

PROBLEMATICA „NAȚIONALITĂȚII CORPORATIVE” ȘI INCURSIUNEA ÎN DOMENIUL „PROTECȚIEI DIPLOMATICE”

Tudor ULIANOVSKI

Catedra Drept Internațional și Drept al Relațiilor Economice Externe

L'étude se propose de réaliser une mise en revue critique des normes de droit international privé concernant les personnes morales, étant données les différences solutions existantes en droit international privé comparé, l'influence du droit de l'Union européenne, ainsi que les exigences de plus en plus élevées vis-à-vis de la pratique.

În permanentă căutare a eficienței economice și conduse frecvent de o logică pur financiară, persoanele juridice și, în special, societățile comerciale revendică astăzi dreptul la o mobilitate aproape la fel de rapidă ca și cea care caracterizează persoanele fizice. Dacă recunoașterea, circulația, activitatea, respectiv restructurarea lor transfrontalieră sunt în strânsă dependență de mecanismele dreptului internațional privat, în elaborarea normelor specifice acestui domeniu legiuitorul trebuie să țină seama de respectarea așteptărilor operatorilor din comerțul internațional și de asigurarea unei protecții adecvate pentru creditorii, salariații sau mediul concurențial autohton.

Mai mult, dreptul Uniunii Europene impune și el exigențe particulare: în aplicarea articolelor 49 și 54 TFUE (fostele 43 și 48 TCE), statele membre sunt obligate să asigure un tratament național persoanelor juridice stabilite în celelalte state membre; pentru că aceasta presupune, în principiu, eliminarea restricțiilor cu privire la constituirea de filiale, sucursale, birouri, reprezentanțe, agenții, dar și a restricțiilor care privesc accesul la diferite activități economice sau exercitarea efectivă a acestora, mecanismele tradiționale de drept internațional privat ale statelor membre trebuie să se adapteze inclusiv acestor realități.

Conceptul de „naționalitate”, în mod natural elaborat pentru persoanele fizice, poate fi conectat și persoanelor juridice, însă doar cu prețul unor adaptări. Dacă în ceea ce privește persoanele fizice opțiunea în favoarea cetățeniei apare ca una naturală, atunci în ceea ce privește persoanele juridice s-ar putea discuta dacă acestea se pot bucura efectiv de o naționalitate, care să poată fi luată în considerare pentru stabilirea legii aplicabile. Astfel, naționalitatea exprimă apartenența unei persoane la populația constitutivă a unui stat, iar folosirea acesteia în cazul persoanelor juridice – forme de manifestare a unor activități economice sau de altă natură realizate de persoane fizice – poate surprinde. Mai mult, natura persoanelor juridice – entități ce au la bază contracte de drept privat sau manifestări unilaterale de voință – s-ar opune conferirii unei naționalități acestora. Totuși, având în vedere că persoanele juridice nu sunt simple creații intelectuale (sau simple contracte), ci veritabile subiecte de drept, dispunând, la fel ca și persoanele fizice, de personalitate juridică, ele trebuie să se bucure de toate prerogativele aferente acesteia și, deci, și de naționalitate. De altfel, naționalitatea nu creează doar o legătură politică generatoare de obligații și drepturi, ci este elementul de bază în ceea ce privește statutul juridic al individului și determinarea legii civile căreia acesta se supune; pe același fundament, legătura dintre o persoană juridică și un stat apare ca indispensabilă atunci când este vorba de a stabili statutul personal al acelei persoane juridice. Pe baza acestor observații, transpunerea conceptului de naționalitate în ceea ce privește persoanele juridice apare drept legitimă, chiar dacă în practică trebuie operate diverse adaptări, în special în ceea ce privește criteriile de conferire a acesteia [1].

