

*Др Пејтар Бундић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

ПРИСТАНАК ДРЖАВЕ НА АРБИТРАЖУ СА СТРАНИМ УЛАГАЧЕМ – МОДАЛИТЕТИ ПРИСТАНКА, ОГРАНИЧЕЊА И МЕРОДАВНО ПРАВО

Сажетак: Пристанак држава на решавање спорова са страним улагачима у инвестиционој арбитражи носи са собом низ специфичности које у највећој мери проистичу из особеног карактера државе као носиоца суверенитета. Те специфичности се односе на инструменте који садрже пристанак, али и на бројна ограничења надлежности арбитражног суда у ситуацији када се на први поглед чини да пристанак државе постоји. Рад садржи приказ начина на који држава у постојећим условима може да изрази свој пристанак на арбитражу и осврће се на најважније услове којима је тај пристанак у пракси подређен. Такође, значајна јачина је посвећена проблему одређивања релевантних правила тумачења инструмента који потенцијално садрже пристанак државе на арбитражу.

Кључне речи: инвестициона арбитража, пристанак на арбитражу, страна улагања, меродавно право, надлежности арбитражног суда.

Увод

Доминантан начин решавања спорова између инвеститора и државе домаћина данас јавља се у виду инвестиционе арбитраже. Нагло повећање броја арбитражних поступака које, по правилу, покрећу инвеститори против држава домаћина у последњих двадесетак година првенствено је резултат једнако интензивног повећања броја закључених двостраних и вишестраних споразума о заштити улагања који пружају инвеститору одређена субјективна права али и могућност да заштити своја права у процесном оквиру који обезбеђује инвестициона арбитража. Споразуми овог карактера омогућују

покретање арбитраже без интервенције државе порекла инвеститора и без обзира на то што он није претходно био у уговорном односу са државом домаћином.¹ Тренд раста арбитражних спорова је нарочито евидентан од краја деведесетих година XX века.² Први спор пред арбитражним судом Међународног центра за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (у даљем тексту: ИКСИД) на основу двостраног споразума о заштити улагања (енг. *Bilateral Investment Treaty*, у даљем тексту: БИТ) је покренут 1987. године, а од тог тренутка до новембра 2005. године је регистровано постојање најмање 219 случајева, од чега су 132 решавана под окриљем ИКСИД, а 87 од стране других арбитражних форума.³ Индикативан је и податак да је 70 процената од поменутих 219 поступака покренуто после 2001. године.⁴

Страном инвеститору и држави домаћину стоји на располагању више различитих арбитражних режима и процедуралних оквира за решавање спора. Стране у спору се могу одредити између институционалне и *ad hoc* арбитраже. Када је у питању ова врста спорова, далеко највећи значај има деловање ИКСИД. Наиме, Међународни центар за решавање инвестиционих спорова представља једини глобални институционални оквир креиран са превасходном наменом да пружи административну и техничку подршку решавању инвестиционих спорова. Много ређи у пракси су случајеви уговарања надлежности Арбитражног суда Међународне трговинске коморе у Паризу, која је познатија као форум за решавање трговинских спорова. Са друге стране, *ad hoc* арбитраже су више ослоњене на арбитражни споразум странака којим морају бити уређена питања од значаја за њихово одвијање. У правним изворима који предвиђају *ad hoc* арбитражу између државе домаћина и инвеститора често је позивање на примену Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (1976) којима су наведена питања регулисана.

Као и у случају међународне трговинске арбитраже, која се по правилу одвија између два приватноправна субјекта, инвестициона арбитража такође подразумева да су обе стране у спору дале свој пристанак на овај начин његовог решавања. Консенсуална природа арбитраже подразумева да „да би постојала пуноважна арбитража, пре тога мора постојати пунова-

¹ Види С. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, Oxford, 2007, стр. 6.

² UNCTAD, *Investor – State Dispute Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva, 2005, стр. 4.

³ *Ibidem*.

⁴ Види М. Станивуковић, ИКСИД двострани споразуми о унапређењу и заштити инвестиција Републике Србије, у књизи: Ракић Водинелић В., Кнежевић Г., (уред.): *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Београд, 2007, стр. 584.

жан арбитражни споразум.⁵ Арбитражни споразум садржи пристанак странака на арбитражу, без којег арбитража није могућа. Речима арбитражног већа у предмету Брандес против Венецуеле (*Brandes v. Venezuela*):

„Такође је неспорна чињеница да је основа арбитраже сагласност. Не може бити арбитраже, унутрашње или међународне, *ad hoc* или институционалне, пред ИКСИД или другим субјектом који организује арбитражни поступак, ако се странке нису сагласиле са арбитражом.“⁶

