



MINISTERUL AFACERILOR EXTERNE

H2-3/15

8 ianuarie 2016

De acord,

Dacian-Julien Cioloș
Prim-ministru

Aprob,
Klaus Iohannis
Președintele României

MEMORANDUM

Avizat: Raluca Alexandra Prună, ministrul justiției

De la: Anca Dana Dragu, ministrul finanțelor publice

Costin Grigore Bote, viceprim-ministru, ministrul economiei, comerțului și relațiilor
cu mediul de afaceri

Lazăr Comănescu, ministrul afacerilor externe

Tema: Aprobarea demersurilor necesare ieșirii 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.

Prezentul memorandum vizează aprobarea lărgirii sferei demersurilor României vizând 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 (în continuare „TBI RO-SE”), în condițiile în care acest acord face obiectul acțiunii în constatarea neîndeplinirii obligațiilor inițiată de Comisia Europeană la data de 19.06.2015, cauza 2013/2206.



Notă: Menționăm că problematica mai largă a acordurilor de investiții încheiate de România cu state membre UE face obiectul unui alt proiect de memorandum (nr. H 2-3/16/8.01.2016) în curs de aprobare, demersurile propuse fiind, în esență, aceleași.

În baza TBI RO-SE a fost inițiat dosarul arbitral ARB 05/20 (Micula et al. c. România), în care tribunalul arbitral a obligat statul român la plata unei sume semnificative către investitor. De asemenea, la 24 noiembrie 2014 a fost înregistrat un nou litigiu – dosar arbitral ICSID ARB 14/29 – procedura este în curs.

Poziția Comisiei Europene este în sensul încetării valabilității acestor acorduri, având în vedere incompatibilitatea cu dreptul Uniunii Europene.

Comisia Europeană a comunicat autorităților române scrisoarea de punere în întârziere în cauza 2013/2206, acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor privind compatibilitatea cu dreptul UE a TBI RO-SE. Conform poziției părții române, se va exprima disponibilitatea pentru identificarea unei soluții care să ducă la clasarea acțiunii care face obiectul cauzei 2013/2206, încă din faza precontencioasă, cu sublinierea faptului că o condiție sine qua non pentru reușita unui asemenea demers este cooperarea cu autoritățile suedeze. În acest context, este necesară identificarea unei soluții agreate cu Regatul Suediei privind TBI RO-SE, care face obiectul prezentului Memorandum.

Prezentăm în anexa I elemente de detaliu referitoare la TBI RO-SE, precum și la cauza 2013/2206.

Posibile variante de acțiune privind TBI RO-SE:

A. Premise

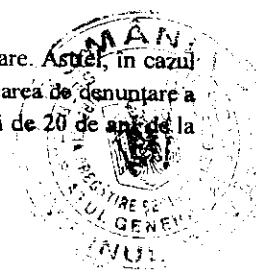
Autoritățile suedeze au fost informate în legătură poziția părții române prin intermediul unei note verbale transmise Ambasadei Regatului Suediei la București în data de 18.06.2015 și al scrisorii ministrului român al afacerilor externe către omologul său suedez din data de 17.08.2015, fiind solicitate consultări pentru discutarea opțiunilor la nivel bilateral.

În paralel, pe baza unui *non-paper*, Ministerul Afacerilor Externe a demarat un proces de consultare a statelor membre și a COM, considerând că încheierea unor acorduri interpretative care să consacre supremația dreptului UE în materia reglementată de aceste acorduri de investiții ar reprezenta o soluție principală tranzitorie, până la identificarea unei soluții la nivel UE (fie agreată în comun de toate statele membre, fie subsecventă unei hotărâri a Curții Europene de Justiție). Posibilul acord interpretativ agreat cu autoritățile suedeze ar putea fi util inclusiv în cazul în care, ulterior, Regatul Suediei, ar agree ieșirea din vigoare a TBI RO-SE, fără a modifica însă clauzele *sunset*¹.

B. Opțiuni

În condițiile în care se va prefigura ca singură opțiune posibilă pentru clasarea cauzei 2013/2206 convenirea ieșirii din vigoare a acestui acord, dar și în vederea limitării efectelor litigiilor arbitrale inițiate împotriva statului român în baza acestui acord de la data aderării României la Uniunea Europeană sau a acelor care vor fi inițiate pe perioada de valabilitate a acestui acord, conform clauzelor sale finale, **se prefigurează următoarele opțiuni de poziționare, activabile în**

¹ **Clauzele sunset** sunt cele care permit continuarea aplicării acordului, după data ieșirii lui din vigoare. Astfel, în cazul TBI RO-SE art. 10 (3) prevede: „În ceea ce privește investițiile efectuate anterior datei la care notificarea de denunțare a prezentului acord devine efectivă, prevederile art. 1-9 vor rămâne în vigoare pentru încă o perioadă de 20 de ani de la acea dată”.



funcție de evoluțiile discuțiilor la nivel UE privind acordurile de investiții intra-UE, de rezultatele eventualelor consultări cu Comisia și cu autoritățile suedeze referitoare la TBI RO-SE:

1. încheierea unui **acord multilateral** între toate statele membre prin care să fie convenită ieșirea din vigoare a tuturor intra EU BITS, la același moment (partea română este deschisă cu privire la includerea în acest acord a unor aspecte legate de clarificarea, codificarea, suplimentarea standardelor de protecție privind investițiile intra UE, precum și a unui eventual mecanism alternativ de rezolvare a disputelor stat-investitor – a se vedea pentru detalii memorandumul nr. H 2-3/16
2. **convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a TBI RO-SE cu eliminarea clauzelor „sunset”** astfel încât respectivul Acord să nu mai producă efecte juridice ulterior datei respectivei încetări.
3. **convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a TBI RO-SE, în condițiile prevăzute de acesta (deci cu menținerea clauzelor „sunset”),** dar precedată sau concomitent cu încheierea unui **acord interpretativ** privind preeminența dreptului UE în ceea ce privește materia reglementată prin acest acord (cu scopul de a limita litigiile inițiate în baza acestui acord);
4. convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a TBI RO-SE, în condițiile prevăzute de acesta (deci cu menținerea clauzelor „sunset” și fără a putea limita litigiile inițiate în baza acestui acord);
5. denunțare.

Având în vedere complexitatea factorilor menționați în identificarea unei soluții atât în contextul cauzei 2013/2206, cât și, în general, în relația bilaterală cu Regatul Suediei, apreciem că este necesară aprobarea, de o manieră generală, a tuturor demersurilor menționate la punctele 1-5 de mai sus.

