

Пејтар М. Ђундић

Универзитет у Новом Саду

Правни факултет у Новом Саду

P.Djundic@pf.uns.ac.rs

КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ И ПРАВО ПРАВНОГ ЛИЦА ДА СЕ ЈАВИ КАО ТУЖИЛАЦ У АРБИТРАЖИ ПОД ОКРИЉЕМ ИКСИД*

Сажетак: Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (у даљем текstu: Центар или ИКСИД) основан је са циљем решавања спорова између страних улакача и држава пријема улакања. Због тога је за надлежност *ratione personae* арбитражног суда Центра од кључне важности утврдити ко се сматра страним улакачем, односно која лица имају активну легитимацију за покрећње арбитраже на основу одредаба Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем текstu: Конвенција). Када се као тужилац јавља правно лице, једно од питања које у арбитражној пракси изазива дебата односи се на значај контроле над правним лицем – у којој мери на надлежност арбитражног суда утиче чињеница да се тужилац налази под директним или индиректним контролом држављана тужене државе. У раду се поменути проблем разматра имајући у виду две групе случајева које Конвенција одвојено регулише. Прва се тиче ситуације када улогу тужиоца има правно лице које номинално припада другој држави учесници Конвенције. Друга категорија случајева обухвата тужбе које подnose правна лица тужене државе под страном контролом.

Кључне речи: ИКСИД, надлежност *ratione personae*, правна лица, критеријум контроле.

* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови” чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

1. УВОД

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енгл. *The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: Центар или ИКСИД) основан је Вашингтонском конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: Конвенција),² са циљем да се омогући „деполитизација” решавања спорова насталих поводом улагања између страних улагача, физичких и правних лица, с једне стране, и државе пријема улагања, са друге.³ Конвенција је донета са идејом да елиминише потребу пружања дипломатске заштите улагачима који претрпе штету, како остваривање њихових права не би зависило од самовоље матичне државе и политичких обзира који неизоставно утичу на одлуку о томе да ли ће држава покренути механизам дипломатске заштите.⁴ Такође, оснивање Центра је требало да странама у инвестиционим споровима обезбеди приступ неутралном форуму. У одсуству овакве могућности, правила међународног приватног права указују на надлежност судова државе пријема за решавање оваквих спорова, што је опција која, из различитих разлога,⁵ није нарочито привлачна за страног улагача као тужиоца.

Центар данас пружа услуге администрирања арбитражних поступака који су најчешће покренути на основу одредаба двостраних или вишестраних међународних споразума о заштити улагања. Будући да Конвенција не садржи супстанцијалне одредбе о правима инвеститора, већ само установљава процедурални оквир за заштиту тих права, поменути споразуми чине материјалноправну основу поступања арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а. Када су у питању арбитраже на основу међународних споразума о заштити улагања, у последњих тридесет година до данас, ИКСИД је постао „водећа арбитражна институција за решавање међународних инвестиционих спорова у свету.”⁶ Према подацима којима располаже Конференције Уједињених нација за трговину и развој, од укупног броја познатих инвестицио-

² Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 2/2006.

³ Вид. I. F.I. Shihata (Шихата), *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/1986, 1-25, 4.

⁴ Вид. члан 27 Конвенције. Такође, C. Schreuer (Шројер), L. Malintoppi (Малинтопи), A. Reinisch (Рајниш), A. Sinclair (Синклер), *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Oxford, 2009, 415.

⁵ Вероватно најважнији од тих разлога је перцепција о недостатку непристрасности националних судова када би требало да поступају у споровима у којима је тужена страна њихова држава. Вид. C. Schreuer, R. Dolzer (Долцер), *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford, 2012, 235.

⁶ A. R. Parra (Пара), *The History of ICSID*, 2nd edition, Oxford, 2017, 268.

них спорова покренутих до 1. јануара 2020. године, готово две трећине је решено или се решава под окриљем Центра.⁷

Стабилна потражња за услугама које нуди ИКСИД као организација скреће пажњу на значајно питање активне легитимације за покретање арбитражног поступка. Питање ко може да се јави као тужилац пред арбитражним судом Центра је питање надлежности *ratione personae* које је регулисано одредбама Конвенције. Ноторна је чињеница, наиме, да арбитражни судови ИКСИД-а не представљају судове опште надлежности. Њихова надлежност зависи од постојања пристанка страна у спору који мора бити изражен писмено. Међутим, споразум страна да изнесу свој спор пред арбитражни суд не може, сам по себи, да доведе до заснивања надлежности Центра. Другим речима, поред тога што инсистира на постојању надлежности *ratione voluntatis*, Конвенција регулише стварну и персоналну надлежност ИКСИД-а: спор који се пред њега износи мора пристицати директно из улагања и мора бити спор између државе уговорнице и држављанина друге државе уговорнице.⁸

Овај рад је посвећен једном сегменту надлежности *ratione personae* арбитражног суда ИКСИД-а. У њему се обрађују случајеви у којима се као тужиоци појављују правна лица (привредна друштва). Рад се посебно бави питањем значаја који за одлучивање о надлежности има чињеница да је привредно друштво – тужилац, иако формално има припадност друге државе уговорнице, путем власништва над капиталом или на други начин, под контролом физичких или правних лица неке друге државе. Конкретније, рад се посебно концентрише на две групе случајева који су се до сада показали контроверзним у пракси арбитражних судова Центра. Прва обухвата спорове који покрећу привредна друштва која су држављани друге државе уговорнице, али се налазе под контролом физичких или правних лица тужене државе (државе пријема улагања). Друга група случајева тиче се права друштва државе пријема улагања да тужи сопствену државу, под условом да се налази под страном контролом.

Пре упуштања у анализу наведених питања, потребно је укратко се осврнути на одредбе Конвенције које говоре о надлежности *ratione personae* и, посебно, на начине утврђивања држављанства правног лица које ове одредбе користи као критеријум за надлежност.

⁷ Од 1023 позната спора покренута на основу одредаба неког од међународних споразума о заштити улагања, закључно са 31. децембром 2019. године, 630 спорова је решено или се тренутно решава под окриљем Центра. Вид. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, доступно на: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁸ Члан 25 став 1 Конвенције.

2. НАДЛЕЖНОСТ *RATIONE PERSONAE* ПРЕМА ЧЛАНУ 25 КОНВЕНЦИЈЕ

Као што је претходно наведено, Центар има надлежност за решавање правних спорова проистеклих директно из улагања који се јављају између државе уговорнице и *држављанина групе државе уговорнице*.⁹

Члан 25 у ставу 2 дефинише појам држављанина друге државе уговорнице и то чини разликујући физичка и правна лица. Када су у питању физичка лица, појам подразумева лице које је имало држављанство државе уговорнице, изузев државе уговорнице која је страна у спору, на дан када су се стране у спору сагласиле да спор изнесу пред арбитражу и на дан када је захтев за покретање арбитраже регистрован у смислу члана 36 став 3 Конвенције, али не обухвата физичка лица која су, на било који од ових датума, поред држављанства друге државе уговорнице имала и држављанство државе уговорнице која је страна у спору (тужене државе).¹⁰

Када је у питању држављанство правних лица, одредба о персоналној надлежности фактички садржи два правила. Прво, држављанином друге државе уговорнице се сматра свако правно лице које је, на дан када су се стране у спору сагласиле да изнесу спор на арбитражу, имало *држављанство било које државе уговорнице осим државе уговорнице која је страна у спору*. Друго, под држављанином друге државе уговорнице подразумева се и правно лице које је у релевантном тренутку имало држављанство државе која је страна у спору, уколико су се стране у спору, *због стране контроле која над њим лицем постоји, сагласиле да га сматрају држављанином групе државе уговорнице* за потребе Конвенције.¹¹

Према томе, „држављанин друге државе уговорнице” у смислу поменутих одредаба, може да буде правно лице које има припадност државе уговорнице која није тужена држава, али и локално правно лице – лице које има припадност државе против које је поступак покренут – под условом да су се тужилац и тужена држава сагласили да се ово лице сматра држављанином друге државе уговорнице, због тога што се налази под страном контролом.