Istoria secolului XX demonstrează că statele pot să întreprindă acțiuni viabile pentru realizarea dreptului la cetățenie, prevenirea și reducerea cazurilor de apatridie. Prima încercare a fost efectuată în 1930. Articolul 1 al Convenției de la Haga afirmă: „*Este dreptul fiecărui Stat să determine, în baza propriei legi, cine sunt cetățenii săi. Această lege va fi recunoscută și de alte State atâta timp cât ea este în concordanță cu convențiile internaționale, uzanța internațională și principiile legii cu privire la cetățenie recunoscute pretutindeni*” [2].

Cea mai clară definiție a cetățeniei a fost oferită de CIJ în 1955 în cazul *Nottebohm*, unde aceasta este definită în felul următor: „naționalitatea este acea legătură juridică care are la bază faptul social de atașare, o conexiune reală de existență, interese și sentimente, care există de rând cu existența drepturilor și obligațiilor reciproce”.

Legătura reală, menționată mai sus, reprezintă reflectarea principiului de „naționalitate eficientă”. Deși cazul *Nottebohm* s-a referit la o persoană fizică, această definiție poate fi aplicată și persoanelor juridice. În opinia lui Brownlie, „împrumutarea unui concept elaborat în legătură cu persoanele fizice poate fi straniu uneori, dar acum este stabilit ca o practică consacrată” [3].

În materie de relații internaționale, există mai multe tratate internaționale care menționează naționalitatea persoanelor juridice din diferite perspective. Totodată, nici unul dintre acestea nu stipulează expres definiția naționalității persoanei juridice ca atare.

Inițial, acest subiect a fost stipulat în acordurile comerciale cu scopul de a crea standarde de tratament al persoanelor juridice părți contractante. În acest context, de exemplu, Tratatul de Comerț și Navigație între Marea Britanie și Iran, semnat în 1959, a prevăzut această problemă în termenii următori:

„Termenul de companie se referă la toate persoanele juridice în afara persoanelor fizice... În legătură cu Partea Contractantă, aceasta presupune toate companiile care derivă din acest statut în baza legii aplicate pe teritoriul acestei Părți Contractante.... În legătură cu o țară, aceasta presupune toate companiile în baza legii statului respectiv”.

În context internațional, naționalitatea persoanei juridice („naționalitatea corporativă”) este un concept conectat persoanelor juridice și derivă din acesta. Principalul domeniu unde acest concept a fost dezvoltat sunt relațiile de protecție diplomatică. Pe de altă parte, spre deosebire de situația persoanelor fizice, sistemele de drept naționale nu au competență în această materie. Prin urmare, în majoritatea legislațiilor naționale nu există reglementări cu privire la naționalitatea corporațiilor [4].

În pofida „internaționalizării” sporite a capitalului, cele mai multe companii transnaționale rămân, de fapt, companii naționale cu operațiuni internaționale și nu sunt deloc lipsite de naționalitate. Ele își realizează acasă activitățile de bază, precum cercetarea de vârf și trasarea strategiilor. Cei mai mulți dintre principalii lor decidenți provin din țara de origine. Când trebuie închise fabrici sau reduse locuri de muncă, acest lucru nu se face acasă, decât în ultimă instanță, din motive politice, dar, și mai important, economice. Aceasta înseamnă că țara de origine își însușește cea mai mare parte a beneficiilor unei companii transnaționale (ex: corporațiile internaționale Bechtel, Ford, General Motors, Noki – exemple sunt destule...).

Pornind de la asemănările existente între persoana fizică și persoana juridică, s-a considerat că și acestea din urmă au naționalitate, după cum persoanele fizice au cetățenie (naționalitate, în terminologia literaturii din unele țări) [5]. Naționalitatea persoanei juridice reprezintă apartenența acesteia la un stat și la un sistem specific de drept național.

Totodată, în doctrina științifică s-au lansat mai multe opinii ale unor savanți sceptici (Y.Loussouarn, J.D. Bredin, O.Căpățână, M.Jacotă), precum că naționalitatea persoanei juridice nu este identică naționalității persoanei fizice, în mare parte fiindcă nu produce aceleași consecințe cărora le dă naștere cetățenia persoanei fizice.