III. Propuneri:

Având în vedere elementele de mai sus propunem aprobarea realizării etapizate, în funcție de evoluțiile la nivel european și în relația bilaterală cu Regatul Suediei, a următoarelor demersuri:

1. **Negocierea și încheierea unui acord interpretativ în formă simplificată cu Regatul Suediei, vizând stabilirea principiului aplicabilității TBI RO-SE numai în măsura în care nu contravine dreptului UE;**
2. **Negocierea și semnarea unui acord vizând ieșirea din vigoare prin acordul părților a TBI RO-SE ;**
3. **Inițierea și promovarea unui proiect de lege vizând denunțarea TBI RO-SE.**



Anexa I

Elemente referitoare la Acordul 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 și la cauza 2013/2206

A. Mențiuni preliminare. Diferende inițiate de investitori împotriva statului român, în baza art. 7 din TBI RO-SE

TBI RO-SE a fost negociat și semnat în conformitate cu Legea nr. 4/1991 privind încheierea și ratificarea tratatelor².

Memorandumul nr. 247347 din 10.01.2002 cu tema „Aprobarea semnării Acordului între Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor” conține următoarele paragrafe referitoare la contextul încheierii TBI RO-SE: „[...] negocierea și semnarea acestui Acord se includ în procesul de actualizare a cadrului bilateral care vizează colaborarea României cu alte state, oferind condițiile necesare pentru încurajarea realizării de investiții de capital de către potențialii investitori din fiecare țară pe teritoriul celeilalte.”; „Proiectul de Acord este elaborat în sprijinul transformărilor înregistrate în țara noastră în domeniul instituțional și legislativ în materie, corespunzând practicii internaționale și conținând clauze uzuale incluse în alte acorduri similare semnate și ratificate de România”.

TBI RO-SE respectă structura generală a acordurilor de investiții, deci conține dispoziții cu privire la: (i) promovarea și protejarea investițiilor; (ii) extinderea tratamentului național și al națiunii celei mai favorizate pentru investiții; (iii) protecția investițiilor realizate împotriva exproprierii și despăgubirile în caz de expropriere; (iv) transferul fără rezerve a capitalului; (v) soluționarea diferendelor investitor – parte contractantă, respectiv între părțile contractante și (vi) aplicarea, intrarea în vigoare și expirarea acordului.

În baza Acordului dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm, la 29 mai 2002 (în continuare „TBI RO-SE”) a fost inițiat dosarul arbitral ICSID ARB 05/20, cu implicații financiare importante pentru statul român. De asemenea, la 24 noiembrie 2014 a fost înregistrat un nou litigiu – dosar arbitral ICSID ARB 14/29 – procedura este în curs.

B. Cauza 2013/2206 – acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor declanșată de Comisia Europeană împotriva României

Potrivit Comisiei, acordurile de investiții încheiate între state membre UE „sunt depășite în condițiile unei piețe unice alcătuite din 28 de țări. [...] Principala problemă este că TBI intra-UE fragmentează piața unică, acordând drepturi anumitor investitori din UE în mod bilateral. Dispozițiile acestor tratate se suprapun cu legislația UE din domeniul pieței unice în ceea ce privește investițiile transfrontaliere și contravin acesteia.”³.

Pomind, se pare, de la criteriul existenței unor proceduri arbitrale pendinte, COM a solicitat României în 2011, prin intermediul sistemului EU Pilot, clarificări în ceea ce privește poziția față de acest acord (dosar 2840/11/MARK).

² Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 5 din 12 ianuarie 1991, abrogată de Legea nr. 590/2003 privind tratatele, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 23 din 12 ianuarie 2004

³ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_ro.htm.

Răspunsul furnizat de partea română s-a bazat pe o interpretare în baza principiului de drept enunțat la art. 30 alin. (3)⁴ din Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor, potrivit căreia prevederile TBI RO-SE au fost înlocuite, de la data aderării României la Uniunea Europeană, de normele UE, în măsura în care prevederile Acordului contravin dreptului UE.

Cu toate acestea, la data de 19.06. autorităților române le-a fost comunicată scrisoarea de punere în întârziere în cauza 2013/2206, acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor privind compatibilitatea cu dreptul UE a TBI RO-SE.⁵

Noiă: Menționăm că, în același timp, au fost inițiate acțiuni similare împotriva altor 4 state membre UE (Republica Austria, Regatul Țărilor de Jos, Republica Slovacă și Regatul Suediei) și au fost transmise celorlalte state membre UE 21 de solicitări de informații care preced declanșarea unor acțiuni având ca obiect compatibilitatea cu dreptul UE a TBI intra-UE.

În conformitate cu art. 258 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, prin transmiterea punerii în întârziere, Comisia Europeană⁶ a declanșat prima dintre cele două etape ale fazei precontencioase a acțiunii în constatarea neîndeplinirii obligațiilor.

Instituția UE apreciază că România nu și-a îndeplinit obligațiile ce-i revin în temeiul art. 3 alin. (2) TFUE, al principiilor libertății de stabilire, libertății de a presta servicii și liberei circulații a capitalurilor, astfel cum sunt stabilite prin tratate (îndeosebi prin art. 49, 52, 56 și 63 TFUE), în temeiul art. 64 alin. (2), al art. 65 alin. (1), al art. 66, 75, 107, 108, 215, dar și al art. 344 TFUE, precum și în temeiul principiilor generale ale supremației, unității și caracterului efectiv al dreptului Uniunii și în temeiul principiului general al securității juridice, întrucât:

- a menținut în vigoare TBI RO-SE, în ansamblul său și, în special, a art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 și 10 după data aderării României la UE și, de asemenea,
- nu s-a asigurat că acest TBI RO-SE încetează să producă efecte juridice după respectiva dată.

Memorandumul nr. K2/2492/01.10.2015 cu tema „Stabilirea poziției României în cauza 2013/2206, 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”⁷ a fost aprobat de Guvernul României în data de 14 octombrie 2015.

Acest document stabilește principalele linii ale răspunsului autorităților române la scrisoarea de punere în întârziere în cauza 2013/2206, astfel:

„Din punct de vedere procedural, România va iniția un dialog cu instituția UE privind modul în care aceasta a înțeles să respecte principiul cooperării loiale consacrat de art. 4 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană raportat la acțiunile declanșate, în conformitate cu art. 258 TFUE, în legătură cu TBI intra-UE.

Pe fond, Comisia va fi informată cu privire la demersurile realizate de autoritățile române pe lângă cele suedeze, în scopul inițierii consultărilor și identificării unei soluții în ceea ce privește TBI RO-

⁴ „Când toate părțile la tratatul anterior sunt de asemenea părți la tratatul posterior, fără ca cel anterior să fi expirat sau ca aplicarea sa să fi fost suspendată în conformitate cu art. 59, tratatul anterior nu se aplica decât în măsura în care dispozițiile sale sunt compatibile cu cele ale tratatului posterior.”

⁵ Argumentele referitoare la aplicarea art. 30 alin. (3) din Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor nu au fost acceptate în jurisprudența tribunalelor arbitrale (*Eastern Sugar c. Republica Cehă*, UNCITRAL; *Eureko c. Republicii Slovace*, tribunal arbitral Ad-hoc de la Frankfurt; *AES c. Ungaria*, CIRDI; *Electrabel c. Ungaria*, CIRDI). Chiar în situația în care normele dreptului UE au fost considerate și interpretate ca norme de drept internațional (cauza *Electrabel*, anterior menționată), tribunalul arbitral a considerat că nu au fost îndeplinite condițiile pentru aplicarea prevederilor Convenției mai sus menționate, stabilind că instrumentele de drept supuse atenției tribunalului (tratatele UE și TBI) nu au același obiect.

