



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Докторске студије приватно право

**МЕРОДАВНО ПРАВО У
МЕЂУНАРОДНИМ
ИНВЕСТИЦИОНИМ СПОРОВИМА**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор:
Проф. др Петар Ђундић

Кандидат:
Милена Галетин

Нови Сад, 2019. године

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora: AU	Milena Galetin
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Prof. dr Petar Đundić, Vanredni profesor
Naslov rada: NR	Merodavno pravo u međunarodnim investicionim sporovima
Jezik publikacije: JP	Srpski
Jezik izvoda: JI	srp. / eng.
Zemlja publikovanja: ZP	Srbija
Uže geografsko područje: UGP	Vojvodina, Novi Sad
Godina: GO	2019.
Izdavač: IZ	Autorski reprint
Mesto i adresa: MA	Trg Dositeja Obradovića 1 21000 Novi Sad

Fizički opis rada: FO	7 poglavlja, 348 strana, 496 referenci, 1 tabela (slika, grafikona i priloga nema)
Naučna oblast: NO	Međunarodnopravna
Naučna disciplina: ND	Međunarodno privatno pravo
Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Pravo stranih ulaganja, merodavno pravo, međunarodna arbitraža, investicioni sporovi
UDK	341.94:[341.63:339.727.22
Čuva se: ČU	Biblioteka Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, Srbija
Važna napomena: VN	Lektor: Miljana Vukmirović
Izvod: IZ	Predmet istraživanja doktorske disertacije je određivanje merodavnog prava u međunarodnim investicionim sporovima
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	2. jun 2016.
Datum odbrane: DO	
Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO	<p>Predsednik komisije: Prof. dr Maja Stanivuković, Redovni profesor Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu</p> <p>Član komisije: Prof. dr Predrag Cvetković, Redovni profesor, Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu</p> <p>Član komisije i mentor: Prof. dr Petar Đundić, Vanredni profesor Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu</p>

University of Novi Sad
Faculty of Law
Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral dissertation
Author: AU	Milena Galetin
Mentor: MN	Petar Đundić, Ph.D. Associate Professor
Title: TI	Applicable Law in International Investment Disputes
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	eng. / srp.
Country of publication: CP	Serbia
Locality of publication: LP	Vojvodina, Novi Sad
Publication year: PY	2019
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	Trg Dositeja Obradovića 1, 21000 Novi Sad

Physical description: PD	7 chapters, 348 pages, 496 references, 1 table
Scientific field SF	International Law
Scientific discipline SD	Private International Law
Subject, Key words SKW	Foreign Investment Law, applicable law, international arbitration, investment disputes
UC	341.94:[341.63:339.727.22
Holding data: HD	Library of the Faculty of Law, University of Novi Sad
Note: N	Editor: Miljana Vukmirović
Abstract: AB	The subject matter of the doctoral thesis is determination of the applicable law in international investment disputes
Accepted on Senate on: AS	2 nd of June 2016
Defended: DE	
Thesis Defend Board: DB	<p>President: Maja Stanivuković, Ph.D. Full Professor Faculty of Law, University of Novi Sad</p> <p>Member: Predrag Cvetković, Ph.D. Full Professor Faculty of Law, University of Niš</p> <p>Member: Petar Đundić, Ph.D. Associate Professor Faculty of Law, University of Novi Sad</p>

РЕЗИМЕ

Предмет истраживања докторске дисертације представља начин поступања арбитражних судова приликом утврђивања меродавног права за суштину инвестиционог спора. Његово одређење је веома битно јер може пресудно да утиче на сам исход арбитражног поступка. Истраживањем је обухваћена како пракса арбитражних судова који делују под окриљем Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), тако и оних арбитражних судова који поступају ван њега.

Након уводних разматрања, у раду су најпре приказани процесни механизми за заштиту имовинских права странаца с обзиром да они представљају претечу инвестиционе арбитраже какву данас познајемо. Потом је указано на комплексност инвестиционих спорова која проистиче из чињенице да се различити извори права на њих примењују - правила међународног права (обичајног и уговорног), национално законодавство државе пријема, као и одредбе уговора о страном улагању између државе пријема и страног улагача. При том се одређивање меродавног права не своди на просто утврђивање извора који би се примењивао на сва спорна питања, већ се за свако појединачно питање одређује који слој правних правила применити.