Специфичност инвестиционе арбитраже налази се у чињеници да је једна од страна у спору увек држава домаћин улагања. Последица те чињенице је то да држава као субјект који располаже сувереном влашћу свој пристанак може дати на специфичне начине. Она то данас најчешће чини у међународном уговору који закључује са државом порекла инвеститора, при чему се одредбе о арбитражи из таквог уговора тумаче као пристанак држава уговорнице на арбитражу са улагачем друге државе уговорнице који је дат унапред, у корист субјеката који нису учествовали у закључењу међународног уговора и чији број и идентитет државама није познат у време настанка БИТ. Особености оваквог пристанка утичу на ограничења у погледу надлежности арбитражног суда, на питање које је право меродавно за пуноважност оваквог пристанка и доводе до настанка схватања да одредбе БИТ о арбитражи између државе уговорнице и инвеститора друге државе уговорнице у ствари представљају посебну, трећу врсту арбитражних споразума, уз две врсте које се историјски посматрано сматрају традиционалним.⁷

У наставку овог рада биће речи о начинима на који држава може себе да обавезе на арбитражу са приватноправним субјектом – страним улагачем. Такође, покушаћемо да укажемо и на најважније проблеме који се у пракси јављају у вези са тумачењем и применом одредаба извора права у којима је дат пристанак државе на инвестициону арбитражу. Ти проблеми се обично везују за различита ограничења којима пристанак државе може бити квалификован, те ће њима бити посвећена посебна пажња.

Пристанак државе на арбитражу у уговору са инвеститором

Држава домаћин може пристати на арбитражу са страним инвеститором на више различитих начина. Традиционални начин представља **уношење арбитражне клаузуле у уговор о страном улагању** закључен са

⁵ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 15.

⁶ *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/08/3), 2 August 2011, пасус бр. 110.

⁷ *Ibidem*.

инвеститором. Он се не разликује у односу на уговарање надлежности арбитражног суда у трговинским споровима. У прошлости се могу пронаћи примери за поступке у чијем средишту се налазила оптужба о наводној експропријацији инвестиција од стране државе домаћина, а који су вођени на основу арбитражних клаузула из уговора о концесији. Добру илустрацију представљају случајеви проистекли из експропријације нафтних концесија америчких и британских улагача од стране Либије, током седамдесетих година XX века,⁸ али и неки старији предмети решавани пред арбитражним судовима под окриљем ИКСИД.⁹ Подразумева се да арбитражни споразум између државе домаћина и страног улагача може бити закључен и у облику компромиса, након што је спор већ настао.

Овакав начин пристајанка државе на арбитражу условљен је постојањем уговора закљученог са страним инвеститором. Међутим, повреди права улагача не мора да претходи уговорни однос између државе и инвеститора, већ она може да резултира из штетне активности државе по пословни подухват страног инвеститора у којем његов партнер није нужно држава домаћин. С тим у вези, ако је пристајанак државе на арбитражу дат у уговору са инвеститором, надлежност арбитражног суда може бити спорна посматрано са два аспекта. Прво, надлежност *ratione materiae* може бити доведена у питање. Ово због тога што је надлежност арбитражног суда омеђена арбитражним споразумом, а он се односи на спорове поводом уговора. То значи да се у арбитражном поступку може поставити питање одговорности државе само ако се тужбени захтев односи на повреду субјективних права из конкретног уговора. Тако је арбитражни суд у предмету Билун против Гане (*Bilounev. Ghana*) закључио да не може да одлучује о повреди људских права инвеститора услед његовог арбитражног хапшења и протеривања из Гане, јер се арбитражна клаузула из уговора односила само на спорове „у односу на улагање.“¹⁰ Друго, држава се може појавити као тужена страна у предмету који се тиче повреде права инвеститора на основу арбитражне клаузуле из уговора само ако субјект који је закључио уговор са страним инвеститором заиста представља државу. Реч је о надлежности *ratione personae* која је спорна у случају када је уговор закључен са државном агенцијом, предузећем или другим субјектом који има посебан правни субјективитет у односу на држа-

⁸Види случајеве *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, 17 I. L. M. 1 (1978) и *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of Libyan Arab Republic*, 20 ILM 1 (1981).

⁹Види, на пример, предмете *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Award, March 31, 1986. и *Benvenuti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2), Award, August 8, 1980.

¹⁰*Bilounev. Ghana Investment Centre* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Liability of 27 October 1989, 95 I. L. R. 183, стр. 228.

ву. Доминантно гледиште у пракси је да држава не може бити тужена пред арбитражним судом ако није закључила уговор који садржи арбитражну клаузулу. За разлику од самих арбитражних судова који су у прошлости показивали извесну дозу флексибилности и били спремни да државу домаћина прихвате као уговорну страну онда када је уговор закључила агенција или привредно друштво под контролом државе, судови у различитим државама су поништавали овакве арбитражне одлуке, инсистирајући на недвосмисленом пристанку државе на арбитражу.¹¹

Пристанак државе на арбитражу у националном пропису

Други начин на који држава домаћин изражава пристанак на арбитражу са страним инвеститором је **одредба присутна у националном пропису** ове државе (најчешће у закону о страним улагањима) која даје инвеститору право да непосредно покрене арбитражни спор. Основна карактеристика оваквог пристанка државе је у томе што је он дат унапред, за неодређени број случајева, за разлику од пристанка на основу арбитражне клаузуле из уговора који се односи само на спорове из конкретног уговора. Штавише, пристанак изражен на такав начин има шире дејство и у односу на пристанак који држава даје закључењем међународног уговора о заштити инвестиција. Арбитражу на основу одредбе из националног прописа, наиме, може покренути сваки страни инвеститор, без обзира на то из које државе потиче, док се клаузуле о решавању спорова из БИТ и других међународних уговора односе само на држављане и правна лица друге државе уговорнице.