În aceeași ordine de idei, conceptul și elementele protecției diplomatico-consulare vor fi analizate în primul rând, după care ne vom concentra asupra problematicii determinării naționalității corporative. Asistența consulară și protecția consulară exprimă trăsătura esențială a instituției consulare. Exercițarea protecției consulare se materializează în demersurile și dreptul la petiție pe lângă autoritățile competente din circumscripția consulară respectivă [6].

„Din cele mai vechi timpuri, diplomația – în formele ei clasice, „deschisă” și „secretă” – a fost și continuă să fie unul dintre cele mai importante instrumente de promovare și realizare a politicii externe a statelor. Marii împărați ai Romei – Augustus, Vespasianus, Antonius Pius, Marcus Aurelius și Pertinax, precum și Claudius, Nero, Othon, Vitelius, Commodus, Heliogabal și Caracalla – regii Angliei și Franței, împărații țării Rusiei, toți marii șefi de stat au recurs la serviciile diplomației și ale diplomaților pentru cunoașterea obiectivelor politice declarate sau secrete ale aliaților sau dușmanilor și elaborarea sau adaptarea propriilor orientări de politică externă, în scopul apărării intereselor proprii cu o eficiență sporită în conceptul continental și mondial” [7].

În zilele noastre, diplomația economică a trecut pe primul plan. Aceasta se datorează în mod special relațiilor de import-export, schimburilor comerciale, cooperării și confruntării economice.

Doctrina protecției diplomatice a apărut ca o consecință a emergenței responsabilității statului pentru prejudiciile aduse străinilor care se află pe teritoriul său. Această noțiune a apărut, în principal, datorită acțiunilor de piraterie și a fost elaborată pentru prima dată în secolul al XVIII-lea. Referințe putem găsi la autorul

Emer de Vattel, care în cartea sa „Le droit des gens ou le principes de la loi naturelle” a remarcat că „oricine care tratează incorect un cetățean – tratează incorect și statul respectiv” [8].

La începutul secolului al XX-lea a fost acceptat, în mod general, faptul că responsabilitatea are loc atunci când au avut loc fapte ilicite care au cauzat prejudiciu străinilor, implicând responsabilitatea organelor de stat. În acest mod, deși un stat nu era obligat să admită străini pe teritoriul său, dar dacă o făcea, statul respectiv avea obligația să trateze străinul de altă naționalitate și să-i acorde gradul necesar de protecție în conformitate cu standardele minime internațional recunoscute cu privire la tratamentul străinilor.

Importanța determinării naționalității persoanei juridice poate fi argumentată după mai multe aspecte: a) orice persoană juridică are un statut personal; b) necesitatea deosebirii persoanelor juridice naționale de cele străine; c) determinarea naționalității persoanelor juridice servește pentru identificarea domeniului de aplicare a tratatelor internaționale [9]; d) pentru apărarea unor interese considerate importante pentru state etc.

În domeniul naționalității persoanei juridice și protecției consulare, cel mai important și emblematic caz în materie este *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, care a fost judecat la Curtea Internațională de Justiție. Acest caz a apărut între Belgia și Spania cu privire la o decizie de faliment în Spania față de compania *Barcelona Traction*, o companie, al cărei statut a fost semnat în Canada. Obiectul litigiului cu Belgia l-a constituit repararea prejudiciului presupus de către Belgia, fiindcă naționali belgieni erau proprietarii majorității absolute a acțiunilor companiei. Însă, autoritățile belgiene au argumentat că falimentul propriu-zis era rezultatul acțiunilor autorităților spaniole, care, în opinia belgienilor, contraveneau dreptului internațional. În cazul respectiv, Curtea a decis că Belgia nu avea dreptul să exercite protecție diplomatică a acționarilor unei companii din Canada în condițiile acțiunilor întreprinse împotriva acestei companii în Spania. Această poziție a fost dur criticată de doctrinari, fiindcă a lăsat acționarii fără nici o protecție în cadrul dreptului internațional. Urmează să analizăm elementele naționalității expuse în decizie.