Наравно, од кључне важности за надлежност арбитражног суда Центра је и како се одређује држављанство (припадност) правног лица. Конвенција у овом погледу не садржи решење. Чињеница да се Конвенција не изјашњава у погледу критеријума за утврђивање припадности правних лица, тумачи се као остављање простора државама уговорницама да слободно одређују

⁹ Члан 25 став 1 Конвенције.

¹⁰ Члан 25 став 2 тачка (а) Конвенције.

¹¹ Члан 25 став 2 тачка (б) Конвенције.

које ће се привредно друштво сматрати њиховим правним лицем и да се о томе слободно споразумевају.¹² Такав споразум (значење појма држављанства правног лица) утврђује се у инструменту који садржи пристанак страна у спору на арбитражу, као што су уговор закључен са улагачем, национално законодавство државе пријема или међународни споразум о заштити улагања.¹³ У доктрини се помињу три критеријума које међународно право узима као релевантне за утврђивање везе између привредних друштава (правних лица) и државе: место оснивања, стварно седиште (центар управљања) и контрола над друштвом.¹⁴ Прва два критеријума (место оснивања и стварно седиште), односно њихова комбинација, се најчешће користе у двостраним и вишестраним споразумима о заштити улагања.¹⁵ Исти је случај са двостраним споразумима о заштити улагања које је закључила Србија, мада се међу овим споразумима могу пронаћи и такви који дефинишу појам улагача на основу критеријума контроле, тј. као улагача друге државе уговорнице третирају и домаће правно лице (правно лице државе пријема улагања) када се оно налази под контролом физичких или правних лица друге државе уговорнице.¹⁶

Дефиниција припадности (држављанства) правног лица у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу је кључна за надлежност арбитражног суда Центра. Она је део правног оквира који подразумева подвргавање државе пријема улагања надлежности ИКСИД-а и директно је релевантна за оцену да ли су испуњени услови за успостављање надлежности на основу Конвенције.¹⁷ Ако се, на пример, као тужилац у арбитражи јавља правно лице основано у другој држави уговорници, при чему је двостраним споразумом о заштити улагања дефинисано да се инвеститором сматра правно лице основано према прописима друге државе уговорнице, тужилац има припадност друге државе уговорнице у смислу члана 25 став 2 тачка б

¹² Вид. А. Sinclair, ICSID's Nationality Requirement, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/2008, 57-118, 87.

¹³ Вид. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/12/35), Final Award, 31 May 2017, параграф 266.

¹⁴ Вид. J. Crawford (Крофорд), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford, 2019, 512; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit.*, 279; C. Brown (Браун), A. Rahman (Рахман), Chapter 5: Juridical Persons and Requirements of the ICSID Convention, у књизи: C. Baltag (Балтаг), *ICSID Convention After 50 Years*, Alphen aan den Rijn, 2016, 166; K. Yannaca-Small (Јанака-Смол), Who is Entitled to Claim?: The Definition of Nationality in Investment Arbitration, у књизи: K. Yanacca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd Edition, Oxford, 2018, 10.38.

¹⁵ K. Yannaca-Small, *op. cit.*, 10.38.

¹⁶ Вид. о томе код М. Stanivuković, ICSID i dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, у књизи: V. Rakić Vodinelić, G. Knežević (ured.), *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, 583-602.

¹⁷ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit.*, 287.

Конвенције, те би питање његове активне легитимације требало да буде решено. У таквом случају, ако критеријум контроле није садржан у двостраном споразуму који је јурисдикциона основа арбитраже, питање ко су физичка или правна лица која контролишу тужиоца је, начелно посматрано, ирелевантно за утврђивање надлежности. Ипак, то до сада није спречавало државе пријема улагања да износе тврдњу како је, за потребе одлучивања о постојању персоналне надлежности арбитражног суда ИКСИД-а, неопходно утврдити „стварну” државну припадност тужиоца. Ово се посебно односи на ситуације, не тако ретке у арбитражној пракси, у којима се као тужилац појављује правно лице које је основано и има седиште у иностранству, али се налази под контролом држављана државе пријема улагања.

3. КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ КАДА ЈЕ ТУЖИЛАЦ ПРАВНО ЛИЦЕ КОЈЕ ПРИПАДА ДРУГОЈ ДРЖАВИ УГОВОРНИЦИ

Када се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра јавља правно лице које номинално има припадност друге државе уговорнице, при чему то правно лице (преко власништва над капиталом или на други начин) контролишу држављани тужене државе, арбитражни судови се редовно сусрећу са приговором ненадлежности који у свом средишту има аргумент заснован на предмету и циљу Конвенције: Конвенција није замишљена као инструмент који би држављанима државе пријема требало да омогући да индиректно туже сопствену државу.

Најважнија арбитражна одлука у овом контексту је донета у предмету Токиос Токелес против Украјине (*Tokios Tokeles v. Ukraine*).¹⁸ Као тужилац у овом спору јавило се литванско акционарско друштво које је тврдило да је Украјина повредила двострани споразум о заштити улагања између Литваније и Украјине (1994), тако што је предузела низ мера којима је нанета штета зависном друштву тужиоца основаном у Украјини. Специфичност овог спора се налазила у вези између тужиоца и Украјине. Мада је литванско акционарско друштво било основано у Литванији и у складу са њеним прописима, два од три акционара друштва су били украјински држављани који су заједно држали чак 99 процената акција тужиоца.¹⁹ Такође, две трећине менаџмента тужиоца су чинили украјински држављани.²⁰ Споразум на основу којег је покренута арбитража дефинисао је појам литванског инвеститора,

¹⁸ *Tokios Tokeles v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, April 29, 2004.

¹⁹ *Ibid.*, пасус 21.

²⁰ *Ibid.*

између осталог, као правно лице основано на територији Литваније, у складу са њеним прописима.²¹

Главни аргумент Украјине у овом случају је био да би прихватање надлежности суштински значило да се украјинским држављанима дозвољава покретање међународне арбитраже против сопствене државе, у супротности са предметом и циљем Конвенције.²² Због тога је Украјина затражила од арбитражног већа да „пробије правну личност” тужиоца, да занемари чињеницу да је тужилац основан у Литванији, те да утврди његову припадност имајући у виду држављанство већинских акционара и држављанство чланова менаџмента.²³ Другим речима, Украјина је заправо од арбитражног суда захтевала да утврди стварно и ефективно држављанство тужиоца.