Начело аутономије воље приликом утврђивања меродавног права за суштину спора је било предмет истраживања у трећем делу рада. Оно је најпре разматрано у националном законодавству, арбитражним правилима и конвенцијским текстовима, а потом и у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача и у клаузули билатералних и мултилатералних споразума о подстицању и заштити улагања (БИТ). Наведени делови су употпуњени релевантном праксом арбитражних судова, а посебно је разматрано да ли арбитражни судови поштују страначку аутономију воље у сваком случају и како поступају уколико у клаузули БИТ-а о меродавном праву није утврђена хијерархија извора који су у њој предвиђени.

Затим су анализирана поступања арбитражних судова у случајевима одсуства клаузуле о меродавном праву. Овде се приликом истраживања кренуло од поделе на

арбитражне судове који делују под окриљем ИКСИД-а и оне који делују ван ИКСИД система. Посебна пажња је била усмерена на теорије које су се јавиле о поступању арбитражних судова ИКСИД, а које се тичу односа националног и међународног права у случају непостојања споразума страна о меродавном праву за суштину спора.

Наредно поглавље се тиче садејства националног и међународног права када се примењују као меродавна на суштину спора. Класификација је направљена тако што су се у оквиру сваког извора инвестиционог права разматрала спорна питања на која се тај извор примењује.

Коначно, у последњем делу, су приказана закључна разматрања.

SUMMARY

The research subject of the doctoral thesis is the manners in which arbitral tribunals deal with determination of applicable law for the substance of investment disputes. This determination is very important because it can decisively affect the very outcome of the arbitral proceedings. The research includes both the practice of arbitral tribunals within the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and the practice of arbitral tribunal outside ICSID.

After introductory remarks, the procedural mechanisms for the protection of property rights of foreigners are shown in the thesis since they represent a forerunner of current investment arbitration. Subsequently the complexity of investment disputes is pointed out arising from the fact that different sources of law apply to them- international law (customary and contractual), national legislation of the host state, as well as the provisions of a foreign investment contract between the host state and foreign investor. In doing so, the determination of the applicable law is not simply the determination of the source that would apply to all the contentious issues, but the determination of a layer of legal rules which applies on each individual question.

The principle of party autonomy in determining the applicable law for the substance of the dispute was the subject of the research in the third part of the thesis. It was first considered in arbitration rules and conventions, and thereafter in the clauses of the contract between the host State and the foreign investor and then in the clauses of bilateral and multilateral agreements on promotion and protection of investments (BITs). These sections are completed with the relevant practice of arbitral tribunals. It is especially considered whether arbitral tribunals respect the party's autonomy in any case and how they act if the choice of law clause in the BIT does not determine the hierarchy of sources envisaged therein.

Afterwards the practice of arbitral tribunals in cases where the choice of law clause is absent was analyzed. In the course of the research, a division was made between arbitral tribunals operating under the auspices of ICSID and those operating outside the ICSID system. Particular emphasis was paid to the theories which occurred in the practice of ICSID arbitral tribunals,

concerning the relationship of national and international law in the absence of agreement between the parties on the applicable law.

The next chapter deals with the relationship between national and international law when applied as relevant to the substance of the dispute. The classification was made in such a way that within each source of investment law the contentious issues which are applicable within it were considered.

Finally, in the last chapter, concluding remarks are presented.

САДРЖАЈ

I УВОД

1. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА И ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА	1
2. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА И ХИПОТЕЗЕ	6
3. ПОТРЕБЕ ИСТРАЖИВАЊА	7

II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ПРОЦЕСНОГ МЕХАНИЗМА ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА И СПЕЦИФИЧНОСТИ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ

1. Историјски развој решавања спорова поводом заштите имовинских права странаца	11
1.1. Период до почетка Првог светског рата	14
1.2. Период између два светска рата	21
1.3. Период након Другог светског рата	25
2. Специфичности инвестиционе арбитраже у односу на трговинску арбитражу	39
2.1. Стране у спору	42
2.2. Сагласност (пристанак) да се спор решава пред арбитражним судом	44
2.3. Меродавно право и поништај (одбијање признања и извршења) арбитражне одлуке	52
2.4. Вишеслојност и сложеност инвестиционих спорова	55

III НАЧЕЛО АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ИНВЕСТИЦИОНИМ СПОРОВИМА