Дејство оваквих одредаба на надлежност арбитражног суда зависи од формулација употребљених у самом пропису, те оне захтевају тумачење у сваком конкретном случају. На пример, у спору СПП против Египта који је настао због тврдње инвеститора из Хонг Конга да су власти Египта извршиле експропријацију његових права из уговора о заједничком улагању са овом државом, тако што су једнострано отказале реализацију пројекта изградње туристичког комплекса, надлежност арбитражног суда ИКСИД била је заснована на члану 8. египатског Закона бр. 43. из 1974. године. Наведена одредба је предвиђала да се спорови у погледу примене Закона решавају на начин споразумно утврђен са инвеститором, у оквирима утврђеним споразумом на снази са државом порекла инвеститора или у оквирима утврђеним Вашингтонском конвенцијом.¹² Арбитражни суд није при-

¹¹N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, стр. 267.

¹² Наведено према: L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, The Hague, London, New York, 2004, стр. 37.

хватио тврдњу тужене државе да наведена одредба не представља приста-
нак на арбитражу, већ јој је циљ само да информише потенцијалног инве-
ститора о могућности, између осталог, да уговори надлежност арбитра-
жног суда ИКСИД у преговорима са египатским властима.¹³ Управо су-
протно, ова одредба је успоставила хијерархију метода решавања потенци-
јалних спорова, па будући да инвеститор и тужена држава нису постигли
посебан споразум о начину решавања спора, а не постоји ни међународни
уговор на снази између државе порекла тужиоца и Египта, инвеститор је
слободан покрене поступак пред арбитражним судом ИКСИД. Према ту-
мачењу арбитражног већа, наведена законска одредба представљала је пи-
смени пристанак Египта на надлежност ИКСИД.¹⁴

Изражавање пристанка државе на арбитражу у националном пропису
је јасније у другим случајевима. У предмету Градекс против Албаније, ко-
ји сетакође решавао под окриљем ИКСИД, формулација коју је арбитра-
жни суд протумачио као пристанак Албаније на арбитражу била је недво-
смислена. Према ставу 2. члана 8. Закона бр. 7764 из 1993. године, у случа-
ју спора између страног инвеститора и Албаније, инвеститор је имао мо-
гућност да изнесе спор на решавање пред надлежни суд или администра-
тивни трибунал Албаније. Међутим, ако је било речи о спору поводом експро-
пријације, накнаде за експропријацију или дискриминације, инвести-
тор је био додатно овлашћен да спор изнесе на решавање Међународном
центру за решавање инвестиционих спорова. У овој одредби је и изричито
било наведено да „Република Албанија овим пристаје на изношење спора“
пред ИКСИД.¹⁵ Међутим, с обзиром на то да је надлежност овом одредбом
била ограничена на спорове о експропријацији, арбитражни суд је прихва-
тио надлежност, али под резервом да у поступку по меритуму тужилац
успе у доказивању да су акти и пропуштања тужене државе представљали
експропријацију његовог улагања.¹⁶ Тужилац ипак није у томе успео, у
другом делу поступка.¹⁷

Закони појединих држава, са друге стране, јасни су у томе да не садр-
же пристанак државе домаћина на арбитражу. Реч је о формулацијама у
којима се пристанак државе помиње само као начелна могућност, под

¹³C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge, 2009, стр. 198.

¹⁴*Ibidem*, стр. 201.

¹⁵ Види *Tradex Hellas S. A. (Greece) v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/94/2), Decision on Jurisdiction, December 24, 1996, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 14/1999, стр. 174.

¹⁶*Ibidem*, стр. 195.

¹⁷ Види *Tradex Hellas S. A. (Greece) v. Republic of Albania*, Award, April 29, 1999, пасуси бр. 204, 205.

условом да о надлежности арбитражног суда накнадно буде постигнут посебан споразум са страним инвеститором.¹⁸

Будући да је за успостављање надлежности арбитражног суда неопходна сагласност обе стране у спору, пристанак државе дат у националном пропису представља само понуду за закључење арбитражног споразума који настаје тек у тренутку када је ова понуда прихваћена од стране инвеститора. Инвеститор може прихватити понуду тако што ће формално о томе обавестити државу домаћина, а ако то не учини пре тога, сматра се да је прихват понуде изражен кроз покретање арбитражног поступка. У институционалном оквиру ИКСИД, овај тренутак наступа када тужилац упути захтев Центру.¹⁹

