LEGALITATEA INVESTIȚIILOR ÎN ARBITRAJUL INVESTIȚIONAL

LEGALITY OF INVESTMENTS IN INVESTMENT ARBITRATION

Sorin DOLEA, ORCID: 0000-0002-4454-2763
Universitatea de Stat din Moldova

CZU: 341.63:339.727.22

e-mail: sorin@dolea.md

Jurisprudența arbitrală investițională recentă arată că, în cazul în care investițiile au fost achiziționate de investitorul străin cu încălcarea legilor statului-gazdă, tribunalul arbitral fie nu are competență să examineze revendicările investitorului, fie le consideră ca fiind inadmisibile. Momentul comportamentului ilicit joacă un rol determinant, deoarece momentul achiziționării investițiilor are impact asupra competenței tribunalului arbitral sau asupra admisibilității revendicărilor. În cazul în care comportamentul ilicit este constatat în faza de *achiziție ex-post* a investițiilor, atunci tribunalul arbitral evaluează această chestiune în faza de fond a disputei [1]. În timp ce unele Tratate Internaționale de Investiții nu conțin prevederi cu referire la legalitatea investițiilor, altele cer în mod expres ca investițiile străine să fie făcute în *conformitate cu* legile statului-gazdă. Dintre aceste tratate, unele încorporează cerința de legalitate în definiția investiției, altele includ această cerință în dispozițiile de fond privind protecția investitorilor [2]. Exemplul clasic de ilegalitate include corupția și mita la etapa realizării investițiilor străine [3]. Cu toate acestea, nu orice investiție realizată cu încălcarea normelor interne se află în afara domeniului de protecție a tratatelor investiționale. Pentru a clarifica această chestiune, natura și gravitatea încălcării ar trebui evaluate [4]. Această abordare a fost confirmată de o serie de tribunale arbitrale care au încercat să limiteze natura încălcărilor la cele ce constituie o „*încălcare a principiilor fundamentale ale dreptului statului gazdă*”, negând acuzațiile de ilegalitate bazate pe „*încălcări tehnice*” sau „*erori minore*” a legislației statului-gazdă. Există trei temeiuri juridice principale pe care se poate întemeia apărarea legalității: (i) o cerință expresă de legalitate cuprinsă în tratatul de investiții aplicabil; (ii) o cerință implicită de legalitate în virtutea sferei și scopului tratatului; iar în anumite cazuri (iii) doctrina „*mâinilor curate*” ca principiu de drept internațional. Dacă statul invocă ca apărare unele ilegalități *grave*, precum corupția și frauda, atunci apărarea se poate întemeia și pe (iv) politici publice internaționale și transnaționale [5]. În cazurile în care tratatul investițional aplicabil conține o cerință expresă de legalitate a investițiilor, tribunalele arbitrale au examinat problema legalității investițiilor ca prin prisma competenței *ratione materiae*. În schimb, în cazurile în care tratatul investițional aplicabil nu conține o dispoziție expresă privind legalitatea investițiilor, tribunalele arbitrale au examinat legalitatea investiției ca o chestiune de admisibilitate a revendicărilor sau ca o chestiune de fond. Cu toate acestea, unele opinii consideră că, în absența unei clauze exprese de lega-