1. Начело аутономије воље приликом одређивања меродавног права у националном законодавству, арбитражним правилима и конвенцијским текстовима	65
2. Избор меродавног права у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача	73
2.1. Уговори између државе пријема и страног улагача	75
2.2. Национално право као меродавно у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача	79
2.2.1. Формулисање избора и тумачење клаузуле о избору меродавног права у арбитражној пракси	79
2.2.2. Значај стабилизационе клаузуле приликом утврђивања меродавног права за суштину спора	89
2.3. Међународно право као меродавно у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача	97
3. Избор меродавног права у клаузули билатералних и мултилатералних споразума о подстицању и заштити улагања	109

3.1. Клаузула о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања Републике Србије.....	110
3.2. Клаузула о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања држава у региону (Хрватска, Словенија, Босна и Херцеговина).....	112
3.3. Клаузула о меродавном праву у БИТ-моделима и билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања других држава	115
3.4. Поступање арбитражних судова у случају постојања клаузуле о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања	122

IV ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА У ОДСУСТВУ СПОРАЗУМА СТРАНА У СПОРУ

1. Одредбе релевантних правних извора о одређивању меродавног права у одсуству споразума странака	128
1.1. Одредбе националног законодавства, међународних конвенција и аутономних извора о одређивању меродавног права у одсуству споразума страна.....	129
1.2. Одредбе арбитражних правила и правилника арбитражних институција о одређивању меродавног права у одсуству споразума странака	132
2. Поступање арбитражних судова изван система ИКСИД у случају одсуства споразума о меродавном праву.....	135
3. Поступање ИКСИД арбитражних судова у случају непостојања споразума страна о меродавном праву	150
3.1. Теорије о међусобном односу међународног и националног права у случају непостојања споразума страна о меродавном праву за суштину спора	157
3.1.1. Теорија о допунској и корективној примени међународног права у случају непостојања споразума страна о меродавном праву	157
3.1.2. Рајсманова теорија о примени међународног права као меродавног у случају непостојања споразума страна о меродавном праву	167
3.1.3. Савремено схватање улоге међународног права у случају непостојања споразума странака	170

V САДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНОГ И НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА

1. Питања у инвестиционом спору за која је релевантно међународно право	183
1.1. Стандарди третмана страних улагања.....	184
1.1.1. Апсолутни стандарди третмана улагања.....	185
1.1.1.1. Забрана незаконите експропријације	185
1.1.1.2. Обавеза пружања поштеног и правичног третмана... ..	192
1.1.1.3. Обавеза пружања пуне заштите и безбедности.....	200
1.1.2. Релативни стандарди третмана	205
1.1.2.1. Обавеза пружања националног третмана.....	205
1.1.2.2. Обавеза пружања третмана најповлашћеније нације.....	208
2. Примена обичајног међународног права	215
2.1. Примена обичајног међународног права приликом тумачења споразума о	

подстицању и заштити улагања	220
2.2. Примена обичајног међународног права у случајевима постојања одговорности државе за акте супротне међународном праву	226
2.2.1. Приписивост акта држави	226
2.2.2. Примена обичајног међународног права приликом утврђивања стандарда накнаде код (незаконите) експропријације	238
2.3. Примена обичајног међународног права у случајевима искључења одговорности државе за акте супротне међународном праву	246
2.3.1. Примена обичајног међународног права у случају постојања стања нужде	246
2.3.2. Примена обичајног међународног права у случају постојања више силе (<i>force majeure</i>)	256
2.4. Искоришћеност локалних правних лекова као услов наступања повреде материјалноправног стандарда	259
3. Примена општих правних начела	273
4. Национално право као меродавно право у инвестиционим споровима	278
4.1. Примена националног права приликом утврђивања обима и садржине имовинских права и обавеза	280
4.2. Непримењивање (повреда) сопствених прописа државе пријема као основ повреде материјалноправног стандарда заштите улагача	284
4.2.1. Поступање/непоступање државе у складу са националним правом као основ за повреду стандарда поштеног и правичног третмана	284
4.2.2. Поступање/непоступање државе пријема у складу са својим националним правом и експропријација	291
VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	300
VII ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ	309