În observațiile Comisiei în cauza *Eureko v. Republica Slovacă*, instituția UE a subliniat că, în baza principiului supremației, atunci când există un conflict cu o normă de drept UE, regula pact sunt servanda devine inaplicabilă acordurilor între state membre UE. Mai mult, TBI intra-UE ar reprezenta o anomalie în cadrul Pieței Interne, resirea din vigoare a tuturor acestor TBI intra-UE trebuind să fie, pe viitor, asigurată.

⁶ Denumită în continuare „Comisia”.

⁷ Copie anexată prezentului memorandum.

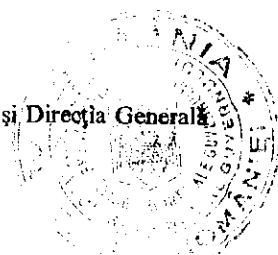


SE. În acest context și independent de discuțiile privind măsura în care Acordul este incompatibil cu dreptul UE, România își va exprima disponibilitatea pentru identificarea unei soluții care să ducă la clasarea acțiunii care face obiectul cauzei 2013/2206, încă din faza precontencioasă, subliniind faptul că o condiție sine qua non pentru reușita unui asemenea demers este cooperarea cu autoritățile sudeze.

În acest context, va fi menționată disponibilitatea autorităților române de a organiza o reuniune la care să participe reprezentanți ai Comisiei⁸, indicându-se principalele aspecte care, în opinia autorităților române, ar trebui clarificate astfel încât obiectivele fazei precontencioase a acțiunii în constatarea neîndeplinirii obligațiilor să fie atinse în cauza 2013/2206."

La data de 19 octombrie 2015, cu respectarea termenului acordat de Comisia Europeană și a liniilor mai sus menționate, a fost transmis instituției UE răspunsul la scrisoarea de punere în întârziere. Până în prezent, Comisia nu a comunicat o reacție. Potrivit art. 19 din Tratatul privind Uniunea Europeană, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) este instituția care asigură respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea tratatelor UE. Până la acest moment, CJUE nu s-a pronunțat asupra măsurii în care un TBI intra-UE este incompatibil cu dreptul UE.

⁸ Direcția Generală Stabilitate Financiară, Servicii Financiare și Uniunea Piețelor de Capital, dar și Direcția Generală Comerț și Direcția Generală Concurență.





MINISTERUL AFACERILOR EXTERNE

CP/284/08.04.2016
DEC 1521/04.2016

H2-3/16

8 ianuarie 2016

Approb,

Klaus Iohannis
Președintele României

De acord,

Dacian Julien Cioloș
Prim-ministru

MEMORANDUM

Avizat: Raluca Alexandra Prună, ministrul justiției

De la: Anca Dana Dragu, ministrul finanțelor publice

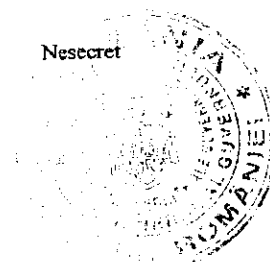
Călin Grigore Borc, viceprim-ministru, ministrul economiei, comerțului și relațiilor
cu mediul de afaceri

Lazăr Comănescu, ministrul afacerilor externe

Tema: Aprobarea demersurilor necesare ieșirii din vigoare a acordurilor privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor¹ încheiate de România cu state membre ale Uniunii Europene

Prezentul memorandum reprezintă o continuare, — la nivel general — în sensul că sunt vizate toate acordurile de investiții încheiate de România cu state membre UE - a memorandumului nr. H 2-3/15/08.01.2016 privind aprobarea demersurilor vizând ieșirea din vigoare a Acordului

¹ Denumite în continuare „acorduri de investiții”.



dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm, la 29 mai 2002².

Înainte de aderarea la Uniunea Europeană, România a încheiat cu statele membre ale Uniunii Europene 25 de acorduri de investiții. Poziția Comisiei Europene este în sensul încetării valabilității acestor acorduri, având în vedere incompatibilitatea cu dreptul Uniunii Europene. În anul 2011, a fost aprobată poziția României în sensul ieșirii din vigoare a tuturor acordurilor de investiții între statele membre prin acordul părților, cu aplicarea aceluiași regim juridic între toate statele.

Din discuțiile la nivelul UE a rezultat că nu există un consens între statele membre cu privire la modalitatea și condițiile în care aceste acorduri ar ieși din vigoare. În plus, în contextul cauzei 2013/2206 și al reluării discuțiilor de către Comisia Europeană, apare necesară stabilirea abordării autorităților române în legătură cu acordurile de investiții încheiate cu Statele Membre UE și cu încetarea acestora. Prezентul memorandum propune elemente de poziție ale României față de situația acestor acorduri și demersuri „etapizate” în acest sens.

Elemente detaliate referitoare la situația acordurilor de investiții între state membre UE, la pozițiile Statelor membre și la demersurile realizate pe această temă sunt menționate în anexa 1. Lista acordurilor de investiții încheiate de România cu state membre ale Uniunii Europene este menționată în anexa 2.

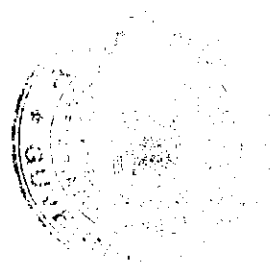
A. Elemente de poziție

Eforturile României - stat împotriva căruia au fost și sunt pendinte o serie de litigii arbitrale în cadrul cărora șansele de a opune argumente referitoare la invaliditatea acestor acorduri sunt minime – trebuie să se concentreze pe de-o parte pe excluderea din sfera de aplicare a mecanismelor de reglementare a diferendelor stat-investitor, a aspectelor ce țin de ordinea juridică a UE și, pe de altă parte, pe stabilirea unei modalități optime a ieșirii din vigoare a acestor acorduri.

În ceea ce privește asigurarea preeminenței dreptului UE:

Pornind de la premisa că, în lipsa unei soluții agreate în comun de statele membre UE, singura instituție care poate tranșa din punct de vedere juridic problema întinderii competenței UE în domeniul investițiilor este Curtea Europeană de Justiție și având în vedere principiul cutumiar stabilit prin Convenția de la Viena privind dreptul tratatelor, art. 30 alin 3 („aplicarea tratatelor succesive”) poate fi avută în vedere, ca soluție tranzitorie (atât până la ieșirea din vigoare, cât și pe perioada aplicării clauzelor „sunset”), încheierea între statele membre UE a unor acorduri interpretative adiționale, care să stabilească expres preeminența dreptului UE în ceea ce privește materia reglementată prin acest acord – cu alte cuvinte: aplicabilitatea acestor acorduri doar în măsura în care nu contravin dreptului UE. Scopul principal este de a limita litigiile inițiate în baza acestor acorduri.