Astfel, unul dintre cele mai importante paragrafe ale deciziei are următorul conținut: „În conexiunea persoanelor juridice corporative la state pentru obiectivul protecției diplomatice, dreptul internațional este bazat, într-o anumită măsură, pe analogia cu regulile ce țin de naționalitatea persoanelor fizice. Regula tradițională atribuie dreptul la protecție diplomatică a unei entități corporative către Statul în baza legilor cărui compania a fost instituită și pe al cărui teritoriu și-a înregistrat oficiul. Ambele criterii au fost confirmate de practica Curții” [10].

Această decizie a demarcat clar principalele criterii pentru determinarea naționalității persoanelor juridice la nivel internațional.

Primul criteriu de atribuire a naționalității este cel care se bazează pe locul „încorporării”, adică statul și sistemul de drept al statului unde compania a fost înregistrată.

Sediul social („siege social”) este al doilea criteriu, care presupune că naționalitatea companiei ține de statul unde corporația își are centrul de gestionare sau cartierul general.

Al treilea criteriu este corelat de control sau interes substanțial. Conform acestuia, naționalitatea se acordă companiei în baza statului de reședință al acționarilor care dețin majoritatea acțiunilor companiei. Acest criteriu necesită utilizarea formulei „piercing the veil”, adică examinarea structurii reale a acționarilor și identificarea deținătorilor pachetelor majoritare. În acest mod, naționalitatea acestor acționari este superioară metodei „încorporării”, în cazul când nu există un conflict între acestea.

Existența unui „voal corporativ” ține de personalitatea juridică distinctă a corporației. În baza dreptului internațional privat, o companie are o entitate juridică proprie și distinctă față de acționarii acesteia. Există cel puțin două concluzii de pe urma acestei observații: acționarii au dreptul de a evita răspunderea pentru obligațiunile asumate de companie ca persoană juridică și acționarii își mențin în siguranță averea personală, fiindcă riscul de investiție se reduce exclusiv la interesul deținut în cadrul companiei respective.

Adițional la aceste criterii pentru determinarea naționalității persoanei juridice în dreptul internațional privat, doctrinarii români [11] mai pun în dezbatere criteriul voinței fondatorilor persoanei juridice. Acesta presupune o aplicare a principiului autonomiei de voință, adică fondatorii companiei determină naționalitatea persoanei juridice prin actul constitutiv și statut. Totodată, la nivel general, acest criteriu nu este acceptat în literatura juridică, deoarece, pe de o parte, natura contractuală a persoanei juridice (de exemplu, a societății) nu exprimă în întregime esența ei juridică și, pe de altă parte, acest criteriu nu asigură respectarea normelor cu caracter imperativ, instituite pentru a ocroti interesul social și cel al terților.

Mai există și criteriul locului unde se găsește centrul activității economice a persoanei juridice. Potrivit acestuia, persoana juridică are naționalitatea țării unde se găsește centrul activității sale, de exemplu, locul

unde se află zăcămintele naturale și, respectiv, minele sau uzinele. Totodată, acest criteriu a fost eliminat din practica judiciară europeană, fiindcă uneori devine foarte complicat a determina locul activității economice, mai ales când această activitate se desfășoară pe teritoriul mai multor țări [12].

În cazul combinării mai multor elemente dintre criteriile sus-menționate, se consideră că se aplică metoda criteriilor mixte. Acestea rezultă din folosirea concomitentă a mai multor criterii, de exemplu: sediul social cumulativ cu locul constituirii persoanei juridice sau sediul social luat împreună cu cetățenia asociaților ori a celor aflați la conducerea persoanei juridice [13].

Referindu-ne la protecția diplomatico-consulară, menționăm că CIJ a identificat în cazul *Barcelona Traction* cel puțin două situații unde este posibil a scoate „voalul corporativ”, acordând protecție diplomatică acționarilor. Primul caz ține de corporația care și-a încetat activitatea. Al doilea caz ține de incapacitatea întreprinderii acțiunilor în sensul reprezentării companiei.