I УВОД

1. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА И ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Значај страних улагања је несумњив, како за стране улагаче, тако и за економски развој држава пријема капитала. То се нарочито односи на период када је интензиван процес глобализације, 80-тих година прошлог века, када је у многим државама дошло до повећања страних директних улагања која су имала позитиван утицај на њихов економски раст¹. Према Извештају Конференције Уједињених нација за трговину и развој (у даљем тексту: *UNCTAD*) на глобалном нивоу се у 2017. години очекивао раст страних директних инвестиција на скоро 1.8 хиљада милијарди америчких долара², а мотиви за прекогранично кретање капитала су различити: остваривање профита, смањење разлика нивоа економске развијености између држава, трансфер технологије и *know how*, улаз на нова тржишта, коришћење јефтиније радне снаге и јефтинијих сировина за производњу итд³.

Са повећањем страних улагања дошло је и до повећања броја спорова између страних улагача и држава пријема капитала поводом тих улагања - међународних инвестиционих спорова. Иако могу да се решавају дипломатским путем и пред националним судовима државе пријема, предмет овог рада су спорови пред међународним арбитражним судовима. Њихов значај се, пре свега,

¹ Ismail Musabegović, Milena Galetin, Petar Mitić, Foreign Direct Investments – the Standard of Fair and Equitable Treatment of Investments on the Example of a Case of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Economic Analysis*, Vol. 48, No. 1-2, 2015, стр. 88; види: Ali Rıza Sandalcilar, Ali Altiner, Foreign Direct Investment and Gross Domestic Product: An Application on ECO Region (1995-2011), *International Journal of Business and Social Science*, 3(22), 2012, стр. 189-198.

² UNCTAD World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy, Key Messages and Overview, 2017, доступно на: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_overview_en.pdf.

³ Musabegović, Galetin, Mitić, *op. cit.*, стр. 87.

огледа у могућности да страни улагач директно покрене спор против државе пријема капитала и на тај начин заштити своја субјективна права. Страни улагачи најчешће користе ову могућност на основу клаузуле о решавању спорова која се налази у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања (*Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ), који је држава чији су они држављани закључила са државом пријема капитала. Број оваквих споразума је у сталном порасту: у 2017. години је закључено нових 9 БИТ-ова, те их тренутно, на глобалном нивоу има близу 3000⁴. Као резултат овог тренда, у сталном је порасту и број инвестиционих спорова покренутих због повреда одредби БИТ-ова. Прошле године су покренута бар 65 таква нова спора који чине око 80% од укупаног број познатих инвестиционих спорова покренутих у 2017. години⁵. Осим тога, спорови између страног улагача и државе пријема могу бити покренути на основу релевантне клаузуле уговора закљученог између ових страна, одредбе која се налази у националном законодавству државе пријема и којом ова држава даје свој једнострани пристанак на арбитражу са страним улагачима, или на основу клаузуле мултилатералног споразума о подстицању и заштити улагања.

Значај инвестиционих спорова се огледа и у могућности њиховог утицаја на економску стабилност државе. Наиме, у пракси арбитражних судова су се јављали случајеви у којима је висина тужбеног захтева истакнута у износу који може да има озбиљне негативне економске и политичке последице по државу пријема⁶. Са друге стране, и за улагача је улагање у страну државу подухват који

⁴ UNCTAD World Investment Report 2018, Investment and New Industrial Policies, стр. 88, доступно на: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf.

⁵ Укупан број познатих спорова између страног улагача и државе пријема је 855. *Ibid.*, стр. 93, 91.

⁶ Види: Separate Opinion on the issues at the quantum phases of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, С.В.Е., Q.C., 14 March 2003, пара. 75: „Разумно је претпоставити да, када држава као што је Чешка Република, са једним дерегулисаним сектором економије, пристаје на страно улагање, она прихвата и ризик наступања националне економске катастрофе. Тужбени захтев је 495,2 милиона долара. Република Чешка има бруто национални доходак од око 53,9 милијарди

са собом носи одређени ризик, првенствено јер је често у питању држава пријема која има различит правни систем и правну културу од оног на шта је он навикао. Због тога би држава пријема, у циљу привлачења страних инвестиција, требало да стави акценат на стварање сигурног инвестиционог окружења. То се, између осталог, постиже предвиђањем независног механизма за решавање могућих спорова као што је међународна инвестициона арбитража⁷.