Арбитражно веће је, већином гласова, одбило приговор тужене државе. Образложење овакве одлуке је било засновано на два главна аргумента. Прво, Конвенција не одређује које правно лице се има сматрати правним лицем друге државе уговорнице, већ државама уговорницама даје широка овлашћења да слободно утврде критеријуме за дефинисање припадности правних лица.²⁴ Друго, Украјина и Литванија су то учиниле у свом двостраном споразуму о заштити улагања, тако што су утврдиле да се правним лицем друге државе уговорнице сматра свако лице основано на њеној територији, у складу са прописима ове државе. Тумачећи наведену одредбу у складу са уобичајеним смислом употребљених израза и у светлу предмета и циља двостраног споразума о заштити улагања, арбитражни суд је закључио да је тужилац литванско правно лице.²⁵ Позивајући се на преамбулу споразума између Украјине и Литваније, арбитражно веће је изнело став да је циљ овог споразума да пружи широку заштиту инвеститорима из ових земаља, те да би увођење теста контроле, како је то предлагала тужена држава, неоправдано сузило ту заштиту.²⁶ Државе уговорнице су имале могућност да искључе пружање заштите на основу наведеног споразума правним лицима која контролишу држављани државе пријема, тако што би предвиделе другачију дефиницију инвеститора или унеле у споразум клаузулу о ускраћивању погодности, али то нису учиниле.²⁷ Према схватању већине у арбитражном већу, није задатак арбитражних судова да наметну ограничења у погледу

²¹ *Ibid.*, пасус 18.

²² *Ibid.*, пасус 22.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, пасуси 24-26.

²⁵ *Ibid.*, пасуси 27-29.

²⁶ *Ibid.*, пасуси 31,32.

²⁷ *Ibid.*, пасуси 30, 36. За појам клаузуле о ускраћивању погодности у споразумима о заштити и подстицању улагања види П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том LIII, бр. 3/2019, 933-954.

домашаја двостраних споразума о заштити улагања када се таква ограничења не налазе у њиховом тексту.²⁸

У образложењу одлуке о надлежности у предмету Токиос Токелес против Украјине се такође истиче да је одредба двостраног споразума о заштити улагања између Украјине и Литваније која дефинише припадност правних лица државама уговорницама према критеријуму места оснивања, у складу са Конвенцијом.²⁹ Значајно је и гледиште у погледу односа између два правила присутна у одредби члана 25 став 2 тачка (б) Конвенције – правило које дозвољава да се као тужилац јави и правно лице државе пријема улагања, због тога што се налази под страном контролом, према схватању већине у арбитражном већу, служи томе да се прошири а не сузи надлежност Центра. Другим речима, критеријум контроле који поменута одредба користи не може се користити да се ускрати активна легитимација привредном друштву друге државе уговорнице, већ само да би се оваква легитимација дала привредном друштву државе пријема.³⁰

Одлука у овом предмету ипак дозвољава могућност да дође до пробијања корпоративног вела у специфичним случајевима – чињеница да је тужилац литванско привредно друштво могла би се занемарити приликом одлучивања о надлежности ако би се доказало да је оно основано као средство преваре или друге врсте злоупотребе правне личности, за шта у конкретном случају није било доказа.³¹ Из образложења одлуке се може закључити да би, према гледишту већине арбитра, једна од таквих злоупотреба била оснивање тужиоца са циљем да се обезбеди приступ арбитражи под окриљем ИКСИД-а.³²

Аргументацију изнету у образложењу одлуке у овом спору, у годинама које су уследиле, прихватио је значајан број арбитражних судова који су деловали под окриљем Центра.³³ Због тога се може закључити како је доминантно схватање у арбитражној пракси данас да критеријум контроле, ако

²⁸ *Tokios Tokeles v. Ukraine*, пасус 36.

²⁹ *Ibid.*, пасус 42.

³⁰ *Ibid.*, пасуси 44-51.

³¹ *Ibid.*, пасуси 53-56. Образложење одлуке садржи, у овом делу, позивање на критеријуме које је утврдио Међународни суд правде у предмету *Barcelona Traction (Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3).

³² *Tokios Tokeles v. Ukraine*, пасус 56. Међутим, тужилац је био основан шест година пре него што је двострани споразум о заштити улагања између Украјине и Литваније ступио на снагу, чиме је била искључена могућност постојања овакве злоупотребе. *Ibid.*

³³ Вид., на пример, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of the Tribunal, 2 October 2006, пасуси 355-360; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, пасуси 82, 83, 92, 93; *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/09/8), Award, 17 October 2013, пасуси 135-138. Вид., такође, М. Stanivuković, Domaći

није предвиђен као релевантан у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу, не лишава страни правно лице активне легитимације у арбитражи под окриљем ИКСИД-а.

Одлука у спору Токиос Токелес против Украјине је праћена убедљивим издвојеним мишљењем председавајућег арбитра, Проспера Вејла (*Prosper Weil*).³⁴ Издвојено мишљење садржи критику одлуке коју је донела већина по више основа. Председавајући арбитар је истакао да је арбитражно веће примарно морало да утврди да ли су у овом случају били испуњени услови за прихватање надлежности према Конвенцији, у складу са општеприхваћеним схватањем да Конвенција утврђује „спољашње границе” надлежности Центра које стране у спору не могу прекорачити. Када двострани споразум о заштити улагања садржи пристанак страна у спору на арбитражу, овај инструмент може да утврди надлежност и овлашћења арбитражног суда Центра само у границама које су утврђене Конвенцијом.³⁵ Због тога је, према схватању арбитра Вејла, арбитражно веће прво морало да испита да ли се спор налази у границама утврђеним Конвенцијом, а тек ако закључи да је овај услов испуњен, да се окрене испитивању да ли постоји надлежност и на основу двостраног споразума између Украјине и Литваније.³⁶

Издвојено мишљење се не осврће на питање да ли надлежност постоји на основу споразума између Украјине и Литваније, будући да се у његовом средишту налази став да није испуњен претходни услов за ову анализу – спор не спада у домаћај Конвенције. Чињеница да Конвенција не садржи критеријуме за одређивање припадности правног лица не значи да су Украјина и Литванија биле апсолутно слободне приликом избора ових критеријума, с обзиром на то да уговорнице не могу проширити надлежност Центра изван граница утврђених Конвенцијом.³⁷ Те границе је могуће утврдити тумачењем одредаба Конвенције, у светлу њеног предмета и циља.³⁸ Циљ Конвенције је да обезбеди заштиту страним улагањима, односно улагањима која подразумевају кретање капитала преко државних граница. У средишту неслагања арбитра Вејла са гледиштем већине се налази став да ИКСИД механизам није намењен заштити улагања домаћих држављана у сопственој држави, спроведеног уз коришћење домаћег капитала, без обзира на то што је улагање реализовано преко страног правног лица.³⁹ Порекло капитала је

ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, Vol. 9, No. 33, 127-143, 134-139.

³⁴ Prosper Weil, *Dissenting Opinion*, 29 April 2004.