Nouăsprezece ani mai târziu, un alt caz adus în fața CIJ a schimbat viziunea față de naționalitatea persoanei juridice. Acest caz a fost denumit *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)* care a fost adus de Statele Unite împotriva Italiei în baza Acordului bilateral de Prietenie, Comerț și Navigare (FCN) din 1948.

ELSI era o companie încorporată în baza legilor din Italia, ai cărei proprietari erau două companii americane, *Raytheon* și *Machlett*. Compania s-a confruntat cu probleme financiare grave la sfârșitul anilor 1960 și managerii acesteia au decis să închidă uzina principală a companiei situată în Sicilia. Această acțiune ar fi reprezentat eliberarea de la muncă a multor muncitori. Până la închiderea uzinei, autoritățile italiene au pus controlul asupra acesteia, asupra tuturor veniturilor și conturilor ce îi aparțineau. Finalmente, compania a declarat faliment. Procedura de falimentare a durat mai mulți ani, iar lichidările ulterioare nu au lăsat nici un surplus financiar pentru foștii proprietari originari din Statele Unite. Guvernul Statelor Unite a exercitat protecție diplomatică acționarilor ELSI, argumentând că autoritățile italiene au încălcat prevederile Acordului bilateral. În acest mod, acționarii unei companii străine erau protejați de statul lor (SUA) împotriva statului de incorporare (Italia). În baza prevederilor Acordului ce ține de investițiile străine, CIJ a decis că aceste prevederi au oferit drepturi acționarilor în cazurile survenirii unor acțiuni împotriva corporației [14].

În pofida faptului că petiționarul a pierdut cazul din lipsă de probe cu privire la anumite elemente de fapt, Curtea a decis că a existat o legătură directă între companie și statul al cărei naționalitate o dețineau acționarii acesteia. Astfel, CIJ a dat câștig de cauză SUA să exercite dreptul la protecția diplomatică – o situație frecventă în cazul investițiilor străine.

Deși, ELSI era, în mare parte, o proprietate subsidiară a companiilor americane și, prin urmare, aceste companii erau puse în pericol de acțiunile întreprinse de autoritățile italiene, problema în acest tip de cazuri a fost de a diminua rata de acțiuni care ar argumenta exercitarea protecției diplomatice pentru acționari. Această rată este, la general, asociată cu controlul companiei, adică cel puțin 50 de procente. Profesorul Orrego Vicuna a menționat că „controlul unei companii străine de acționarii acesteia cu diferite naționalități, exprimat la deținerea a 50 procente din capital, poate îndreptăți statul de naționalitate al acționarilor să considere compania ca având naționalitatea statului respectiv” [15].

Prin urmare, astăzi s-a acreditat ideea conform căreia naționalitatea acționarilor majoritari ai unei companii concrete reprezintă o metodă validă de a determina o legătură cu statul care poate exercita protecție diplomatică cu privire la drepturile corporative ale acționarilor de aceeași naționalitate.

Pe de altă parte însă, după cum a fost menționat, răspândirea largă a sistemului economiei libere și de piață după finalizarea Războiului Rece, văzută de multe state ca un pas inevitabil spre o economie mondială, a generat procesul extins de colaborare economică transfrontalieră și, în particular, a încurajat investițiile străine. Obiectivul primordial în această direcție este de a institui un cadru adecvat pentru a proteja interesele economice în pofida naționalității acestor companii. În acest context, în ultimii ani s-a observat o dezvoltare stabilă în dreptul internațional a ideii precum că este necesar a restrânge cerințele pentru exercitarea plângerilor de către acționari, care au la bază principiul protecției diplomatice. Această evoluție este consfințită deja nu doar în practica statelor, dar și în deciziile judecătorești internaționale, în particular în sentințele Centrului Internațional de Soluționare a Disputelor Investiționale (ICSID).