Пристанак државе на арбитражу у споразуму о заштити инвестиција

Пристанак државе на арбитражу са страним инвеститором данас се најчешће јавља у двостраним или вишестраним споразумима о заштити инвестиција. Ови споразуми готово увек садрже одредбе о решавању спорова између улагача једне државе уговорнице и друге државе као домаћина. Садржина тих одредаба обухвата велики број варијација. БИТ најчешће предвиђају могућност обраћања ИКСИД, а ова констатација се односи како на БИТ уопште,²⁰ тако и на оне на снази у Републици Србији.²¹ У појединим БИТ коришћење оквира установљеног Вашингтонском конвенцијом је предвиђено и као једино решење.²² Већина споразума ипак узима у обзир чињеницу да надлежност ИКСИД може постојати само ако су и држава порекла инвеститора и држава домаћин ратификовале конвенцију о његовом оснивању. Због тога неки од њих предвиђају и покретање арбитражног поступка на основу Допунских правила ИКСИД (енг. *Additional Facility Rules*) која дозвољавају овакву могућност и када једна од две државе није уговорница Вашингтонске конвенције.²³ Исто тако, у овим одредбама се често налази упућивање на *ad hoc* арбитражу према Арбитра-

¹⁸ Види о томе код: C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 200. Такође, C. F. Dugan, D. Wallace, Jr., N. Rubins, B. Sabahi, *Consent to Arbitral Jurisdiction*, у књизи: *Investor-State Arbitration*, Oxford, 2008, стр. 234.

¹⁹ L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *op. cit.*, стр. 38.

²⁰ R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Hague, 1995, стр. 129.

²¹ Види М. Станивуковић, Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања, у књизи: *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, стр. 521.

²² Види, на пример, члан 8. БИТ између Велике Британије и Белорусије (1994); такође, члан 8. Модел БИТ Француске (2006).

²³ Види, на пример, члан 24. Модел БИТ САД (2004) и члан 1120. НАФТА.

жним правилима УНЦИТРАЛ, али и на ону која се одвија под окриљем Међународне трговинске коморе или Арбитражног суда Трговинске коморе у Стокхолму.²⁴

За модерне споразуме о заштити инвестиција карактеристично је то да се потенцијалном тужиоцу даје право избора између више форума којима се може обратити у случају спора. Обично тужилац може да се определи између подношења тужбе националном суду државе домаћина и једном или више арбитражних судова. Такве одредбе се у литератури понекад називају „кафетерија клаузулама“²⁵ што би требало да сугерише постојање велике слободе избора за инвеститора. Једна таква клаузула присутна је у члану 9. БИТ између Србије и Кипра.²⁶

„1. Спорови између једне од Страна уговорнице и улагача друге Стране уговорнице у вези са улагањем у смислу овог споразума, биће поднети писмено, са свим детаљним информацијама, од стране улагача потоње Стране уговорнице. Кад год је то могуће, стране ће настојати да реше ове спорове пријатељски.

2. Ако се ови спорови не могу решити преговорима у року од шест месеци од дана писменог обавештења из става 1. овог члана, могу бити поднети, по избору улагача:

- надлежном суду Стране уговорнице на чијој се територији врши улагање;

- *ad hoc* арбитражном суду у складу са Арбитражним правилима Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ);

- Арбитражном суду Међународне привредне коморе у Паризу; или

- Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД) основаног [sic] у складу са Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, од 18. марта 1965.“

Слично као када држава домаћин даје понуду за закључење арбитражног споразума у унутрашњем пропису, да ли БИТ или вишестрани споразум садрже пристанак државе на арбитражу зависи од формулација употребљених у овим изворима у сваком конкретном случају. Када су у питању клаузуле из БИТ, у правној литератури се, у различитом контексту, помињу укупно четири категорије ових споразума, имајући у виду њихов однос према пристанку државе уговорнице на арбитражу.²⁷ Прво категорију

²⁴С. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 52.

²⁵*Ibidem*, стр. 47.

²⁶Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 14/2005.

²⁷Види R. Dolzer, M. Stevens, *op. cit.*, стр. 131-136; C. Schreuer, Consent to Arbitration, у књизи: P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (ed.), *The Oxford Handbook of International Invest-*

чине споразуми који јасно и недвосмислено дају сагласност државе за решавање спора пред арбитражним судом. Тако је у претходно цитираном БИТ између Кипра и Србије, у ставу 3. члана 9. предвиђено:

„У случају да инвеститор одлучи да покрене спор пред међународном арбитражом, свака Страна уговорница унапред се саглашава да се такав спор може покренути пред међународном арбитражом.“

У појединим БИТ државе уговорнице изражавају начелну спремност да спорове са инвеститором друге државе уговорнице решавају пред арбитражним судом, али под условом да стране у спору накнадно постигну сагласност о томе.²⁸

Корак даље иду споразуми који предвиђају обавезу државе домаћина да пристане на надлежност арбитражног суда ако арбитражу захтева инвеститор друге државе уговорнице.²⁹ Међутим, ако држава одбије да пружи овакву сагласност, њено понашање представља повреду БИТ, али надлежност арбитражног суда не може бити заснована.³⁰ Улагачу у таквим случајевима преостаје покушај да оствари заштиту својих права на други доступан начин, укључујући ту и ангажовање државе порекла.³¹

Коначно, ако је у БИТ предвиђена само обавеза државе домаћина да „благонаклоно размотри“ захтев држављанина друге државе уговорнице за решавање спора пред арбитражним судом, не може се сматрати да је пристанак дат без накнадно изражене сагласности.³²

Ограничења у погледу пристајка државе на арбитражу

Како надлежност арбитражног суда за решавање спора између инвеститора и државе домаћина зависи од пристајка странака на арбитражу, чињеница да је пристанак државе дат уз извесне резерве и ограничења може утицати на постојање надлежности.