³⁵ *Ibid.*, пасус 13.

³⁶ *Ibid.*, пасус 14.

³⁷ *Ibid.*, пасус 16.

³⁸ *Ibid.*, пасус 19.

³⁹ *Ibid.*

кључно за дефинисање улагања као страног⁴⁰ а Конвенција се не може примењивати на инвестиционе спорове између Украјине и украјинског инвеститора.⁴¹

За тему овог рада значајан је став који се у издвојеном мишљењу истиче у погледу домаћаја критеријума стране контроле из члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције. Наиме, према гледишту арбитра Вејла, погрешан је закључак већине да овај критеријум може да служи једино проширивању надлежности арбитражног суда, у ситуацији када се приступ Центру омогућује правним лицима тужене државе која се налазе под страном контролом. Вејл износи мишљење да је циљ ове одредбе пружање заштите улагањима која су по својој истинској природи страна, уз одбацивање формалности које овакав карактер прикривају (чињенице да је улагање извршено преко привредног друштва које номинално има припадност државе пријема). Узимајући у обзир предмет и циљ Конвенције, исти начин размишљања који подразумева предност економске реалности у односу на правну структуру улагања је требало применити како би се тужиоцу ускратио статус страног улагача у Украјини: улагање које су у Украјини реализовали украјински држављани, коришћењем украјинског капитала – иако је било извршено преко литванског привредног друштва – не може уживати заштиту ИКСИД механизма.⁴²

Након доношења одлуке о надлежности у предмету Токиос Токелес против Украјине, тужене државе су често користиле издвојено мишљење арбитра Вејла као аргумент приликом оспоравања надлежности у околностима сличним онима у поменутом спору. Такви приговори нису, међутим, имали много успеха.⁴³ Ово мишљење – посебно у делу који се односи на страно порекло капитала као услов за постојање надлежности – постало је, како се у литератури наводи, симбол „вечито мањинске позиције”.⁴⁴

Ипак, стално инсистирање држава пријема на томе да арбитражни судови немају надлежност да поступају када је формално страно правно лице под контролом њихових држављана, чини расправу о овом питању још увек отвореном у арбитражној пракси. Потврда ове тврдње појавила се у облику арбитражне одлуке у предмету Веноклим против Венецуеле (*Venoklim v. Venezuela*).⁴⁵ У овом спору је арбитражно веће (поново одлуком донетом ве-

⁴⁰ *Ibid.*, пара. 20.

⁴¹ *Ibid.*, пара. 21.

⁴² *Ibid.*, пара. 23.

⁴³ C. McLachlan (Меклахлан), L. Shore (Шор) et al., *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, 2nd edition, Oxford, 2017, 5.111. Вид., такође, *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018, пасуси 157, 173.

⁴⁴ C. McLachlan, L. Shore et al., *op. cit.*, 5.120.

⁴⁵ *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/22), Award of the Tribunal, 3 April 2015. Одлука је донета у оригиналу на шпанском језику.

ћином гласова) закључило да нема надлежност да одлучује о тужби привредног друштва основаног у Холандији, због чињенице да је тужилац индиректно био у стопостотном власништву више држављана и правних лица из Венецуеле.

Веноклим је поднео тужбу на основу Закона Венецуеле о промоцији и заштити инвестиција (1999), због наводне експропријације имовине пет његових зависних друштава од стране тужене државе. Члан 22 овог закона је предвиђао да спор између страног инвеститора, са чијом државом порекла је Венецуела закључила међународни уговор о заштити и подстицању улагања, може бити решаван у међународној арбитражи, под условима предвиђеним у датом споразуму. Тужилац се због тога позвао и на члан 9 двостраног споразума о заштити улагања између Холандије и Венецуеле који је садржао клаузулу о надлежности арбитражног суда Центра у случају спора поводом повреде споразума. Арбитражни суд је, међутим, закључио да поменути споразум не може представљати самосталну основу надлежности овог суда, односно да тужилац претходно мора да докаже да има статус „страног инвеститора” на основу Закона. Према схватању арбитражног суда, тужилац није испуњавао овај услов, будући да је било у питању холандско друштво под ефективном контролом држављана Венецуеле.⁴⁶

Иако је поменути закључак био довољан за одлуку о одбијању надлежности, образложење одлуке се осврће и на питање да ли је Веноклим правно лице друге државе уговорнице, у смислу члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције. У том погледу одлука у потпуности прихвата тумачење дато у издвојеном мишљењу арбитра Вејла у предмету Токиос Токелес против Украјине – да је Конвенција намењена решавању спорова између држава и страних (а не домаћих) улагача, те да би третирање тужиоца у овом случају као страног улагача због чињенице да је у питању друштво основано у Холандији, упркос чињеници да се налази у својини и под контролом држављана Венецуеле, било супротно циљу Конвенције.⁴⁷

Одлука донета у предмету Веноклим против Венецуеле представља значајно одступање од праксе других арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а у погледу значаја критеријума контроле када се као тужилац јавља правно лице основано у иностранству. Међутим, док је поједини аутори виде једноставно као аномалију у иначе хармонизованој пракси,⁴⁸ други (укључујући ту и угледне арбитрае), схватају је као потврду да је дебата покренута

⁴⁶ Наведено према: C. Soule (Соул), *The ICSID Convention and nationals of another contracting State that are owned by nationals of the respondent State: back to basics*, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 48/2015, 39-58, 40, 41.

⁴⁷ Наведено према: L. Bastin (Бастин), A. Lee (Ли), *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, *The American Journal of International Law*, 4/2015, 858-865, 861.

⁴⁸ C. Brown, A. Rahman, *op. cit.*, 183.

одлуком већине у Токиос Токелес против Украјине још увек „жива и здрава.”⁴⁹ У међувремену, уговорна пракса појединих држава показује да су оне разумеле последице „рестриктивног тумачења”⁵⁰ одредби о припадности правних лица из инструмената који садрже пристанак државе на арбитражу – ако држава пропусти да исходује уношење критеријума контроле у овај инструмент, може очекивати да ће се суочити са тужбама правних лица која су само формално страна.⁵¹

4. КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ КАДА ЈЕ ТУЖИЛАЦ ПРАВНО ЛИЦЕ ДРЖАВЕ ПРИЈЕМА УЛАГАЊА

Као што је претходно објашњено, Конвенција садржи изузетак у погледу правила да се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра може јавити само правно лице које припада другој држави уговорници – приступ арбитражи је дозвољен и привредном друштву државе пријема, под условом да су стране у спору споразумеле да ово друштво, због стране контроле, сматрају правним лицем друге државе уговорнице у сврху примене Конвенције.⁵² Ово решење чини значајан изузетак у односу на правило да Конвенција није намењена решавању спорова између држава и њених држављана и засновано је на прихватању економске реалности да се страна улагања често реализују преко привредних друштава основаних у држави пријема.⁵³ Прописи многих држава захтевају оснивање локалних друштава ради реализације улагања,

⁴⁹ P. Tercier (Терсије), N. T. Thang (Танг), Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons), у књизи: M. Kinneer (Кинер), Geraldine R. Fischer (Фишер), et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, 151.