În orice caz, această problemă a căpătat o importanță mai pregnantă în ultima decadă datorită procesului de integrare economică mondială. Atât acordurile multilaterale, cât și aranjamentele bilaterale, de obicei, conțin prevederi ce se referă la naționalitatea persoanelor juridice. Aceste instrumente, la general, urmăresc unul sau mai multe criterii menționate mai sus.

Drept exemplu, putem examina unele prevederi din diferite tratate internaționale.

În baza Capitolului Doi al Acordului de Liber Schimb între China și SUA, semnat în 2003 [16], o *companie* „înseamnă orice instituție creată sau organizată în baza dreptului aplicabil, cu sau fără profit, privată sau de stat, care include orice corporație, trust, parteneriat, proprietate personală, companii mixte sau alte forme de asociații” și o *companie a unei Părți* „înseamnă o companie constituită sau organizată în baza legii Părții respective”. Prin urmare, criteriul folosit pentru determinarea naționalității în acest caz este locul încorporării.

Articolul B – 01 al Acordului de Liber Schimb între Chile și Canada conține prevederi de aceeași formă [17].

Alte acorduri stabilesc criterii mai dure pentru acordarea beneficiilor sus-menționate companiilor ca persoane juridice. De exemplu, Tratatul Cartei Energetice [18] este un instrument multilateral care stabilește în articolul 1 că „naționalitatea investitorului ține de o Parte Contractantă, de o companie sau altă organizație înființată în baza legii statului ca Parte Contractantă”. Însă, articolul 17 al Tratatului completează încă cu o cerință pentru a beneficia de avantajele prevăzute: „Fiecare Parte Contractantă își rezervă dreptul de a nu permite acordarea avantajelor pentru o persoană juridică dacă această companie nu are interes economic substanțial în domeniul sau teritoriul în care sau unde a fost organizată”.

Acest instrument stabilește o condiție dublă pentru companiile statelor membre. În primul rând, se aplică criteriul locului de încorporare, iar, în al doilea rând, se adaugă necesitatea existenței, cel puțin formale, a activității financiare în domeniul sau teritoriul prevăzut de Acord.

Similar, modelul „U.S. BIT Draft Model” [19], elaborat în 2004, stipulează clar în articolul 1 că o companie a unei părți înseamnă o companie constituită sau organizată în baza legii părții respective, care are o ramură (reprezentanță) pe teritoriul părții respective și care exercită activități reale de afaceri.

Unele țări completează principiul determinării naționalității în baza sediului social cu cel de încorporare.

De exemplu, articolul 1 al Acordului semnat între Hong-Kong și Franța [20] stipulează că „naționalitatea investitorului este franceză pentru orice persoană juridică constituită pe teritoriul francez, în baza legislației franceze sau care își are organele de conducere ale corporației în Franța.”

În ce privește metoda determinării naționalității persoanei juridice în baza criteriului controlului substanțial, Elveția este țara ale cărei tratate bilaterale și multilaterale reflectă cel mai bine acest moment. Astfel, de exemplu, Acordul semnat de Elveția și Albania în 1992 stipulează în articolul 1: „Definiții: *Investitor* sunt acele persoane juridice, inclusiv companiile, companiile încorporate și alte organizații, care sunt constituite sau organizate în baza legislației Părții Contractante unde aceasta își are cartierul general și interesul economic și financiar substanțial. Precum și entitățile juridice stabilite în conformitate cu legislația unei țări care sunt controlate direct sau indirect de naționali acelei Părți Contractante sau de persoane juridice care au sediul general și interesele economice substanțiale pe teritoriul acelei Părți Contractante”. Prevederi similare sunt stipulate în acordurile semnate de Elveția cu Letonia, Lituania și Vietnam.

Din exemplul de mai sus putem evidenția ideea că locul încorporării continuă să fie formula cea mai acceptată pentru calificarea și determinarea naționalității persoanelor juridice.