În baza competențelor sale în domeniul tratatelor internaționale (conform art. 35 din Legea nr. 590/2003 privind tratatele), Ministerul Afacerilor Externe a inițiat și circulat un non-paper (anexa 3 la prezentul memorandum), atât la nivelul statelor membre, cât și la nivelul COM, în care sunt accentuate avantajele, dar sunt prezentate și limitele acestei soluții, ridicând totodată unele întrebări concrete, menite a clarifica opțiunile statelor membre.



În ceea ce privește ieșirea din vigoare a acestor acorduri:

În funcție de evoluțiile discuțiilor la nivel UE privind TBI intra-UE, de rezultatele eventualelor consultări cu Comisia și cu autoritățile suedeze referitoare la TBI RO-SE, opțiunile României (în ordinea preferinței) sunt următoarele:

1. încheierea unui acord multilateral între toate statele membre prin care să fie convenită ieșirea din vigoare a tuturor acordurilor de investiții în vigoare între statele membre, la același moment (partea română este deschisă cu privire la includerea în acest acord a unor aspecte legate de clarificarea, codificarea, suplimentarea standardelor de protecție privind investițiile intra UE, precum și a unui eventual mecanism alternativ de rezolvare a disputelor stat-investitor);
2. convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a acestor acorduri cu eliminarea clauzelor „sunset” astfel încât respectivul acord să nu mai producă efecte juridice ulterior datei respectivei încetări;
3. convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a fiecăruia din cele 25 de acorduri, în condițiile prevăzute de acestea (deci cu menținerea clauzelor „sunset”), dar precedată sau concomitent cu încheierea cu fiecare stat partener a unui acord interpretativ privind preeminența dreptului UE în ceea ce privește materia reglementată de aceste acorduri de investiții;
4. convenirea bilaterală a ieșirii din vigoare a acestor acorduri, în condițiile prevăzute de acestea (deci cu menținerea clauzelor „sunset” și fără a putea limita litigiile inițiate în baza lor);
5. denunțare

Având în vedere complexitatea factorilor menționați în identificarea unei soluții cu privire la subiectul intra EU BITs, apreciem că este necesară aprobarea, de o manieră generală, a tuturor demersurilor menționate la punctele 1-5 de mai sus.

B. Propuneri:

Având în vedere elementele de mai sus propunem aprobarea realizării etapizate a următoarelor demersuri, în funcție de evoluțiile la nivel european și cu luarea în considerare a cauzei 2013/2206 și a relației bilaterale cu Regatul Suediei:

1. 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.
2. Negocierea și încheierea unor acorduri interpretative în formă simplificată cu fiecare stat membru UE cu care România are în vigoare acorduri de investiții, vizând stabilirea principiului aplicabilității acestor acorduri numai în măsura în care nu contravin dreptului UE;
3. Negocierea și semnarea unor acorduri vizând ieșirea din vigoare prin acordul părților a tratatelor din anexă;
4. Inițierea și promovarea unui proiect de lege vizând aprobarea denunțării acordurilor de investiții încheiate de România cu state membre UE.

Acordurile de investiții încheiate între statele membre UE. Demersuri referitoare la situația acestora

A. Aspecte generale legate de acordurile de investiții

Acordurile privind investițiile reprezintă o tipologie aparte de acorduri internaționale, cel puțin din perspectiva faptului că oferă drepturi direct unor persoane fizice sau juridice (investitorii), deși sunt încheiate între state (în viitor, inclusiv de Uniunea Europeană).

Ca structură, acestea conțin, pe scurt, o parte referitoare la protecția acordată de părți investițiilor provenind de pe teritoriul fiecăreia, precum și o parte referitoare la reglementarea eventualelor diferende - nu numai cele între cele două entități statale, ci și între investitori și state.

Fără a aprofunda, dar precizând că aspectele reglementate de acest tip de acorduri internaționale reprezintă un corp de norme cu caracter specific – dreptul internațional al investițiilor – partea din acorduri referitoare la reglementarea diferendelor stat-investitor oferă, de regulă, următoarele variante: reglementarea diferendelor în fața instanțelor (de regulă instanța judecătorească competentă a statului Părții Contractante pe teritoriul căreia s-a efectuat investiția) sau în fața unui tribunal arbitral.

În ceea ce privește reglementarea arbitrală, este de precizat că acordurile oferă în general următoarele opțiuni investitorilor: Centrul Internațional pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții (ICSID), înființat ca urmare a Convenției pentru Reglementarea Diferendelor relative la Investiții între State și Persoane ale altor State, încheiată la Washington la 18 martie 1965 sau un tribunal arbitral, care, dacă nu s-a convenit altfel între părțile la diferend, va fi constituit în conformitate cu Regulamentul de arbitraj al Comisiei ONU pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL).

Notă: În prezent se pune din ce în ce mai acut problema reformei rețelei de acorduri de investiții în ideea de a delimita cât mai clar câmpul de aplicare a acestor acorduri, de a clarifica standardele de protecție a investițiilor și de a moderniza procedurile arbitrale.

Din perspectiva României, care are în vigoare un număr semnificativ de acorduri de investiții³, majoritatea negociate pe un model învechit, procesul de reformă apare ca fiind imperios necesar. Inclusiv modelul de acord de investiții elaborat în 2004 (cu ajutorul experților europeni) ar trebui actualizat. Întregul proces depinde însă de strategia de investiții pe care România și-o stabilește la nivel național, dar și de orientările politicii UE în materie de investiții.

Acordurile încheiate de statele membre UE nu fac excepție de la această structură, deci, prin „intra EU BITs” investitorii europeni au posibilitatea ca, în cazul în care statul membru UE pe teritoriul căruia realizează investițiile încalcă acordul bilateral, să inițieze proceduri arbitrale prin mecanismele menționate mai sus.

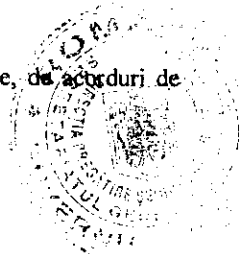
Înainte de aderarea la Uniunea Europeană, România a încheiat cu state membre ale Uniunii 25 de acorduri de investiții⁴.

Cel mai probabil, în luarea acestei decizii a avut un rol important și articolul 74 alineatul (2)⁵ al Acordului european instituind o asociere între România, pe de o parte, și Comunitățile Europene și statele membre ale acestora, pe de altă parte, ratificat prin Legea nr. 20/1993, dar putem

³ Conform evidenței MAE – 85 de acorduri.

⁴ Lista celor 25 de astfel de acorduri se regăsește în Anexa nr. 1 la prezentul memorandum.

⁵ „Obiectivele speciale ale cooperării vor fi: [...] - încheierea, de către România și statele membre, de acorduri de promovare și protejare a investițiilor”



considera că încheierea de acorduri de investiții a constituit o componentă constantă a politicii externe române, de vreme ce România se numără printre statele cu cea mai extinsă și veche rețea de astfel de acorduri bilaterale⁶.