Пристанак државе на арбитражу често је подвргнут ограничењима у погледу обима пристајка – држава пристаје на арбитражу само у споровима у

ment Law, Oxford, 2008, стр. 834, 835; М. Станивуковић, ИКСИД и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије, стр. 587-591; П. Цветковић, *Међународно право сираних инвестиција*, Београд, 2007, стр. 70, 71; UNCTAD, *Investor – State Dispute Arising from Investment Treaties: A Review*, стр. 42-44.

²⁸ Неки старији БИТ које је закључила бивша Југославија садрже поменуто решење. Види М. Станивуковић, ИКСИД и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије, стр. 588.

²⁹ Види R. Dolzer, M. Stevens, *op. cit.*, стр. 133, 134.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Види П. Цветковић, *Међународно право сираних инвестиција*, стр. 71.

³² Овакву одредбу је садржао члан VI БИТ између Холандије и Југославије (1976). Види C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 209.

одређеној материји. Пример за овакво ограничење у националном пропису је раније поменути став 2. Члана 8. Закона о страним улагањима Албаније (1993). Када су у питању арбитражне на основу БИТ, обим пристанка државе варира од споразума до споразума. У многим БИТ држава домаћин прихвата надлежност арбитражног суда за решавање свих спорова који се тичу инвестиција или било ког спора који се односи на инвестиције. Такве одредбе отварају могућност за тврдњу да се надлежност арбитраже не односи само на повреду одредаба БИТ, већ и на остале спорове поводом инвестиција, чак и из уговора о улагању између државе домаћина и страног инвеститора.³³ Држава уговорница некада ограничава свој пристанак на спорове поводом обавеза које проистичу из БИТ и тичу се инвестиција у складу са БИТ.³⁴

Постоје и такви споразуми у којима држава домаћин прихвата надлежност арбитражног суда само за поједине, прецизно наведене спорове. На пример, такав је БИТ био у средишту спора у предмету Теленор против Мађарске (*Telenor v. Hungary*), када је норвешки инвеститор поднео тужбу против Мађарске због наводне индиректне експропријације улагања. Члан IX БИТ између ове две државе предвиђао је надлежност арбитражног суда само за спорове поводом експропријације улагања, штете нанете инвеститору у ванредним ситуацијама и повреде одредбе о трансферу добити. Када је о експропријацији реч, у таквим случајевима тужилац мора доказати основаност сумње да је извршена експропријација. У супротном, арбитражни суд се мора огласити ненадлежним без испитивања меритума спора, што је управо и била судбина тужбеног захтева у поменутом предмету.³⁵

Одредбе БИТ врло често установљавају тзв. период хлађења (енг. *cooling off period*). Реч је о временском периоду који мора да протекне између настанка спора и формалног покретања арбитражног поступка, а који би стране у спору требало да искористе за постизање споразумног решења.³⁶ Време предвиђено за преговоре се разликује од споразума до споразума, али уобичајено решење подразумева период од три или шест, а у ређим случајевима и дванаест месеци.³⁷

Још једно важно ограничење пристанка када је реч о државама домаћинима улагања јавља се као последица раније поменуте карактеристике

³³C. Schreuer, *Consent to Arbitration*, стр. 837, 838.

³⁴Види став 1. члана 9. Модел БИТ Србије (2007).

³⁵*Telenor Mobile Communications A. S. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), Award, September 13, 2006, пасус бр. 102.

³⁶Више о овом питању види код П. Ђундић, Одредбе о одложном року за покретање арбитраже у међународним уговорима о заштити улагања и њихов утицај на надлежност арбитражних судова, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, стр. 355-374.

³⁷Види N. Rubins, N. S. Kinsella, *op. cit.*, стр. 277.

савремених споразума о заштити улагања који улагачима дају право да изаберу између подношења тужбе пред националним судом државе домаћина или једним од понуђених арбитражних судова. Ако би се тужилац одлучио да се обрати националном суду за заштиту својих права, већина БИТ предвиђа преклузију у погледу обраћања арбитражном суду. Сматра се, наиме, да је избором форума за решавање спора улагач активирао тзв. клаузулу рачвања путева (енг. *Fork in the Road clause*).³⁸

Право меродавно за тумачење пристанка државе на арбитражу

Сагласност коју су инвеститор и држава домаћин постигли у погледу решавања спора пред арбитражним судом представља специфичан облик арбитражног споразума. Као и код било ког другог споразума, и овде је могуће поставити питање о правним правилима која се примењују на његово тумачење. Пошто се у арбитражним споровима данас као тужена страна готово увек јавља држава, која најчешће оспорава чињеницу да се сагласила са изношењем спора на арбитражу, проблем утврђивања права меродавног за арбитражни споразум се заправо своди на то по ком праву се тумачи изјава државе којом је она наводна дала свој пристанак. Правило да се меродавно право за арбитражни споразум одређује на основу аутономије воље уговорних страна, а у одсуству исказане воље, као право државе у којој је донета или треба да буде донета арбитражна одлука, распрострањено код уговорања трговинске арбитраже,³⁹ овде најчешће не може дати одговарајуће резултате.