⁵⁰ *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/5), Award, 19 December 2008, пасус 145. Арбитражни суд је коментарисао тумачење првог дела одредбе члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције (правило које дозвољава успостављање надлежности у случају када се као тужиоци јављају правна лица која припадају другој држави уговорници) у Токиос Токелес против Украјине и сугерисао да оно подразумева да арбитражни суд увек мора да прихвати „формалну припадност” правног лица, те да „...се такво строго језичко тумачење може чинити супротним здравом разуму у неким случајевима, посебно када таква формална припадност обухвата привредна друштва којса су, директно или индиректно, под контролом држављана државе пријема.”

⁵¹ Вид. Модел Споразума о Републике Србије о узајамном подстицању и заштити улагања (2014), члан 1 став 2 тачка (ц) – статус улагача државе уговорнице даје се правном лицу које је основано или на други начин организовано према прописима те државе и има своје седиште и значајну пословну активност на територији те државе, *под условом да ово лице није, директно или индиректно, у већинском власништву држављана групе државе уговорнице.*

⁵² Члан 25 став 2 тачка (б) Конвенције.

⁵³ C. Brown, A. Rahman, *op. cit.*, 173.

при чему ова друштва, у одсуству изузетка о којем је реч, не би имала право приступа арбитражном суду Центра.⁵⁴ Такође, покретање поступка од стране друштва државе пријема против ове државе омогућује да евентуална накнада због повреде његових права буде исплаћена директно овом привредном друштву, чиме се штите интереси осталих власника удела (акција) у локалном друштву, али и интереси његових поверилаца којима се пружа могућност да наплате своја потраживања из износа добијене накнаде.⁵⁵

На основу ове одредбе је јасно да постоје два услова да би локално привредно друштво стекло активну легитимацију у арбитражи под окриљем ИКСИД-а: мора постојати *споразум сјорана у сјору* о томе да друштво има припадност друге државе уговорнице и локално друштво мора бити *иог сјораном контиролом*.

Први услов се у правној литератури назива и субјективним тестом.⁵⁶ Уколико овакав споразум не постоји, надлежност ИКСИД-а не може бити успостављена. Секретаријат ИКСИД-а је у прошлости одбијао да региструје захтеве за арбитражу када подносиоци нису били у стању да укажу на постојање споразума.⁵⁷ Са друге стране, Конвенција не захтева да споразум о припадности локалног друштва буде закључен у посебној форми.⁵⁸ Такође, споразум не мора да садржи изричито означавање тужиоца као друштва друге државе уговорнице Конвенције, ако из околности случаја проистиче јасна намера државе пријема улагања да локално друштво третира као страног улагача. У старијој арбитражној пракси постоје примери за то да су арбитражни судови закључили да овакав споразум постоји на основу чињенице да је држава пријема закључила са локалним друштвом уговор у којем је била садржана арбитражна клаузула у корист ИКСИД-а.⁵⁹ Ако је тужена држава дала свој пристанак на арбитражу унапред, на основу двостраног или вишестраног споразума о заштити улагања са државом порекла инве-

⁵⁴ B. Sabahi (Сабахи), N. Rubins (Рубинс) et al., *Investor – State Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 2019, 11.37.

⁵⁵ Вид. O. G. Repousis (Реноусис), *Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of „Foreign Control”*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2/2016, 327-349, 332.

⁵⁶ C. McLachlan, L. Shore et al, *op. cit.*, 5.136.

⁵⁷ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit.*, 299.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Вид. *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Award, 31 March 1986, пасус 28 – арбитражни суд износи гледиште да када држава уговорница закључи уговор са привредним друштвом које има њену државну припадност, при чему уговор садржи арбитражну клаузулу у корист ИКСИД-а, то чини са знањем да ће арбитражна клаузула производити дејство само ако се ова држава сагласила да привредно друштво сматра друштвом друге државе уговорнице, те би тада требало узети да је тужена држава дала овакву сагласност тиме што је пристала на уношење овакве арбитражне клаузуле у уговор.

ститора, споразум о томе да се локално друштво сматра друштвом друге државе уговорнице може бити садржан у поменутим изворима. При томе, такви споразуми најчешће изричито наглашавају да се сагласност пружа „у складу са чланом 25 (2) (б) ИКСИД Конвенције.”⁶⁰

Други услов је објективног карактера – споразум о томе да се локално друштво сматра страним је могућ „због *сйране контроле*.” Ова одредба спречава да се као тужилац јави домаће друштво које није заиста под страним контролом. Арбитражна одлука која је врло значајна за тумачење овог објективног услова донета је у предмету Вакум Салт против Гане (*Vacuum Salt v. Ghana*). Спор је покренуло локално друштво због наводне експропријације права из уговора који се односио на изградњу постројења за експлоатацију рудника и производњу соли.⁶¹ Уговор је садржао арбитражну клаузулу која је предвиђала надлежност Центра у случају спора, а тужилац је тврдио да је, иако основано према прописима Гане, привредно друштво под контролом држављанина Грчке.⁶² Арбитражни суд је прво закључио да уговорна клаузула о решавању спорова у корист ИКСИД-а представља довољан доказ о постојању споразума да се тужилац сматра држављанином друге државе уговорнице у смислу Конвенције.⁶³ Међутим, постојање споразума није, само по себи, довољно за успостављање надлежности Центра – услов постојања стране контроле успоставља објективне границе надлежности Центра изван којих она не може постојати, без обзира на жеље страна у спору. Стране у спору не могу одлучити да било које локално друштво сматрају страним, већ је то могуће само „због стране контроле.” Према мишљењу арбитражног већа, споразум страна у спору успоставља обориву претпоставку постојања стране контроле, али таква контрола мора објективно постојати.⁶⁴

Примењујући овакво схватање на чињенице случаја, арбитражни суд је закључио да грчки држављанин који је поседовао удео од 20 процената у привредном друштву није заиста њиме и управљао, већ да је његова улога примарно била да пружа техничку експертизу у обављању делатности друштва. Због тога је нашао да не постоји страна контрола која би оправдала схватање да је Вакум Салт привредно друштво друге државе уговорнице.⁶⁵

⁶⁰ Споразум између Савезне владе СРЈ и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 6/2004), члан 10 став 5. Вид. М. Stanivuković, *op. cit.* Такође, Споразум о подстицању и узајамној заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Краљевине Холандије (Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 12/2002), члан 9 став 6.

⁶¹ *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/92/1), Award, 16 February 1994, пасус 2.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, пасус 31.

⁶⁴ *Ibid.*, пасуси 36–38.

⁶⁵ *Ibid.*, пасуси 53, 54.