Notă: Problematica gestionării domeniului investițiilor – departajarea de competențe la nivelul administrației publice centrale, procesul de reformă al acordurilor bilaterale, implicarea în negocierile acordurilor UE cu componentă de investiții – constituie obiectul unor demersuri separate.

Acest număr considerabil de acorduri de investiții a fost motivul principal pentru care România a militat constant pentru identificarea unei soluții orizontale, pentru toate statele membre UE care au încheiat asemenea acorduri.

Prin memorandumul nr. 5/4626 din 28 iulie 2011 cu tema „Poziția României privind situația juridică a acordurilor bilaterale în domeniul promovării și protejării investițiilor între statele membre UE” a fost aprobată soluția ieșirii din vigoare prin acordul părților a acordurilor de investiții încheiate de România cu statele membre UE, cu condiția aplicării aceluiași regim juridic tuturor statelor membre UE.

În contextul cauzei 2013/2206⁷, dar mai ales având în vedere faptul că discuțiile re-inițiate recent de Comisia Europeană⁸ par a se concentra în primul rând pe identificarea unor soluții viitoare (codificarea/clarificarea legislației UE și a statelor membre în domeniul investițiilor sau instituirea unui mecanism la nivel UE privind reglementarea litigiilor stat-investitor⁹), este necesară evaluarea unei arii extinse de opțiuni și identificarea unei abordări coerente referitor la acordurile privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor încheiate de România cu alte state membre ale Uniunii Europene.

Având în vedere faptul că unele din aceste acorduri au fost ratificate prin lege, conform prevederilor Legii nr. 590/2003 privind tratatele, pentru ieșirea din vigoare/denunțare, este necesară promovarea unui proiect de lege.

B. Poziția României cu privire la acordurile de investiții încheiate cu state membre UE

Pornind de la elemente de context privind situația acordurilor de investiții în vigoare între statele membre UE (pct. B.1), precum și recente evoluții la nivel UE (pct. B.2), **prezentul memorandum propune o abordare etapizată a problematicii acordurilor de investiții încheiate de România cu state membre UE (pct. B.3).**

⁶ A se vedea baza de date a UNCTAD prin comparație: acordurile de investiții încheiate de România <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/174#iiaInnerMenu> și acordurile de investiții încheiate de alte state <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

⁷ 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.

Această acțiune, declanșată de Comisia Europeană împotriva României și aflată în prima etapă a fazei precontencioase 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 Cehia 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.

Memorandumul nr. K2/2492/01.10.2015 cu tema „Stabilirea poziției României în cauza 2013/2206, 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”⁷ a fost aprobat de Guvernul României în data de 14 octombrie 2015 (copie anexată prezentului memorandum).

⁸ Denumită în continuare „COM”.

⁹ A se vedea pentru detalii non paper-ul transmis de Comisia Europeană – DG FISMA în pregătirea unei reuniuni organizate de DG FISMA la 1 octombrie 2015 pe tema acordurilor de investiții între statele membre (copie anexată memorandum).

B.1 Situația acordurilor de investiții între state membre UE

După intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona, COM a afirmat incompatibilitatea dintre acordurile de investiții încheiate între statele membre UE și normele de drept ale Uniunii Europene – invocând argumente juridice, dar și economice - concluzia de ansamblu fiind că aceste acorduri conferă, pe bază bilaterală, drepturi investitorilor anumitor state membre UE și, astfel, mențin un regim discriminatoriu incompatibil cu dreptul UE¹⁰. Prin urmare, ar fi inutilă menținerea acestora în vigoare¹¹.

În cursul anului 2012 și la începutul lui 2013, DG Internal Market and Services din cadrul COM a organizat o serie de reuniuni informale, la nivel de experți – vizând convenirea unui mecanism UE, alternativ la aceste acorduri bilaterale, dar și reuniuni bilaterale cu fiecare stat membru în parte – acestea din urmă pentru a impune soluțiile convenirii bilaterale a ieșirii din vigoare, respectiv denunțarea (vehiculând și posibilitatea unor acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva statelor membre pentru a forța aceste soluții¹²). Pe scurt, mecanismele alternative propuse în reuniunile la nivel de experți nu au putut fi susținute nu numai datorită faptului că porneau de la premisa că soluțiile oferite investitorilor de organisme create (de exemplu European Mediation Board) nu vor fi obligatorii¹³ nici pentru aceștia, nici pentru instanțele ce ar fi ulterior sesizate de investitori, ci și pentru că problema ieșirii din vigoare a acordurilor bilaterale nu era rezolvată.

Dincolo de aceste demersuri, dar și de acțiunile în constatarea neîndeplinirii obligațiilor și solicitările de informații inițiate concertat de COM, în cursul anului 2015, împotriva statelor membre UE¹⁴, trebuie subliniat faptul că o serie de state membre UE (în principal cele „exportatoare de investiții”¹⁵) au arătat că, atât timp cât dreptul UE nu oferă alternative la sistemul de reglementare a diferendelor instituit prin acordurile de investiții și, mai ales, atât timp cât Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu a statuat asupra întinderii competenței exclusive a UE referitor la întreg domeniul investițiilor (art. 207 TFUE făcând referire expresă doar la domeniul investițiilor străine directe ca element al politicii comerciale comune, politica ce privește acțiunea externă a UE), nu vor renunța la aceste acorduri.

Pe de altă parte, cea mai mare parte a statelor membre care acceptă posibilitatea ca aceste acorduri să fie incompatibile cu dreptul Uniunii pune condiția ieșirii din vigoare a acestor tratate la același moment, prin acordul părților.

Există un singur aspect în legătură cu care atât statele membre UE¹⁶, cât și COM sunt de acord: denunțarea nu pare a fi o soluție, având în vedere, în special, faptul că acordurile de investiții conțin așa-numitele „sunset clauses” care prelungesc aplicabilitatea acordurilor pentru perioade semnificative de timp după momentul denunțării.

¹⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm

¹¹ Pentru o prezentare succintă a evoluției politicii UE în domeniul investițiilor în context post-Lisabona, a abordării COM în acest context, dar și a acordurilor de investiții în general, a se vedea Anexa nr. 2 la prezentul memorandum.

¹² Si România a fost notificată prin EU Pilot, notificarea nr. 2840/11/MARK/16 din decembrie 2011 – la bază fiind criteriul existenței unor proceduri arbitrale pendinte, inițiate în baza unuiu din acordurile cu state membre UE încheiate de România (concret, dosarul ICSID ARB 05/20, la acel moment încă nesoluționat)

¹³ Propunerea franco-olandeză, de creare a unui European Ombudsman on investment, prin amendarea regulamentului 207/2009 de instituire a Oficiului pentru Armonizarea Pieței Interne (OHIM), nu a fost preluată de COM și, în condițiile în care nu rezolva problema ieșirii din vigoare a intra-BITs, nici de statele membre.

¹⁴ A se vedea nota de subsol nr. 6 la prezentul memorandum.

¹⁵ De exemplu: Republica Franceză, Republica Federală Germania, Regatul Țărilor de Jos.