Ни арбитражна пракса ни правна доктрина нису до сада дошле до недвосмисленог одговора на питање по којим правилима је потребно тумачити пристанак државе на арбитражу. Једино је неспорно да начело самосталности арбитражног споразума важи и у овој материји, без обзира на то да ли је споразум присутан у облику једне клаузуле из уговора који су закључили инвеститор и држава⁴⁰ или је настао на основу унапред датог пристанка државе у БИТ.⁴¹ Једно од решења које се помиње у правној док-

³⁸Види о овом питању код П. Ђундић, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Нови Сад, 2010, стр. 299-302.

³⁹Види Др Маја Станивуковић, мр Петар Ђундић, *Међународно приватно право – посебни део*, Нови Сад, 2008, стр. 78, 79.

⁴⁰*Biloune v. Ghana Investment Centre*, пасус бр. 21. Гана је оспоравала надлежност арбитражног суда тврдећи, између осталог, да је уговор који је закључила са улагачем и у којем је присутна арбитражна клаузула ништав. Арбитражни суд је закључио да о том приговору не мора да одлучује јер „...и ако би Уговор био проглашен неважећим, арбитражна клаузула би свакако била самостална и обезбеђивала би довољну основу за надлежност арбитражног суда.“

⁴¹Арбитражни судови у оквиру ИКСИД често наглашавају да се меродавно право за питања њихове надлежности не одређује преко члана 42. Конвенције (право меродавно за

трини је да примена правила о тумачењу пристанка државе зависе од природе акта у којем је тај пристанак изражен. Тако професор Шројер истиче да је на први поглед логично да се на тумачење пристанка државе који је дат у међународном уговору примењују правила тумачења намењена тим уговорима.⁴² Међутим, сам аутор истиче резерву према овом схватању, истичући да споразум о решавању спора пред арбитражним судом, настао након што улагач прихвати понуду државе из БИТ, не представља међународни уговор.⁴³ Правило о којем је реч арбитражни судови често прихватају на прећутан начин, будући да се не изјашњавају о проблему одређивања меродавног права већ једноставно тумаче одредбе БИТ у којима је дат пристанак државе на арбитражу у складу са правилима о тумачењу међународних уговора из члана 31. Бечке конвенције о праву уговора (1969). У појединим случајевима арбитражни судови ово правило помињу изричито. На пример, у предмету Мобил против Венецуеле (*Mobil v. Venezuela*), арбитражно веће је направило преглед одлука арбитражних судова ИКСИД у вези са питањем која се правила примењују на тумачење пристанка државе.⁴⁴ Његов закључак је био да арбитражни судови оклевају да заузму јасно становиште о правилима за тумачење пристанка државе који је дат у националном законодавству због тога што у тим случајевима „...пристанак државе на арбитражу није дат у међународном уговору који се тумачи на основу Бечке конвенције о праву уговора од 23. маја 1969. године...“⁴⁵

Ако арбитражни суд црпи своју надлежност из арбитражне клаузуле у уговору који је закључен између улагача и државе домаћина улагања, логично је очекивати да се меродавно право за тумачење клаузуле одређује на начин који је уобичајен за друге приватноправне уговоре. Ова претпоставка није, међутим, потврђена у пракси. Пристанак на арбитражу у инвестиционом уговору био је чешћи у прошлости, пре експанзије двостраних споразума о заштити улагања, него што је то случај данас. У новије време, поред арбитражних одлука у којима се арбитражни суд не изјашњава о

меритум спора), већ се на њих примењују правила међународног права. Види С. Schreuer, Consent, стр. 865. Такође, А. А. Mezgravis, The Standard of Interpretation Applicable to Consent and its Revocation in Investment Arbitration, *Transnational Dispute Management*, vol. 8, бр. 2/2011, стр. 7.

⁴² С. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 249.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, пасус бр. 78-82.

⁴⁵ *Ibidem*, пасус бр. 83. Такође, види *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, пасус бр. 20. Арбитражни суд је у образложењу изнео начелно становиште да се о јурисдикционим питањима приликом тумачења Вашингтонске конвенције и БИТ мора изјашњавати на основу правила Бечке конвенције о праву уговора.

