambulare V și VI, respectiv articolele 4 și 7.

În consecință, România poate accepta un proiect de tratat extins, conform proiectului propus de Comisia Europeană, care asigură un pachet echilibrat, sprijinit de marea majoritate a statelor membre. Tratatetele bilaterale cu Suedia și Marea Britanie, în temeiul cărora au fost inițiate proceduri împotriva României anterior termenului de 6 martie 2018, nu fac obiectul tratatului multilateral.

IV. Implicații asupra obligațiilor interne și internaționale

Tratatul pune în discuție raportul dintre obligațiile ce derivă din dreptul Uniunii și Convenția privind reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state (Convenția ICSID), în vigoare pentru România din 12 octombrie 1975. Astfel, prin acest tratat statele membre confirmă lipsa unui consimțământ valabil la arbitraj începând cu data de la care ambele părți au devenit membre UE, având drept consecință lipsa jurisdicției tribunalelor arbitrale ICSID și neexecutarea pe teritoriul UE al acestor decizii arbitrale, așa cum le-ar reveni obligația conform art. 54 din Convenția ICSID (cu excepția sentințelor arbitrale executate definitiv anterior pronunțării în cauza *Achmea*). Este astfel limitată aplicabilitatea Convenției ca urmare a conflictului de obligații cu dreptul Uniunii Europene.

Aplicarea măsurilor tranzitorii (fie prin repunerea, de drept, în termenul pentru exercitarea căilor de atac naționale, fie prin derularea dialogului structurat) revine doar statelor membre implicate în proceduri arbitrale declanșate anterior datei de 6 martie 2018 în temeiul tratatelor bilaterale de investiții stinse prin tratatul multilateral și în care nu au fost deja parcurse căile de atac disponibile investitorilor.



V. Urgența completării mandatului

Urgența parcurgerii procedurilor interne este reclamată de necesitatea respectării calendarului foarte strâns asumat de statele membre pentru finalizarea acestui demers al cărui facilitator este Comisia Europeană (*a se vedea Declarația comună a reprezentanților guvernelor statelor membre privind consecințele hotărârii Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza C-284/16 (Achmea) și protecția investițiilor în Uniunea Europeană, semnată la Bruxelles la 15 ianuarie 2019*).

În urma acordului de principiu la nivel politic stabilit la reuniunea din 24 octombrie 2019, Comisia Europeană preconizează organizarea ceremoniei de semnare la începutul lunii ianuarie 2020.

VI. Propuneri

Având în vedere cele expuse anterior, în baza articolului 16 alin. (1) din Legea nr. 590/2003 privind tratatele, propunem completarea măsurilor prevăzute de Memorandumul nr. H2-3/16 din 8 ianuarie 2016, după cum urmează:

1. Aprobarea negocierii și semnării de către România a proiectului de tratat multilateral propus de Comisia Europeană pentru scoaterea din vigoare, de o manieră coordonată, a tratatelor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor intra-UE, având conținutul cuprins în anexă, având în vedere că textul nu va mai suferi modificări de fond față de forma agreată, de principiu, de ambasadorii statelor membre UE la 24 octombrie 2019;
2. Semnarea tratatului multilateral, alături de reprezentanții majorității statelor membre⁹, de Luminița Odobescu, ambasador extraordinar și plenipotențiar, șef al Reprezentanței Permanente a României pe lângă Uniunea Europeană și eliberarea deplinelor puteri de către Ministerul Afacerilor Externe.

⁹ La nivel politic, tratatul a fost agreat de toate statele membre, cu excepția Suediei, Finlandei și Marii Britanii însă semnarea propriu zisă depinde de derularea procedurilor interne la nivelul fiecărui stat