¹⁶ Cu excepția, Republicii Italiene, care a optat pentru această soluție încă din 2007 (deci nu din motive legate de obligațiile în baza Tratatului de la Lisabona).

În acest context, subliniem faptul că soluțiile spre care s-au îndreptat statele membre UE¹⁷ s-au fundamentat pe raționamente de politică națională în domeniul investițiilor, dar și pe costurile implicate de procedurile arbitrale inițiate în baza acestor acorduri.

B.2 Evoluții recente la nivel UE privind acordurile de investiții între statele membre UE

În vara anului 2015, COM a inițiat acțiuni în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva a cinci state membre UE, printre care și România¹⁸, precum și 21 de solicitări de informații privind compatibilitatea cu dreptul UE a acordurilor de investiții¹⁹. Practic, la acest moment, COM a interacționat cu toate Statele Membre pe această temă.

Totodată, în cadrul unei reuniuni ce a avut loc la 1 octombrie 2015 au fost discutate opțiuni vizând înlocuirea la nivel UE a regimului juridic instituit prin aceste acorduri de investiții²⁰. Chestiunea controversată a ieșirii din vigoare a acordurilor de investiții încheiate de statele membre UE nu a fost discutată nici pe fond, nici din perspectiva dreptului internațional public.

Concluzia reuniunii din 1 octombrie a fost că soluția ieșirii din vigoare poate fi acceptată de toate statele membre, pornind, însă, de la premise total opuse și anume: ieșirea din vigoare să fie precedată de convenirea în prealabil a unor mecanisme care să înlocuiască pe cele existente în aceste acorduri referitoare atât la protecția investițiilor, cât și la reglementarea diferendelor; respectiv ieșirea din vigoare ar fi o condiție a continuării discuțiilor în ceea ce privește clarificarea, codificarea completarea sistemului de protecție al investițiilor intra UE, respectiv a celor privind instituirea eventuală a unui mecanism UE de reglementare a disputelor.

Considerăm că această situație paradoxală a fost generată în primul rând de modalitatea în care COM a ales să abordeze subiectul intra EU BITs. Pe de o parte, instituția UE s-a axat încă de la început pe chestiunea departajării de competențe, iar nu pe ideea unificării și eventual a completării sistemului de protecție a investițiilor intra-UE. Pe de altă parte, aceasta a ignorat considerentele istorice ce au condus la crearea mecanismelor arbitrale prevăzute în acordurile de investiții în general (anume că instanțele statului gazdă nu ar putea asigura protecția obiectivă a intereselor investitorilor străini), considerente pe care statele membre UE „exportatoare de investiții” par să le considere în continuare valabile, așa cum a reieșit din intervențiile în cadrul reuniunii din 1 octombrie 2015.

Acest context explică de ce inițiativele RO, AT sau MT, de a concentra întregul proces, într-o primă fază, pe identificarea unor soluții tranzitorii, au fost înțelese cu dificultate de reprezentanții COM.

C. Politica UE în materie de investiții

La data de 1 decembrie 2009, odată cu intrarea în vigoare a Tratatului de la Lisabona care modifică Tratatul privind Uniunea Europeană și Tratatul instituind Comunitatea Europeană, politica în domeniul investițiilor străine directe a devenit **politică comună de competență exclusivă a UE**, în cadrul acțiunii externe a UE în materie comercială (art. 207 din Partea V TFUE – Acțiunea Externă a Uniunii).

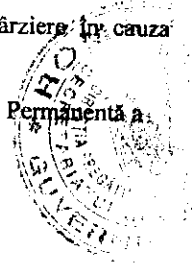
Acest fapt presupune **integrarea treptată** a sectorului și a intereselor investiționale la nivel european în cadrul unei politici unitare comune, vizând **mai multe paliere**:

¹⁷ Ministerul Afacerilor Externe a sondat, prin intermediul ambasadelor României în state membre UE, opțiunile avute în vedere de autoritățile acestora, atât în cursul anului 2012, cât și la începutul anului 2014.

¹⁸ La data de 19.06.2015, autorităților române le-a fost comunicată scrisoarea de punere în întârziere în cauza 2013/2206.

¹⁹ Demersuri premergătoare declanșării acțiunilor în constatarea neîndeplinirii obligațiilor.

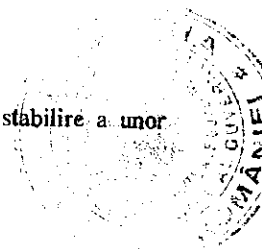
²⁰ Raportul detaliat al reuniunii a fost transmis (inclusiv Administrației Prezidențiale), de Reprezentanța Permanentă a României pe lângă UE, prin Mesaj Internet nr. 6513/02.10.2015.



- negocierea componentei de investiții în tratatele încheiate între UE și state terțe (de actualitate sunt acordurile cu componentă de investiții în negociere cu Canada („CETA”) și cu SUA („TTIP”), dar și viitorul acord privind investițiile cu China sau viitorul acord de comerț-liber cu Japonia);
- crearea cadrului juridic la nivel UE care să rezolve chestiunile legate de atribuirea responsabilității financiare și deținerea calității de pârât - UE sau statul membru - în litigiile deschise de investitori în baza tratatelor UE privind investițiile (proiectul de Regulament privind responsabilitatea financiară în cadrul reglementării disputelor dintre investitori și state²¹);
- reglementarea situației acordurilor bilaterale de investiții încheiate sau ce vor fi încheiate de statele membre cu state terțe (Regulament nr. 1219/2012²² prin care s-a reglementat principiul menținerii acordurilor existente până la momentul încheierii de către UE a unor acorduri similare cu statele respective, precum și mecanismul de autorizare de către COM a negocierii și semnării unor noi acorduri);
- **reglementarea situației acordurilor de investiții încheiate între statele membre UE, așa-numitele „intra-BITs”.**

²¹ Proiect de text andosat de CONS, în prezent în dialog COM-PE-CONS.

²² Regulamentul nr. 1219 al Parlamentului European și al Consiliului din 12 decembrie 2012 de stabilire a unor dispoziții tranzitorii pentru acordurile bilaterale de investiții încheiate între state membre și țări terțe



**Lista acordurilor încheiate de România/Guvernul României cu state membre ale Uniunii
Europene în domeniul promovării și protecției reciproce a investițiilor**