праву меродавном за тумачење арбитражне клаузуле из уговора са инвеститором,⁴⁶ јављају се и оне које указују на то да је и овде потребно применити правила међународног права.⁴⁷

Посебно је интересантна категорија случајева у којима је пристанак државе на арбитражу дат у облику понуде упућене потенцијалним инвеститорима (тужиоцима) у националном пропису, најчешће закону о страним улагањима. Имајући у виду чињеницу да је реч о националном извору права логично би било очекивати примену права државе домаћина на питања у вези са тумачењем одредбе у којој је садржан пристанак. Међутим, и у оваквим случајевима је арбитражна пракса супротна очекивањима. Оне арбитражне одлуке у којима се изричито говори о поменутом проблему једним делом усвајају приступ који се може назвати мешовитим, будући да се заснива на комбиновај примени националног и међународног права. Тако је у предмету *Зинвали против Грузије (Zhinvali v. Georgia)* арбитражни суд нашао да на тумачење пристанка Грузије на арбитражу пред арбитражним судом ИКСИД који је дат у Закону о страним улагањима из 1996.године мора да примени правила тумачења која су присутна у праву ове државе, али само уколико она нису супротна правилима међународног права.⁴⁸ У арбитражној пракси издвајају се случајеви у којима се понуда државе инвеститору за решавање евентуалног спора у арбитражи дата у националном закону види као једностранни акт државе, у смислу правила међународног јавног права. Природно, такво гледиште има своје последице и када је у питању одређивање меродавног права за тумачење пристанка. Трагови оваквог начина раз-

⁴⁶Види предмет *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Decision on Jurisdiction, September 21, 2001. Арбитражни суд је закључио да је тужена држава дала пристанак на надлежност арбитражног суда ИКСИД у уговору о концесији са улагачем. Закључак је резултат анализе текста члана 64.уговора о концесији, при чему се арбитражни суд није изјаснио у погледу права меродавног за тумачење пристанка. Види пасусе бр. 83-88.

⁴⁷Види случај *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. The Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, May 24, 1999. Арбитражни суд је засновао надлежност на основу члана 7. уговора између чешког тужиоца и Министарства финансија Словачке. Поменута клаузула је у случају спора упућивала на примену права Чешке и одредаба БИТ између две земље који никада није ступио на снагу, а арбитражни суд је помињање БИТ протумачио као инкорпорацију његовог текста, укључујући и одредбу о решавању спора пред ИКСИД, у сам уговор. Види пасусе бр. 49-59. Пре него што се упустило у анализу тумачења пристанка, арбитражно веће је закључило да се питање да ли су странке дале пристанак на надлежност ИКСИД мора тумачити у складу са међународним правом, како је оно садржано у Вашингтонској конвенцији, а не у складу са правилима националног права. Види пасус бр. 35.

⁴⁸*Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), January 24, 2003, пасуси бр.339, 340. Наведено према С. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 250.

мишљања могу се видети у образложењу одлуке арбитражног већа у претходно цитираном случају СПП против Египта. У том предмету веће је одбило да прихвати тврдњу Египта да се на тумачење клаузуле из члана 8. Закона из 1974. примењује право ове државе, посебно правила Законика о грађанском поступку,⁴⁹ али и тврдњу тужиоца да је потребно применити правила о тумачењу међународних уговора.⁵⁰ Уместо тога, према гледишту арбитражног суда, питање да ли је Египат дао свој пристанак на арбитражу доношењем поменутог закона је у суштини питање да ли је једностранни акт државе (закон који је усвојен у Египту) створио међународну обавезу у смислу Вашингтонске конвенције као вишестраног међународног уговора.⁵¹ Арбитражни суд је, приликом тражења одговора на поменуто питање, одлучио да примени општа начела законског тумачења, узимајући у обзир релевантна правила тумачења међународних уговора и начела међународног права која се односе на унилатералне изјаве држава.⁵²

До идентичног закључка у погледу природе пристанка државе на арбитражу датог у националном законодавству дошао је арбитражни суд у спору Мобил против Венецуеле (*Mobil v. Venezuela*)⁵³ с тим што је то имало другачије реперкусије на питање правила меродавних за тумачење пристанка. У овом случају арбитражно веће се суочило са приговором тужене државе да одредба члана 22. Закона о заштити и подстицању улагања од 1999. године, ако се тумачи у складу са правом Венецуеле и праксом Врховног суда ове земље, не представља пристанак ове државе на надлежност арбитражног суда ИКСИД.⁵⁴ Арбитражни суд је прво констатовао, позивајући се на праксу Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде, да суверена држава не може да тумачи своју једнострану изјаву према свом нахођењу, те да је тумачење релевантне одредбе Закона од стране власти и судова Венецуеле ирелевантно.⁵⁵ Након тога, осврнуо се на питање да ли поменута одредба треба да се тумачи у складу са правилима тумачења присутним у праву Венецуеле или у међународном праву. Веће је у том смислу анализирано праксу арбитражних судова ИКСИД који су се изричито изјаснили о питању права меродавног за тумачење пристанка државе на арбитражу.⁵⁶ На основу тога, закључило је да је прак-

⁴⁹Пасус бр. 57

⁵⁰Пасус бр. 59.

⁵¹Пасус бр. 61.

⁵²*Ibidem*.

⁵³*Mobil Corporation et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, June 10, 2010.

⁵⁴*Ibidem*, пасус бр. 71.

⁵⁵*Ibidem*, пасус бр. 75.

⁵⁶*Ibidem*, пасуси бр. 78-82.