litate, aspectul legalității investițiilor poate fi analizat doar ca o problemă de fond [6]. În ceea ce privește temeiurile juridice prevăzute de Convenția ICSID, s-a afirmat că acolo unde tribunalele ICSID se bazează pe astfel de principii generale de drept internațional public, mai degrabă decât pe cerința explicită de legalitate a investiției protejate în temeiul tratatului investițional aplicabil sau cerința de legalitate implicită citită în articolul 25 din Convenția ICSID, ele pot respinge pretențiile care nu se referă la lipsa de competență în temeiul Convenției ICSID [7]. De asemenea, unele tribunale au respins afirmația că articolul 25 din Convenția ICSID este supus unei condiții *„în conformitate cu legea statului-gazdă"*. Principiile bunei-credințe și legalității nu pot fi încorporate în definiția articolului 25(1) din Convenția ICSID fără modificarea limbajului Convenției ICSID. Astfel, indiferent dacă o investiție poate fi *legală* sau *ilegală*, făcută cu *bună-credință* sau nu, ea rămâne totuși o investiție [8]. În ceea ce privește standardul și sarcina probei pentru investițiile ilegale, potrivit dreptului internațional, principiul *onus probandi actori incumbit* este pe larg recunoscut, în sensul că părții îi revine sarcina de a dovedi afirmațiile sale. Unii comentatori au susținut că tribunalele arbitrale au datoria de a investiga o potențială problemă de corupție *sua sponte*, nu în ultimul rând pentru a asigura caracterul executoriu al hotărârii sale [9]. La evaluarea acuzațiilor privind ilegalitatea investițiilor, inclusiv corupția ca cea mai gravă manifestare a ilegalității investiției, tribunalul arbitral trebuie să stabilească standardul de probă aplicabil. Unele tribunale au respins argumentul potrivit căruia *acuzațiile de fraudă sau alte fapte ilicite grave* necesită în mod automat un standard mai ridicat de probă. Alții au aplicat standarde de *dovezi clare și convingătoare* în ceea ce privește acuzațiile de corupție, aplicând standardul probatoriu ridicat, subliniind consecințele grave ale corupției asupra pretențiilor investitorului. Unii merg mai departe și susțin afirmația conform căreia, odată ce pârâtul prezintă suficiente dovezi de corupție sau fraudă, sarcina probei ar trebui să fie transferată reclamantului pentru a demonstra contrariul [10]. Din acest motiv, în cazul în care există un indiciu rezonabil de corupție, o modalitate adecvată de a lua o hotărâre poate fi transferarea sarcinii probei către partea opusă pentru a stabili că cerințele legale și de bună-credință au fost într-adevăr îndeplinite în mod corespunzător. O altă problemă importantă este pragul probatoriu care trebuie îndeplinit, atunci când se ridică obiecții de corupție sau fraudă. Există două abordări posibile în determinarea standardului de probă: (i) fie aplicarea standardului de probă prevăzut de legea statului gazdă, (ii) fie aplicarea unui standard autonom. Tribunalele arbitrale în arbitrajele investiționale nu au tratat problema în mod uniform în cadrul celei de-a doua abordări, totuși s-au aplicat diferite standarde. De exemplu, unele tribunale au aplicat standardul de drept obișnuit al balanței probabilităților. Alte tribunale au aplicat standardul ridicat al *probelor clare și convingătoare*, iar altele au aplicat un standard și mai înalt de *dovezi irefitabile*. Anumite tribunale au adoptat o abordare mai echilibrată, sugerând că odată ce partea care invocă ilegalitatea a atins un anumit prag *prima facie* de probă, care poate să nu fie suficient el însuși pentru a îndeplini standardul probei. Astfel, dovezile plauzibile de corupție, oferite de partea care invocă ilegalitatea, ar trebui să necesite o demonstrație adecvată de către partea care neagă acuzația [11].

Referințe:

1. DOUGLAS, Z. *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review. 2014, vol 29, no.1, p. 156.
2. POLKINGHORNE, M. *The Legality Requirement in Investment Arbitration*. In: *Journal of International Arbitration*; Kluwer Law International, 2017, vol. 34, issue 2, pp. 149-168.
3. *World Duty Free Co. Ltd. v Republic of Kenya* (ICSID Case No ARB/00/7) Award, 4 October 2006.
4. KRIEBAUM, U. Chapter V: *Investment Arbitration – Illegal Investments*, in Austrian Yearbook on International Arbitration, vol. 2010, pp. 307, 319.
5. DUMBERRY, P. *State of Confusion: The Doctrine of "Clean Hands" in Investment Arbitration After Yukos Award*. The Journal of World Investment & Trade, 17 (2016), p. 232.
6. GAILLARD, E. La corruption saisie par les arbitres du commerce international. *Revue de l'Arbitrage*, 2017 (3), p. 805, para 12.
7. BAIZEAU, D., KREINDLER, R. (eds.). *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (2015), vol. 13. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law p 51, pp. 63 (emphasis added).
8. *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/29) Award, 14 July 2010, para 112.
9. VAN DEN BERG, J. (ed), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (2015). Vol. 18 ICCA Congress Series pp. 451, 483.
10. MILLS, K. *Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto.* Vol. 3(2) Transnational Dispute Management (2006), pp. 9.
11. PARTASODES, C. *Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World*, în vol. 25(1) ICSID Review (2010), pp. 47, 59-60.