Одлука донета у поменутом спору представља темељ успостављања тзв. објективног теста стране контроле који, уз мања одступања,⁶⁶ примењује већина арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а све до данашњег дана.⁶⁷ Међутим, она је значајна и због тога што покреће још једно питање од велике практичне важности: на који начин се манифестује страна контрола? У образложењу одлуке у предмету Вакум Салт усваја се схватање да је начин на који се контрола остварује фактичко питање које се разматра у светлу околности сваког појединачног случаја.⁶⁸ Према овом схватању, страна контрола не захтева тачно дефинисани проценат удела у капиталу друштва, већ може зависити и од других фактора као што су структура менаџмента, право гласа у органима друштва итд.⁶⁹ Утицајни коментар Конвенције такође истиче да је начин остваривања контроле чињенично питање које зависи од низа фактора, при чему је проценат власништва над капиталом само један од њих.⁷⁰

Са друге стране, посао арбитражног суда приликом утврђивања да ли постоји страна контрола је олакшан када инструмент који садржи пристанак на арбитражу дефинише начин остваривања контроле. На пример, двострани или вишестрани споразум о заштити улагања може да садржи одредбу према којој контрола над привредним друштвом тужене држава постоји када физичко или правно лице друге државе уговорнице има већински удео у власништву над локалним друштвом,⁷¹ односно одредбу која налаже арбитражном суду да узме у обзир факторе као што су: власништво над капиталом,

⁶⁶ Вид. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, пасуси 275-286. Арбитражни суд формално прихвата да услов стране контроле успоставља објективне границе надлежности Центра, али наглашава да се овај услов мора тумачити „флексибилно“, будући да оставља широку слободу странама у спору да постигну споразум о томе када страна контрола постоји. Ако постоји споразум страна у спору о томе да одређено друштво налази под страном контролом и ако је тај споразум „разуман“, Конвенција не захтева да се постојање услова контроле „детално испитује.“ *Ibid.*, пасуси 283-285; фн. 237.

⁶⁷ Вид., на пример, *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/16/25), Award of the Tribunal, 5 March 2020, пасус 258; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), Decision on Respondent's Application under Rule 41(5), 20 March 2017, пасус 90.

⁶⁸ *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, пасус 43.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit.*, 323, 324. Вид., такође, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/2), Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005, пасус 34 – контрола над пословањем и пословном политиком друштва може да постоји на основу уговора закљученог између акционара.

⁷¹ Вид., на пример, *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/6), Decision on Jurisdiction, 30 June 2011. Такав је био случај са чланом 9 став 2 двостраног споразума о заштити улагања између Француске и Перуа у овом спору. *Ibid.*, пасус 73.

способност да се остварује значајан утицај на управљање друштвом или на избор чланова одговарајућих корпоративних тела једног друштва.⁷²

Арбитражни судови који делују под окриљем Центра немају јединствено становиште о томе да ли контрола подразумева вршење стварне, ефективне контроле или је довољно само постојање правног капацитета да се таква контрола остварује. Питање се своди на то да ли, на пример, физичко лице које располаже правним капацитетом потребним за контролу друштва (као што је већински пакет акција са правом гласа у акционарском друштву), контролише одређено друштво у смислу одредаба Конвенције, ако своја овлашћења не користи у пракси. У једном спору, у јавно доступној пракси, заузето је становиште да амерички инвеститор који је имао власнички удео од 92 процента у казахстанском друштву није контролисао ово друштво, будући да тужилац није поднео доказе о стварном вршењу контроле у пракси.⁷³ Према закључку арбитражног суда – правни капацитет за контролу над друштвом није довољан у смислу члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције ако нема доказа о стварном вршењу контроле.⁷⁴ Међутим, у другим случајевима су арбитражни судови нашли да је за постојање стране контроле довољно да привредно друштво има стране власнике, тј. да је довољно да странци поседују овлашћење за остваривање контроле које потиче из власништва, при чему се та овлашћења не морају заиста и користити.⁷⁵

Вероватно најважније питање у вези са тумачењем одредбе Конвенције која омогућује домаћим привредним друштвима активну легитимацију у споровима против сопствене државе односи се на то колико високо у корпоративном ланцу може да иде потрага за страном контролом. Одредба у питању нужно подразумева пробијање правне личности како би се утврдило да ли локално друштво контролишу страна физичка или правна лица, али да ли то значи да се утврђује само ко непосредно контролише привредно друштво? Другим речима – да ли се приликом истраживања постојања

⁷² Вид. *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), Award, 4 September 2020, пасуси 230-232.

⁷³ *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/08/12), Award, 5 June 2012, пасуси 397, 406, 407.

⁷⁴ *Ibid.*, пасус 407.

⁷⁵ Вид., на пример, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, пасуси 245-247; Арбитражни суд истиче да „...сјав да је контрола квалитет који праши власништво има подрику у праву. Правно лице које поседује 100 процената удела у друћом правном лицу нужно поседује овлашћење да контролише то друћо лице. Ово лице може одбити да врши контролу, али то је сивар његовој избора.” *Ibid.*, пасус 245; Такође, *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/13/13), Award, 27 September 2017, пасус 615: „[H]е може бити сјора о томе да формулација члана 25(2)(б) не одређује потребну форму и домаћу сјране контроле и, посебно, не захтева изричито сиварну, ефективну контролу, пре него правну.”

стране контроле застаје већ на првом нивоу корпоративне лествице или је потребно утврдити ко у крајњој инстанци контролише друштво?

У арбитражној пракси постоје одлуке које су засноване на схватању да је релевантна само непосредна контрола над друштвом државе пријема. Тако се у спору Амко Азија против Индонезије (*Amco Asia v. Indonesia*) прихвата тумачење да Конвенција захтева једино да се утврди ко контролише локално друштво, а не и ко контролише правно лице које остварује непосредну контролу над локалним друштвом.⁷⁶ Понекад је овакво рестриктивно схватање контроле условљено дефиницијом контроле у инструменту који садржи пристанак страна у спору на арбитражу. На пример, у предмету Свислајон против Македоније (*Swisslion v. Macedonia*), тужилац је било македонско привредно друштво (*Swisslion DOO Skopje*) у власништву швајцарске компаније (*DRD Swisslion AG*).⁷⁷ Тужена држава је тврдила да нису испуњени услови за надлежност арбитражног суда, будући да је швајцарско друштво било у својини српског држављанина. Као резултат тога, тужиоца није контролисало швајцарско друштво већ српски држављанин.⁷⁸ Арбитражни суд је закључио да је према двостраном споразуму о заштити улагања између Македоније и Швајцарске (1996) релевантно једино питање да ли тужиоца контролише швајцарско друштво, а не и ко је његов крајњи власник.⁷⁹

Међутим, од кључног значаја је то што ни у једном од спорова у којима је испитивана само непосредна контрола над локалним привредним друштвом, није било никаквих назнака да се на врху власничког ланца налазе држављани државе пријема. Другим речима, арбитражни судови су били спремни да занемаре питање ко индиректно контролише привредно друштво државе пријема у ситуацијама када је било неспорно постојање неког облика *сиране* контроле. Са друге стране, инсистирање на објективном услови стране контроле не би имало смисла када би се активна легитимација признала локалном друштву које, у крајњој инстанци, контролишу држављани

⁷⁶ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, пасуси 14.iii.g – 14.iii.i.

⁷⁷ *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (ICSID Case No. ARB/09/16), Award, 6 July 2012, пасус 1.

⁷⁸ *Ibid.*, пасус 127.