Утврђивање меродавног права за суштину спора је једно од првих задатака који се поставља пред арбитраже приликом решавања ових спорова. Његово одређење је веома битно јер пресудно утиче на сам исход арбитражног поступка.

У вези са тим су значајне две специфичности ових спорова: непостојање чврстих правила (колизионих норми), *lex fori* на које би се ослонио арбитражни суд приликом одређивања меродавног права, и постојање више различитих правних поредака чија правила могу да буду примењена.

Први проблем се тиче делокализације арбитраже. Наиме, у савременом међународном арбитражном праву које се бави споровима везаним за страна улагања је свакако најзначајније постојање арбитражних судова који су основани и делују под окриљем Међународног центра за решавање инвестиционих спорова – *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (у даљем тексту: ИКСИД). У питању су тзв. „интернационализовани” арбитражни судови који немају свој *lex fori*, те нису везани колизионим нормама ниједне државе. Заправо, они имају седиште у некој држави у физичком смислу, али нису везани за њега приликом поступања и одлучивања. У ову групу спада и

долара. У наставку, арбитар Браунли истиче, да би тужбени захтев постављен у овом спору био еквивалентан износу од 19.3 милијарди америчких долара уколико би тужена држава била Велика Британија, 26 милијарди америчких долара да је у питању Немачка, а 131 милијарда америчких долара да су тужене Сједињене Америчке Државе. Види пара. 80.

⁷ Ondrej Chvosta, *The Potentially Applicable Systems of Law in Commercial and Investment Arbitrations: A Comparative Perspective*, *Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol.*, vol 22, 2014, стр. 21.

Иранско-амерички трибунал (*Iran-United States Claims Tribunal*), арбитражни суд који је формиран на основу Алжирске декларације⁸ - споразума Сједињених Америчких Држава и Ирана како би решавао спорове између држављана Сједињених Америчких Држава и Ирана и држављана Ирана против Сједињених Америчких Држава који су настали по основу дугова, уговора, експропријације и других мера које су имале дејство на имовинска права⁹. Инвестициони спорови, дакле, нису били основни предмет решавања овог арбитражног суда, већ је он решавао о имовинско-правним захтевима поменутих страна. Значај Иранско-америчког трибунала за инвестиционе спорове се, пре свега, огледа у његовом тумачењу правила међународног права која се односе на заштиту имовинских права странаца уопште.

У другу групу спадају сви остали арбитражни судови који решавају инвестиционе спорове и имају своје седиште, које има правни значај приликом њиховог поступања¹⁰.

Друга специфичност, а самим тим и проблем који се јавља приликом утврђивања меродавног права за суштину спора је постојање више слојева правних правила. Наиме, у самом инвестиционом уговору или БИТ-у може да постоји клаузула о меродавном праву. У њој може да буде предвиђена примена различитих извора права: национално право (државе пријема, право државе чији је држављанин страни улагач или право неке треће државе), међународно право,

⁸ Declaration of The Government of The Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by The Government of The United States of America and The Government of The Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981; текст доступан на: <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>.

⁹ Види: <http://www.iusct.net>.

¹⁰ Ondrej Chvosta, *op. cit.*, стр. 26; Више о овом види: Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, 2013, стр. 19 и даље.

односно истовремено национално и међународно, обичајно међународно право, општа правна начела, одредбе споразума о подстицању и заштити улагања, *lex mercatoria* итд. Међутим, постоји могућност и да се у БИТ-у и инвестиционом уговору не налази клаузула о меродавном праву. Извори који регулишу решавање инвестиционих спорова углавном садрже одредбе по којима арбитражни судови поступају у том случају. И у њима налазимо примену различитих слојева права. Тако је другом реченицом члана 42(1) ИКСИД конвенције¹¹, која обавезује арбитражне судове ИКСИД, предвиђено да уколико се странке нису сагласиле о меродавном праву, арбитражни суд примењује „право државе уговорнице која је странка у спору (као и њена правила о сукобу закона) и правила међународног права која се примењују у датој области”¹². Оваквом одредбом је арбитражном суду дата могућност да на суштину спора примени и правила националног права државе пријема и правила међународног права.