Drept concluzii intermediare putem menționa următoarele:

- ✓ majoritatea legislațiilor din lume nu conțin prevederi ce țin de naționalitatea corporativă a persoanelor juridice;
- ✓ la acest capitol dreptul internațional a reglementat problematica naționalității din perspectiva domeniului ce ține de protecția diplomatică;
- ✓ în dreptul internațional privat există cel puțin trei modalități de a atribui naționalitate persoanelor juridice. Acestea sunt bazate pe următoarele criterii: locul încorporării, sediul social și controlul sau interesul substanțial al companiei;
- ✓ ultimul criteriu, sus-menționat, necesită ridicarea „voalului corporativ” pentru a vedea în spatele fațadei și a identifica proprietarii reali ai companiei;
- ✓ după cum este cazul și cu persoanele fizice, naționalitatea persoanelor juridice necesită existența unei legături reale între stat și companie;
- ✓ din perspectivă evolutivă a existat tendința de a diminua din cerințele pentru determinarea naționalității persoanei juridice pentru a facilita un acces prompt și rapid la mecanismul de protecție diplomatică aplicat acționarilor corporației. Astfel, statul originar exercită drepturi din numele acționarilor care dețin controlul companiei, general reprezentat de cel puțin 50 procente din capitalul social al corporației;
- ✓ încrederea mondială în avantajele unui sistem global al unei economii libere a încurajat o dezvoltare rapidă a formulelor de protecție a investițiilor străine, lăsând la o parte criteriul protecției diplomatice.

Deciziile și avizele explicative ale ICSID au jucat un rol important în acest domeniu, atribuind drepturi importante deținătorilor pachetului minoritar al acțiunilor companiei – de a înainta petiții în judecată.

Dacă un stat afectează în mod ilegal o societate, este la latitudinea statului căruia această societate îi aparține să întreprindă măsuri diplomatice pentru ca celălalt stat să înlăture acea ilegalitate. Această procedură se numește *protecție diplomatică*. Statul căruia îi aparține societatea este acel stat cu care societatea are o legătură suficientă. Societatea trebuie să fie încadrată în mod real și legal în structura socială a statului căruia îi aparține. O legătură formală a societății și a statului respectiv nu este suficientă. Actul de întemeiere/încorporare nu creează nici măcar o prezumție pentru existența unei asemenea legături. Un stat ai cărui cetățeni controlează societatea nu este încă un stat căruia societatea îi aparține. Teoria controlului nu prezintă o bază de estimare a legăturii suficiente. Pe de altă parte, dacă deținătorii părților sociale aparțin în mod predominant unui anumit stat, aceasta în sine nu înseamnă că un alt stat nu are o legătură suficientă cu societatea (adică, asta nu înseamnă că societatea nu poate aparține altui stat).

Dacă societatea comercială în general (ca atare) este afectată de un act ilegal, iar asociații sunt afectați prin aceasta doar în mod indirect, statul căruia îi aparțin asociații nu poate în mod principial să ia măsuri de protecție a drepturilor lor. În acest caz, măsuri de protecție pot fi luate doar de statul căruia îi aparține societatea. Altă soluție ar duce la avantajarea investitorilor străini față de investitorii autohtoni.

Rezoluția ONU cu privire la drepturile și obligațiile economice ale statelor din 12.12.1974 se pronunță împotriva protecției diplomatice. Unele tratate internaționale exclud protecția diplomatică, spre exemplu, art.27 din Convenția cu privire la soluționarea disputelor axate pe investiții între state și naționali ai altor state. Aceste acte nu formează însă dreptul internațional [21].

Cea mai clară definiție a naționalității la nivel internațional a fost dată în cazul *Nottebohm*. Acesta a stabilit că naționalitatea este o legătură juridică, care are la origine faptul social de atașament, adică o legătură reală de existență, interese, de rând cu existența drepturilor și obligațiilor reciproce. Prin urmare, elementele definitorii ale naționalității sunt legătura juridică, o legătură reală (interes economic) și existența drepturilor și obligațiilor reciproce.