са некохерентна и да је разлог за то чињеница што пристанак државе, у тим случајевима, није био дат у међународном уговору већ је у питању једностранни акт суверене државе. Арбитражни суд је затим повукао аналогiju између пристанка државе на арбитражу са страним инвеститором у националном законодавству са једностраном изјавом о прихватању обавезујуће надлежности Међународног суда правде, у складу са ставом 2. члана 36. Статута овог суда.⁵⁷ На тај начин је коначно дошао да закључка да је релевантну одредбу Закона потребно тумачити у складу са Вашингтонском конвенцијом и правилима међународног права о једностраним изјавама држава.⁵⁸

Проблем тумачења члана 22. Закона о заштити и подстицању улагања Венецуеле се јавио и у предмету Тајдвотер против Венецуеле (*Tidewater v. Venezuela*).⁵⁹ Арбитражно веће је констатовало да је тумачење одредбе већ дао арбитражни суд у спору Мобил против Венецуеле, али да је његова намера да изврши независну анализу у односу на закључке суда у том предмету.⁶⁰ Полазна основа ове анализе била је одређивање правила тумачења која се примењују на законску одредбу у питању. Уместо да се одлучи искључиво за примену правила националног или међународног права, веће је констатовало да Закон представља акт унутрашњег права погодан да произведе дејство на међународном плану, те да због тога обе поменуте врсте правила имају своју улогу у поступку тумачења.⁶¹ У погледу карактера акта којим је Венецуела изразила свој пристанак на арбитражу, арбитражни суд је дошао до истог закључка као у случају Мобил против Венецуеле. Пристанак државе изражен у националном закону представља врсту једностране изјаве државе.⁶² Међутим, у питању је специфична врста једностране изјаве која је дата у контексту међународне конвенције и односи се на успостављање надлежности међународног арбитражног суда. Због тога се, према закључку арбитражног већа, на тумачење овакве изјаве не могу применити правила уговорног права нити начела Комисије за међународно право која се односе на једностране изјаве држава, већ правила тумачења која су погодна за тумачење оваквих *suigeneris* аката и која примењује Међународни суд правде у погледу тумачења једностранних изјава држава о прихватању обавезујуће надлежности суда.⁶³ Мада је раније кон-

⁵⁷ *Ibidem*, пасус бр. 84.

⁵⁸ *Ibidem*, пасус бр. 85.

⁵⁹ *Tidewater Inc. et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), Decision on Jurisdiction, 8 February 2013.

⁶⁰ *Ibidem*, пасус бр. 78.

⁶¹ *Ibidem*, пасус бр. 81.

⁶² *Ibidem*, пасус бр. 88.

⁶³ *Ibidem*, пасуси бр. 89-100.

статовао да национално право државе има своју улогу у тумачењу акта који наводно садржи пристанак државе на арбитражу, арбитражни суд је ту улогу свео на следећи исказ: „Национално право је релевантно за утврђивање постојања и пуноважности инструмента у питању и може да помогне да се утврди намера државе. Међутим, питање да ли изјава представља пристанак у смислу члана 25(1) Вашингтонске конвенције јесте, у сврху утврђивања надлежности овог суда на основу члана 41. Конвенције, питање међународног права.“⁶⁴

На основу досадашње арбитражне праксе лако је извести закључак да је заједничка карактеристика сваке анализе која се односи на правила тумачења пристанка државе доминантна улога правила међународног права. Чак и када је изјава воље којом држава прихвата надлежност арбитражног суда дата у уговору са инвеститором или у националном пропису, овај суд проналази начин да на тумачење те изјаве примени правила наднационалног карактера. Најважнија последица таквог гледишта, са којом државе могу рачунати у будућности, јесте да ограничења пристанка присутна у националним законима или инвестиционим уговорима могу да буду отклована на основу доктрине о суперматији међународног у односу на национално право.

Закључак

Пристанак држава на решавање спорова са страним улагачима у инвестиционој арбитражи носи са собом низ специфичности које у највећој мери проистичу из особеног карактера државе као носиоца суверенитета. Те специфичности се односе на инструменте који садрже пристанак, али и на бројна ограничења надлежности арбитражног суда у ситуацији када се на први поглед чини да пристанак државе постоји. У погледу одређивања методичких правила за тумачење изјаве пристанка, досадашња арбитражна пракса је сиромашна, али показује јасан тренд да се изјава воље државе тумачи у складу са правилима међународног права, без обзира на извор у којем је садржана.

⁶⁴*Ibidem*, пасус бр. 102.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Consent of the State to Arbitration with Foreign Investor – Modes of Consent, Restrictions and Applicable Law

***Abstract:** Consent of states to resolve disputes with foreign investors through investment arbitration is connected with certain distinctive characteristics, most of which result out of the peculiar character of the state as a sovereign entity. Those characteristics concern instruments containing consent as well as various restrictions brought upon the jurisdiction of the arbitral tribunal in cases in which it might seem obvious that consent exists. The paper represents an overview of the methods for expressing consent by the states and conditions to which it is subjected. Furthermore, a significant attention is devoted to the problem of designating the rules applicable to the interpretation of instruments potentially containing consent of the state.*

***Key words:** investment arbitration, consent to arbitration, foreign investments, applicable law, jurisdiction of the arbitral tribunal.*