⁷⁹ *Ibid.*, пасуси 131, 132. Вид., такође, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, пасуси 117-121: стране у спору су у концесиони уговор унеле клаузулу којом Венецуела прихвата надлежност Центра, између осталог, поводом тужби локалног друштва под условом да у том друштву већински удео стекну држављани друге државе уговорнице Конвенције. Арбитражни суд је засновао надлежност на чињеници да је власник удела у тужиоцу била америчка компанија, без обзира на то што је власник америчке компаније било мексичко правно лице (Мексико није уговорница Конвенције). Разлог за овакву одлуку било је то што су се стране споразумеле да се постојање стране контроле утврђује само на основу критеријума директног власништва. *Ibid.*, пасус 117.

тужене државе. Две арбитражне одлуке нарочито убедљиво бране овакво становиште.

У предмету ТСА Спектрум против Аргентине (*TSA Spectrum v. Argentina*) тужилац је било привредно друштво основано у Аргентини (ТСА). Спор је покренут на основу двостраног споразума о заштити улагања између Холандије и Аргентине (1992), а због наводне повреде права које је тужилац стекао уговором о концесији за контролу, управљање и надзор над радијским фреквенцијама у Аргентини.⁸⁰ Споразум између Холандије и Аргентине је предвиђао да се улагачем друге стране уговорнице, између осталог, сматра свако правно лице које се налази под контролом држављана или правних лица основаних у другој држави уговорници, те да ће се и правно лице државе пријема, уколико се налази под контролом држављана или правних лица друге државе уговорнице у време настанка спора, сматрати правним лицем друге државе уговорнице у смислу Конвенције.⁸¹ Протокол уз поминути двострани споразум садржао је сагласност о томе које околности указују на постојање контроле – чињеница да правно лице представља зависно друштво правног лица друге државе уговорнице (а) или чињеница да инвеститор друге државе уговорнице поседује, директно или индиректно, учешће веће од 49 процената у капиталу правног лица, односно право гласа неопходно за стицање доминантног положаја у скупштини или другим органима контролисаног лица (б).⁸²

У овом случају је било неспорно да ТСА испуњава, барем формално, све услове прописане двостраним споразумом о заштити улагања да би се сматрало холандским улагачем, иако је друштво било основано у Аргентини – тужилац је био у потпуном власништву холандског привредног друштва (*TSI Spectrum International N.V.*). Међутим, Аргентина је тврдила да се он не може сматрати правним лицем под страном контролом, у смислу Конвенције, имајући у виду то да је већински удео у холандском друштву припадао аргентинском држављанину.⁸³

Арбитражни суд је, одлучујући о приговору ненадлежности, пошао од констатације да Конвенција садржи значајан изузетак у односу на правило да је само правним лицима друге државе уговорнице дозвољено да поднесу тужбу против државе пријема, те да је овај изузетак могућ „због стране контроле” која објективно мора постојати.⁸⁴ За разлику од одредбе Конвенције која пружа активну легитимацију правним лицима друге државе уговорнице и која се заснива на формалном критеријуму припадности правног

⁸⁰ *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, пасуси 1-9.

⁸¹ *Ibid.*, пасус 21.

⁸² *Ibid.*, пасус 22.

⁸³ *Ibid.*, пасус 159.

⁸⁴ *Ibid.*, пасус 139.

лица, овај изузетак увек подразумева пробијање корпоративног вела (правне личности) домаћег правног лица како би се утврдила „реалност иза заклона припадности.“⁸⁵ Имајући у виду да је постојање стране контроле услов објективног карактера, према ставу арбитражног суда, нема оправдања да се приликом утврђивања да ли страна контрола постоји испитује само ко непосредно контролише домаће друштво, тј. да се испитивање заустави на првом нивоу корпоративне лествице. Утврђивање који субјекат заиста и у крајњој инстанци контролише локално друштво је посебно значајно онда када постоје тврдње да се оваква контрола налази у рукама држављана тужене државе.⁸⁶ Без обзира на то што је тужилац испуњавао услове предвиђене двостраним споразумом између Холандије и Аргентине да се сматра холандским друштвом, објективне границе надлежности Центра прописане Конвенцијом није могуће прекорачити – крајњи власник тужиоца је у релевантном тренутку био аргентински држављанин те, према схватању арбитражног суда, ово друштво није могло да се сматра друштвом под страном контролом у смислу Конвенције.⁸⁷

Одлука у овом предмету донета је већином гласова и праћена је издвојеним мишљењем арбитра којег је именовао тужилац.⁸⁸

Готово шест година након доношења одлуке у наведеном спору, арбитражни суд у предмету Нешенал Гас против Египта (*National gas v. Egypt*) је подробније образложио схватање да је објективни тест стране контроле предвиђен Конвенцијом и да подразумева идентификацију субјеката који у крајњој инстанци управљају друштвом државе пријема. Интересантан аспект ове одлуке је то што њено образложење, у извесном смислу, представља одјек схватања које је прихваћено у издвојеном мишљењу арбитра Вејла у Токиос Токелес против Украјине.

У овом спору се као тужилац јавило египатско акционарско друштво (*National Gas*). Тужилац је покренуо арбитражу против Египта на основу одредаба Конвенције и двостраног споразума о заштити улагања између Египта и Уједињених Арапских Емирата (1997). Деведесет процената акција

⁸⁵ *Ibid.*, пасус 140.

⁸⁶ *Ibid.*, пасуси 147, 153. .

⁸⁷ *Ibid.*, пасус 162.

⁸⁸ Dissenting Opinion of Arbitrator Grant D. Aldonas, 19 December 2008. У средишту овог издвојеног мишљења налази се схватање да Конвенција не прописује објективан тест стране контроле. Будући да не дефинише шта се сматра страном контролом, одлука о томе је препуштена странама у спору. Дефиниција стране контроле је садржана у двостраном споразуму о заштити улагања између Холандије и Аргентине и арбитражни суд је, према мишљењу арбитра Алдонаса, био дужан да следи ову дефиницију докле год је она заснована на разумним критеријумима. Издвојено мишљење се заснива на схватању да одлука већине игнорише одредбе двостраног споразума, супротно правилима о тумачењу међународних уговора. *Ibid.*, пасуси 3-11, 34-37.

тужиоца било је у својини привредног друштва основаног у УАЕ (СТІР), а власник овог друштва је било још једно друштво из УАЕ (РЕГІ). Коначно, на врху овог ланца се налазио египатски држављанин који је био једини власник последњепоменутог друштва.⁸⁹ Двострани споразум између Египта у УАЕ је предвиђао да се правним лицем друге државе уговорнице, у смислу Конвенције, сматра и лице основано у складу са прописима државе пријема, под условом да је пре настанка спора већина акција (удела) у овом правном лицу била у својини инвеститора друге државе уговорнице.⁹⁰