1. Acord între România și Republica Austria privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București, la 15 mai 1996;
2. Acord între Guvernul României, pe de o parte, și Uniunea Economică Belgo-Luxemburgheză, pe de altă parte, privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Bruxelles, la 4 martie 1996;
3. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Bulgaria privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București la 1 iunie 1994;
4. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Ceha privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor dintre România și Republica Cehă, semnat la București, la 8 noiembrie 1993;
5. Protocol, semnat la Praga, la 22 ianuarie 2008 între Guvernul României și Guvernul Republicii Ceha privind amendamentele la Acordul dintre Guvernul României și Guvernul Republicii Ceha pentru promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București, la 8 noiembrie 1993;
6. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Cipru privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București la 26 iulie 1991;
7. Acord între Guvernul Republicii Socialiste România și Guvernul Regatului Danemarcei privind promovarea și garantarea reciprocă a investițiilor, semnat la Copenhaga, la 14 iunie 1994;
8. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Croația privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Zagreb, la data de 8 iunie 1994;
9. Protocol Adițional între Guvernul României și Guvernul Republicii Croația privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București, la data de 30 aprilie 2010;
10. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Finlanda pentru promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Helsinki, la 26 martie 1992;
11. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Franceze privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor și a Protocolului-anexă, semnate la Paris, la 21 martie 1995;
12. Acord între România și Republica Federală Germania privind promovarea și protejarea reciproca a investițiilor de capital, semnat la Bonn, la 25 iunie 1996.
13. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Elene privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Atena, la 23 mai 1997;
14. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Letonia privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Riga, la 27 noiembrie 2001;
15. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Lituania privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Vilnius la 2 martie 1994;
16. Acord între Guvernul României și Guvernul Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Londra, la 13 iulie 1995;
17. Acord privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor dintre Guvernul României și Guvernul Regatului Țărilor de Jos, semnat la București, la 19 aprilie 1994;
18. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Polonia privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Varșovia la 23 iunie 1994;
19. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Portugheze privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București la 17 noiembrie 1993;

20. Acord între România și Republica Slovacă privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Bratislava, la 3 martie 1994;
21. Protocol Adițional la Acordul între România și Republica Slovacă pentru promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor din 3.III.1994, semnat la Bratislava la 8 noiembrie 2005;
22. Acord între Guvernul României și Guvernul Republicii Slovenia privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Ljubljana, la 24 ianuarie 1996.
23. Acord între România și Spania privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București, la 25 ianuarie 1995;
24. Acord între Guvernul României și Guvernul Regatului Suediei privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la Stockholm, la 29 mai 2002;
25. Acord între România și Republica Ungară privind promovarea și protejarea reciprocă a investițiilor, semnat la București, la 16 septembrie 1993.



MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF ROMANIA

Non-paper

- the relevance of article 30(3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties to the validity and applicability of the Bilateral Investment Treaties concluded between EU member states -

The aim of this non-paper is to bring to the attention of the European Union member states and to the European Commission a possible transitory solution on the subject of the compatibility of Bilateral Investment Treaties concluded between EU member states with EU law (hereinafter “intra EU BITs”).

Premises

During the meeting held by the Commission on 1st of October 2015 on the subject of intra EU BITs, RO noted the fact that, even though all member states can agree upon the termination of these treaties, we are divided as regards the way the process will continue. Namely, there are Member States which consider that a first step should be the termination of these treaties and that a new European investment system should next be put in place and there are others which consider that first we should establish the new system and then terminate the agreements. Apparently, the infringement procedures launched by the Commission will simplify the subject. However, the fact that these procedures are already underway in different stages and the possibility of bilaterally agreeing the termination of these BITs within the conditions of the BIT or, worse, through denunciation, both of which raise the prospect of long-lasting sunset clauses, constitute sufficient arguments for a search of transitory measures. Moreover, we should not forget that the main problems encountered by states occur at an international level, during arbitral proceedings: such procedures cost money and even more money can be lost in cases when arbitral awards based on these treaties cannot be executed, due to incompatibilities between the award and the BITs on the one hand, and the state's obligations resulting from EU law, on the other.

These premises are best explained by Professor Mathias Forteau: « (...) *l'extrême réversibilité des qualités « internationales » et « européennes » des normes que l'on s'efforce à articuler – et le caractère par conséquent très relatif d'une lecture purement internationaliste des conventions internationales et purement intégrationniste du droit de l'Union Européenne* »²³.

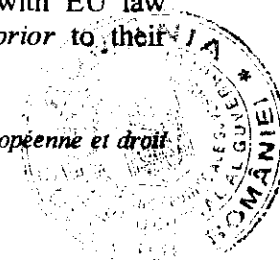
Proposal

Romania considers that the general rule of international law prescribed in article 30 paragraph (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties is highly relevant for establishing the validity and applicability of intra EU BITs between EU member states in light of EU law. This text provides that:

“When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, *the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the latter treaty.*”

Practically, from Romania's point of view, all potential incompatibilities with EU law existing in any international agreement concluded between two Member States *prior to their*

²³ Mathias Forteau “Droit international conventionnel et droit de l'Union Européenne », in *Union Européenne et droit international*, éditions A. Pedone, Paris, 2012, p. 588



membership in the European Union are *automatically* eliminated by the application of the general rules of international law.

Romania wishes to emphasize that the result reached by the application of article 30 (3) coincides with the result that may derive from the principle “supremacy” of EU law. Thus, notwithstanding the reason (EU law may be either “lex posterior” or a superior legal order), the result would be that in case of incompatibilities between earlier bilateral treaties and EU law, the EU law would prevail.

In case of intra EU BITs there is no doubt that some of the provisions of these agreements have a correspondent in the EU law, at least with regards to clauses on transfer of funds – which were the object ECJ jurisprudence from 2009 in relation with agreements with third countries²⁴. Consequently, to a certain degree, the provisions of EU law and intra EU BITs concern the same matter. For the sake of clarity, of course, the best solution would have been that the Accession Treaties expressly provide either the termination of intra EU BITs, or at least the conditions in which those treaties remain applicable after the moment when both partner states became members of the European Union. We all know that none of these situations occurred and there were no specific interpretative declarations either. Consequently, from an international perspective, there are no relevant indices on the status of the intra EU BITs.

Moreover, as stated in our EU Pilot response to the Commission regarding the Agreement between the Government of Romania and the Government of the Kingdom of Sweden on the promotion and mutual protection of investments, signed on May 29, 2002: *“Romania notes that the Commission did not include in the list of agreements concluded by Sweden, that were claimed to be incompatible with EU law, the agreement with Romania. However, it could have done so, since at the date when the action was brought before the Court, Romania was not an EU Member State. Romania notes that the Commission also omitted to include in the list of claimed agreements other agreements concluded between Sweden and candidate countries, such as the Agreement between Sweden and Turkey, signed on 11 April 1997”*²⁵

Taking into consideration the above-mentioned elements, the recently launched infringement procedures and also the short discussions/presentations held during the first part of the meeting organized by the Commission on 1st of October 2015, Romania would like to initiate a process of consultation regarding the possibility to conclude interpretative agreements concerning our intra EU BITs. The agreements would have the purpose to confirm the shared understanding of the parties related to the concurrent application, as from the date when both parties became members of the EU, of the intra BITs and the EU law in the sense that *to the extent the provisions of the BITs are incompatible with EU law, the former had ceased to apply.*