Осим утврђивања који ће се слој правила применити, поставља се питање начина на који се остварује садејство ових правила у једном спору. Наиме, пракса арбитражних судова показује да се у истом спору различита права/правна правила одређују као меродавна за различита правна питања, те је циљ правилно утврдити када које право применити. Посебно је у том смислу битан међусобни однос националног и међународног права приликом одређивања једног и/или другог као меродавног.

¹¹ Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција), Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр. 2/2006; *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention)*, 575 UNTS 159, 4 ILM 524 (1965). Ступила на снагу 1966. године; тренутно има 153 држава уговорница; Република Србија је 2007. године приступила Конвенцији; текст доступан на: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>.

¹² Превод: Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 369.

2. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА И ХИПОТЕЗЕ

Имајући у виду актуелно стање и потребе правне праксе, као и константан пораст броја инвестиционих спорова који се решавају пред арбитражним судовима, намеће се потреба за детаљнијом и обухватном анализом начина одређивања (избора) меродавног права за суштину спора у арбитражним споровима који се јављају између државе пријема капитала и страног улагача, јер је присутан очигледан проблем недовољне правне сигурности у вези са овим питањем.

Циљ истраживања је да се прикаже да су арбитражни судови приликом коришћења различитих метода одређивања меродавног материјалног права у сталној потрази за равнотежом између приватних интереса страних улагача са једне стране и јавног интереса одређене државе, односно међународног правног поретка, са друге. Анализа досадашње арбитражне праксе у области инвестиционих спорова показује тенденцију арбитражних судова да се приликом тумачења правила у вези са одређивањем меродавног права ослањају и на раније донете арбитражне одлуке. Због тога ће посебна пажња у истраживању бити посвећена, поред анализе одговарајућих арбитражних правних правила, и анализи релевантне арбитражне праксе. Тиме се на целовит начин приказује поступак утврђивања меродавног права у овим споровима.

У оквиру главног циља истраживања - утврђивања начина на који арбитражни судови одређују меродавно право за суштину спора, предмет посебне анализе је однос националног и међународног права у том погледу. Наиме, материјалноправне одредбе које се односе на исто правно питање могу да се разликују у међународном праву и националном праву. Указано је да члан 42(1) ИКСИД конвенције у случају непостојања споразума страна о меродавном праву предвиђа примену оба ова правна система. Међутим, иако се ради о најважнијој

одредби која уређује проблем одређивања меродавног права, и даље је спорно какав је међусобни однос националног и међународног права када се примењују на суштину спора.

Утврђивање меродавног права за друга питања у инвестиционим споровима није предмет истраживања. Овде се пре свега мисли на утврђивање меродавног права за питања од којих зависи надлежност арбитражног суда. У раду им се посвећује пажња само у оној мери која је неопходна за остварење главног циља истраживања.

У раду се испитују следеће **хипотезе**:

1. Различита правна питања која се јављају у инвестиционим споровима подразумевају примену различитих правних правила.

2. Одговарајућу улогу приликом решавања спора имају правила међународног права (уговорна и обичајна), одредбе уговора закљученог између државе пријема и страног улагача, као и национално право државе пријема.

3. Одлуке арбитражних судова у којима су различити слојеви правних правила утврђени као меродавни за различита правна питања указују на недоследност у поступању ових судова, што доводи до правне несигурности.

4. Однос националног и међународног права као меродавног за суштину инвестиционих спорова још није прецизно утврђен; кључну улогу за одређивање исхода спора има међународно право.

3. ПОТРЕБЕ ИСТРАЖИВАЊА

Веома је мали број радова и аутора који се код нас баве међународним инвестиционим правом уопште, а самим тим и споровима који се решавају пред међународним арбитражним судовима. Осим тога, не постоје радови који на целовит начин приказују проблематику одређивања меродавног материјалног

права у међународним инвестиционим споровима. Поменута тема је до сада обрађивана фрагментарно. Наиме, у постојећој домаћој литератури аутори су се само освртали на ову проблематику у оквиру радова који су примарно имали други предмет истраживања. Овде бисмо истакли три аутора чије су докторске дисертације умногоме допринеле да се материја права страних улагања боље сагледа и разуме: проф. др Предраг Цветковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу¹³; проф. др Петар Ђундић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду¹⁴ и доц. др Марко Јовановић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду¹⁵. Поред њих, од домаћих аутора бисмо издвојили и значајне радове из области инвестиционих спорова проф. др Маје Станивуковић¹⁶ и проф. др Сања Ђајић¹⁷, редовних професора Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

Са друге стране, велики број арбитражних спорова поводом страних улагања,

¹³ Предраг Цветковић, Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика, докторска дисертација, Ниш, 2005.