Најважнији приговор Египта односио се на тврдњу да се тужилац који је египатско друштво налази под домаћом, а не страном контролом.⁹¹ Арбитражни суд је у образложењу своје одлуке прво јасно раздвојио два услова (два „теста“) за пружање активне легитимације правном лицу државе пријема.⁹² Споразум страна у спору о томе да ће се египатско друштво сматрати друштвом УАЕ под условом да је већински власник друштва инвеститор УАЕ, постигнут је на основу одредбе двостраног споразума између Египта и УАЕ.⁹³ Међутим, сам споразум није довољан већ је потребно објективно постојање стране контроле.⁹⁴ Арбитражно веће је пружило и објашњење значаја објективног постојања стране контроле које је засновано на тумачењу предмета и циља Конвенције. Према овом образложењу, постоји значајна разлика између ситуације у којој се локално друштво налази под контролом држављана друге државе уговорнице Конвенције и ситуације у којој такву контролу врше држављани државе пријема.⁹⁵ За разлику од прве ситуације која, према гледишту арбитражног суда, није супротна ниједном начелу међународног права нити тексту Конвенције, друга – када контрола припада физичким и правним лицима државе пријема – не би била у складу са предметом и циљем Конвенције, односно „*дозволила би ујојребу Конвенције у сврху којој она очигледно није намењена и њовредила њене сјољашње јранице.*”⁹⁶ Имајући у виду да је контрола над египатским друштвом, у крајњој инстанци, припадала египатском држављанину, у овом случају арбитражни суд је закључио да нема надлежност.⁹⁷

Образложењу арбитражног суда у овом случају се мало тога може замесити. Наиме, немогуће је оспорити основну премису на којој је оно засновано

⁸⁹ *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/11/7), Award, 3 April 2014, пасуси 1-4, 6, 7.

⁹⁰ *Ibid.*, пасус 67.

⁹¹ *Ibid.*, пасус 75.

⁹² *Ibid.*, пасус 131.

⁹³ *Ibid.*, пасус 132.

⁹⁴ *Ibid.*, пасус 133.

⁹⁵ *Ibid.*, пасус 136.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, пасус 137.

– Конвенција је намењена решавању спорова између држава и држављана других држава, а не спорова између тужене државе и њених сопствених држављана.

Са друге стране, тешко је објаснити због чега исти аргумент има само незнатан утицај на арбитражне судове приликом одлучивања у споровима о којима се говори у првом делу овог рада – када решавају о тужбама правних лица која формално имају припадност друге државе уговорнице Конвенције, а ефективно се налазе под контролом држављана државе пријема (на пример, Токиос Токелес против Украјине и Ромпетрол против Румуније).⁹⁸

Неколико аутора који су коментарисали одлуку у Нешенал Гас против Египта истиче да би одлука арбитражног већа вероватно била радикално другачија, под условом да се као тужилац у овом спору уместо египатског друштва јавило правно лице које је непосредно контролисало локално друштво и номинално имало припадност УАЕ (*СТП*), без обзира на то што би основна карактеристика овог случаја остала непромењена – и овај потенцијални тужилац би био под стварном контролом египатског држављанина.⁹⁹ Једино објашњење које се неизоставно јавља приликом прихватања надлежности у поменутих случајевима је следеће – тужена држава је сама крива у случају када је, у инструменту који садржи њен пристанак на арбитражу, прихватила дефиницију улагача која обухвата правна лица основана у иностранству, без обзира на то ко их контролише. Иако је овакво размишљање у складу са начелом да државе саме одређују услове под којима ће дати своју сагласност за арбитражу, оно је у колизији са општеприхваћеним схватањем у погледу домаћаја члана 25 Конвенције који прописује услове за надлежност Центра: Конвенција одређује „спољне границе” надлежности ИКСИД-а које се не могу мењати споразумом страна у спору, па ни грешком или пропустом државе пријема.

5. ЗАКЉУЧАК

Чињеница да се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра јавља правно лице које се ефективно налази под контролом држављана тужене државе има значајно другачији утицај у зависности од тога чију државну припадност номинално има овај тужилац. Док је постојање „домаће контроле” препрека за успостављање надлежности *ratione personae* када арбитражу покреће правно лице државе пријема, арбитражни судови до сада најчешће нису показвали спремност да одбију надлежност у аналогној ситуацији –

⁹⁸ Вид. фн. 33 горе.

⁹⁹ Вид., O. G. Repousis, *op. cit.*, 348; C. Brown, A. Rahman, *op. cit.*, 185, 186.

када се као тужилац појављује правно лице које формално припада другој држави уговорници Конвенције. Различит третман се оправдава тиме што сама Конвенција пружа различит значај критеријуму контроле у ове две групе случајева. Иако тужене државе и поједини арбитри доследно упозоравају на то да је прихватање надлежности за тужбе правних лица која су само номинално страна супротно предмету и циљу Конвенције, чини се да, у овом тренутку, једини пут да се држава извесно заштити од тужби правних лица која су фактички под домаћом контролом води преко пажљивог дефинисања појма инвеститора – у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу потребно је из овог појма искључити правна лица која се налазе под директном или индиректном контролом физичких или правних лица државе пријема.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- I. F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/1986, 1-25.
- C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Oxford, 2009.
- C. Schreuer, R. Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford, 2012.
- A. R. Parra, *The History of ICSID*, 2nd edition, Oxford, 2017.
- A. Sinclair, ICSID's Nationality Requirement, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/2008, 57-118.
- J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford, 2019.
- C. Brown, A. Rahman, Chapter 5: Juridical Persons and Requirements of the ICSID Convention, у књизи: C. Baltag, *ICSID Convention After 50 Years*, Alphen aan den Rijn, 2016.
- K. Yannaca-Small, Who is Entitled to Claim?: The Definition of Nationality in Investment Arbitration, у књизи: K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd Edition, Oxford, 2018.
- M. Stanivuković, ICSID i dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, у књизи: V. Rakić Vodinelić, G. Knežević (ured.), *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, 583-602.
- M. Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, Vol. 9, No. 33, 127-143.
- C. McLachlan (Меклахлан), L. Shore et al., *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, 2nd edition, Oxford, 2017.
- П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, том LIII, бр. 3/2019, 933-954.

- C. Soule, The ICSID Convention and nationals of another contracting State that are owned by nationals of the respondent State: back to basics, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 48/2015, 39-58.
- L. Bastin, A. Lee, Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, *The American Journal of International Law*, 4/2015, 858-865.
- P. Tercier, N. T. Thang, Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)', у књизи: M. Kinnear, Geraldine R. Fischer et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015.
- B. Sabahi, N. Rubins et al., *Investor – State Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 2019.
- O. G. Repousis, Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of „Foreign Control”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2/2016, 327-349.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Criterion of Control and the Right of Standing of a Juridical Person in ICSID Arbitration

Abstract: *International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centre or ICSID) was established for resolving disputes between foreign investors and host States. This is why jurisdiction *ratione personae* of the Centre depends crucially on who can be considered as a foreign investor, i.e. which persons have right of standing to initiate arbitration based on the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (the Convention). When a claimant is a juridical person, one of the issues causing a debate in arbitral practice concerns the significance of control over that entity – to what extent is jurisdiction of an ICSID tribunal affected by the fact that the entity is under direct or indirect control of the host State's nationals. The paper examines the problem with regards two groups of cases that the Convention regulates separately. The first group concerns cases in which the role of a claimant belongs to juridical persons nominally holding the nationality of other Contracting States of the Convention. The other category relates to the cases of claims submitted by local entities controlled by foreign investors against their own State.*

Keywords: *ICSID, jurisdiction *ratione personae*, juridical persons, criterion of control.*

Датум пријема рада: 15.12.2020.

Датум достављања коначне верзије рада: 12.01.2021.

Датум прихватања рада: 14.06.2021.