Datorită numărului aflat într-o creștere permanentă, Acordurile Bilaterale de Investiții au devenit cea mai fertilă sursă pentru definirea naționalității persoanelor juridice. În baza acestora au fost formulate criteriile precum încorporare, sediul social și control, iar în unele cazuri și unele combinații ale acestor criterii.

Problematika „naționalității corporative” își are o parte din origine în domeniul „protecției diplomatice”, unde există cel puțin 3 formule fixe pentru identificarea și determinarea naționalității persoanei juridice. Aceste formule-criterii sunt bazate pe locul încorporării companiei, sediul social al acesteia și controlul exercitat asupra companiei. Ultimul criteriu necesită identificarea proprietarilor reali ai companiei, inclusiv prin ridicarea „voalului corporativ.” Mai există și alte criterii, menționate în lucrare, însă care nu sunt unanim recunoscute în doctrina juridică și în practica judiciară a instanțelor naționale și a instituțiilor internaționale.

Din perspectivă evolutivă, se atestă tendința de a reduce din necesitățile respectării criteriilor fundamentale în determinarea naționalității, în favoarea creșterii intereselor economice, care de multe ori predomină asupra celor juridice. De aici și influența criteriului controlului real, deci financiar, exercitat asupra companiei.

Referințe:

1. Cu privire la această problemă, *a se vedea*, în doctrina franceză: B.Audit. Droit international privé // Economica, 2010, n° 1105; B.Ancel, Y.Lequette. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd. - Paris: Dalloz, 2006, p.408; P.Mayer, V.Heuzé. Droit international privé, 7e éd. - Montchrestien, 2001, n° 1043 și urm.
2. Convenția de la Haga din 1930 privind anumite aspecte legate de conflictele de legi în materia cetățeniei, www.hcch.org
3. Brownlie I. Principles of International Law, 2003, p.407-408.
4. Max Planck. Yearbook of United Nations Law, Volume 11. - New York, 2007, p.417-472.
5. Filipescu I. Drept Internațional Privat. - București: Editura Academiei Române, 1991, p.135-150.
6. Anghel I.M. Dreptul Consular. - București: Editura Științifică și Enciclopedică, 1978, p.225-265.
7. Preluare din : http://www.lumeam.ro/nr10_2000/diplomatie.html; Prof.Univ. Dr. Dumitru Mazilu
8. Citat din Raportul dlui Mohame Bennouna cu privire la Protecția Diplomatică în fața Comisiei pentru Dreptul Internațional, 1998, care poate fi accesat pe: www.un.org/org/law/ilc/reports.
9. Elian Gh. Curtea Internațională de Justiție. - București: Editura Științifică, 1970, p.117-118.
10. P. De Visscher. Le probleme de la protection diplomatique des perssonnes morales, Recueil de cours, Haga , vol. 102 (1961); S.Bastid. La nationalite des societes et la protection diplomatique, Travaux du Comite frnqcais de droit international prive, 1969, p.245, ICJ Reports 1970, 3 et seq. (42, p.70).

11. Filipescu I. Drept Internațional Privat. - București: Editura Academiei Române, 1991, p.145-150.
12. Jacotă M. Drept Internațional Privat. Vol.II. - Iași: Chemarea, 1997, p.39-45.
13. Ștefănescu B., Rucăreanu I. Dreptul comerțului internațional. - București: Editura Didactică și Pedagogică, 1983, p.40.
14. ICJ Reports 1989, 15 et seq.
15. Orrega Vicuna. Derecho Internacional y Sociedad Global, VVAA: «Pacis Artes», Homenaje al Prof. J.D. González Campos, I, Madrid, 2005, p.525.
16. Poate fi accesat pe www.direcon.cl
17. Ibidem.
18. Poate fi accesat pe www.encharter.org/upload
19. Poate fi accesat pe www.unctadxi.org/templates
20. Ibidem.
21. Antohi L. ș.a. Comentariul Codului civil al Republicii Moldova. Vol.II. - Chișinău: ARC, 2006, p.1289.

Prezentat la 24.04.2012