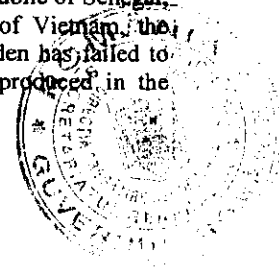
Arguments

The principle of preeminence of EU law is a “cornerstone”²⁶ of the EU legal order. However, due to the particularity of the investor to state dispute settlement mechanism, the relevance of EU law and even of the EU Treaties in the context of our bilateral investment treaties

²⁴ See the relevant jurisprudence of the European Court of Justice - cases C-205/06, C-249/06, C-118/07

²⁵ Romania notes that paragraph 45 of the Judgement of the Court of 3 March 2009 in Case no C-246/06 states that “by not having taken appropriate steps to eliminate incompatibilities concerning the provisions on transfer of capital contained in the investment agreements concluded with the Argentine Republic, the Republic of Bolivia, the Republic of Côte d’Ivoire, the Arab Republic of Egypt, Hong Kong, the Republic of Indonesia, the People’s Republic of China, the Republic of Madagascar, Malaysia, the Islamic Republic of Pakistan, the Republic of Peru, the Republic of Senegal, the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, the Republic of Tunisia, the Socialist Republic of Vietnam, the Republic of Yemen and the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, the Kingdom of Sweden has failed to fulfill its obligations under the second paragraph of Article 307 EC”. The same statement is reproduced in the dispositive paragraph of the judgment.

²⁶ See opinion of the Council Legal Service appended to the Declaration 17 concerning the primacy



must be demonstrated in front of the Arbitral Tribunal empowered by the investor and the Member State to settle the dispute. This is because most of these treaties provide that the applicable law is the bilateral agreement as complemented by the customary international law.

Consequently, as long as these treaties are in force or applicable according to the sunset clauses, the first problem encountered is that of the EU law applicability as a matter of principle. The problem of the extent of the EU competence and the eventual residual Member States' competence to maintain among themselves these international conventional relations is of secondary and limited relevance to the EU. The first argument would then be that the intra EU BITs matter lacks, first of all, a solution at a level of principle.

The second argument relates to the need to clarify the status of these agreements as from the moment when both parties became members of the European Union. Thus, the interpretative agreements would have the purpose to clarify the shared understanding of the parties related to the legal situation that exists since the moment when both parties to a BIT became members of the EU. Thus, the interpretative agreements would have the advantage of confirming the will of the parties as from this particular moment. An OECD study "*Preliminary analysis of the legal framework applicable to joint interpretative agreements of investment treaties*"²⁷ offers interesting arguments - based on Chapter IV "*Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*" from the 2013 Report of the International Law Commission (ILC) and on the relevant doctrine on the impact on the investors - in favor of subsequent interpretation of an investment treaty²⁸. The parties can express a common view about the treaty's meaning that they reached after the treaty is concluded, because "[p]roviding they can agree [upon interpretative agreements], governments have considerable flexibility in this area"²⁹.

A third argument, relevant from an ICSID perspective (implicitly for Member States which are parties to ICSID Convention or which are involved in ICSID based arbitral procedures) is that a notification according to art. 25 (4) of ICSID Convention³⁰ might not have effects *per se*, but may be effective if its purpose was to give effect to an interpretative agreement. In our view, a commonly agreed interpretation as regards the preeminence of the EU law over the rights and obligations provided in an intra EU BIT would constitute a sufficient argument for notifying the Centre that investment disputes relating to EU law are to be settled through EU mechanisms and not through ISDS procedures provided by those treaties.

Finally, the Commission itself "sincerely believes that such a conflict between the BIT, the ICSID Convention, and EC law can be avoided through a contextual interpretation of the BIT or the application of Article 30(3) of the Vienna Convention, as the case may be" (Commission's Written Submission, 122-124)³¹.

Counter-arguments

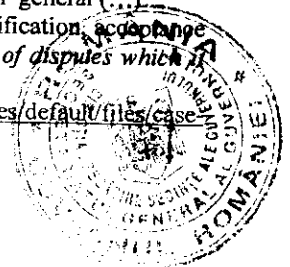
²⁷ DAF/INV/WD(2014)4/REV2 from 17 March 2015.

²⁸ According to ILC 2013 Report (p. 31): "subsequent agreement" as an authentic means of interpretation under article 31 (3) (-) is an agreement between the parties, reached after the conclusion of a treaty, regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions". And furthermore (p.34): "(13) A subsequent agreement: under article 31 (3) (a) must be an agreement "regarding" the interpretation of the treaty or the application of its provisions. The parties must therefore purport, possibly among other aims, to clarify the meaning of a treaty or how it is to be applied".

²⁹ In its comments to the Report's conclusions, ILC avoids to "take a position regarding the question of the appropriateness of a more contemporaneous or a more evolutive approach to treaty interpretation in general (...)"

³⁰ According to art. 25 (4) from ICSID Convention: "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre."

³¹ Page 97 of the award in ICSID case ARB/05/20 disposable on <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>



Considering that no Member State of the European Union would have a problem with an eventual express reiteration of the supremacy of EU law principle in a bilateral agreement with another Member State and that such an interpretative agreement would not be detrimental to the EU investors³², the main evident problem is the fact that, at the present, any interpretative agreement can have only a general character.

Also, given the inconsistency of the ISDS tribunals' practice as regards the interpretative arrangements, it will not guarantee that, when deciding on the eventual breach of the BIT's standards, the tribunal will take into consideration the EU law (at least as a matter of fact if not as applicable law).

As stated above, the first counter-argument is an internal EU matter and the second represents the general assumed risk of any interpretative instrument, in case the initial agreement lacks an express provision on the regime of interpretative agreements or practice.

Possible content

Such an interpretative agreement will not solve the issue related to the extent of the EU's competence. However, in our view, it will pave the way towards a common solution and, most important, it will constitute an extremely useful tool in front of the arbitral tribunals³³.

In our view, the content of the future agreement (which we recommend to be concluded in a simplified form) should be based on two ideas:

- applicability of art. 30 (3) from VCLT, which will have as consequence the applicability of the bilateral agreement only insofar it is compatible with the later treaties;
- the interpretation and application of the bilateral treaty cannot prejudice the obligations of the two parties to the bilateral agreement as members of the European Union.

In conclusion, it is our view that any bilateral agreement on the termination of these treaties and especially the ones where the so-called "*sunset clauses*" will remain unchanged, should be preceded by an interpretative agreement with the above mentioned content.

Questions

As stated in the introduction, our aim is to initiate a process of reflection as to this possible transitory solution to the intra EU BITs issue from an international perspective. In this sense we raise the following issues for discussion:

- a. An additional treaty providing for the supremacy of the EU law over the matters regulated by the intra EU BITs would be detrimental to your investors?
- b. Do you think that the EU law provides for possible constraints on the power of our governments to agree a binding interpretative agreement of these treaties?³⁴

An updated information on each MS position on possible solutions to the intra EU BITs matter, centralized by the Commission, would be, in our view, very much welcomed.

Bucharest, December 2015

³² See for further details points 30 and 31 of the OECD study cited above

³³ See for further details points 32 to 39 from the OECD study cited above

³⁴ See point 18 of the OECD study cited above.