¹⁴ Петар Ђундић, Експропријација у међународном приватном праву инвестиција, докторска дисертација, Нови Сад, 2010.

¹⁵ Марко Јовановић, Одговорност државе за заштиту страних директних улагања, докторска дисертација, Београд, 2014.

¹⁶ На пример: Маја Станивуковић, Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића*, Београд, 2006, стр. 514-553; Маја Станивуковић, Двострани споразуми о заштити и унапређењу улагања са државама чланицама Европске уније, *Правни живот*, 12/2011, стр. 311-327; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*; Маја Stanivukovic, Investment arbitration - Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 4 (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), 2015, стр. 149-179.

¹⁷ На пример: Sanja Đajić, Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration-With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses, *International Arbitration Law Review*, vol. 14, 2011, стр. 173-181; Сања Ђајић, Значај предуговорног поступања за надлежност и меритум у инвестиционој арбитражи, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 47, бр. 3, 2013, стр. 275-294; Сања Ђајић, Mapping the Good Faith Principle in International Investment Arbitration: Assessment of its Substantive and Procedural Value, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 46, бр. 3, 2012, стр. 207-233; Сања Ђајић, Маја Станивуковић, Унутрашње право у међународној инвестиционој арбитражи: заборављени и запостављени извор права, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXV, 2/2017, стр. 70-90.

као и доктринарни радови који се баве питањем одређивања меродавног материјалног права у страној литератури показују да још увек не постоји сагласност око тога на који начин у конкретном случају одредити право које ће се применити на меритум спора¹⁸.

Тенденција повећања броја међународних инвестиционих спорова је присутна, како код нас, тако и на глобалном нивоу. Република Србија се све чешће налази у позицији тужене државе у инвестиционим споровима¹⁹. При том не треба изгубити из вида да је међународна арбитража веома скуп начин решавања спорова, чији трошкови могу да буду и неколико десетина милиона долара²⁰. Чињеница да код нас готово нема радова који се првенствено баве једним од најзначајнијих проблема из области међународног инвестиционог права, доводи то тога да нема ни предлога за његово решавање. Како се детаљно обрађује једно од кључних питања из ове материје, резултати спроведеног истраживања могу бити примењени у пракси арбитражних судова те имати велики значај за отклањање постојећих правних неуједначености и несигурности у овој области и представљати значајан допринос доктрини која се бави проблемима међународног права страних улагања.

¹⁸ Новија страна литература која се односи на утврђивање меродавног права у међународним инвестиционим споровима: Yas Banifatemi, *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration and Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Katia Yannaca-Small (ed.), Oxford University Press, 2010; Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, 2010; Jan Dalhuisen, Andrew Guzman, *The Applicable Law in Foreign Investment Disputes*, 30 January 2013, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2209503>; Hege Elisabeth Kjos, *op. cit.*, Christoph Schreuer, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2014; Christopher Thomas, Harpreet Kaur Dhillon, *Applicable Law under International Investment Treaties*, 26 *Singapore Academy of Law Journal*, 2014.

¹⁹ Против Републике Србије је пред ИКСИД-ом покренуто шест поступака, од којих су два окончана, а четири још увек трају; извор: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>. Овај број не обухвата спорове изван система ИКСИД у којима је Република Србија тужена држава.

²⁰ David Smith, *Shifting Sands, Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, стр. 749.

Структура рада

Рад је подељен у седам поглавља. Након уводног дела (I), дат је приказ историјског развоја процесног механизма за решавање инвестиционих спорова, уз указивање на специфичности инвестиционе арбитраже (II). Потом је предмет истраживања аутономија воље у овим споровима (III) и одређивање меродавног права у одсуству споразума странака о овом питању (IV). Посебно поглавље је посвећено анализи односа међународног и националног права (V). Коначно, у последњем делу су наведена закључна разматрања (VI). Списак литературе и коришћених правних извора се налази на самом крају рада (VII).

II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ПРОЦЕСНОГ МЕХАНИЗМА ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА И СПЕЦИФИЧНОСТИ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ

1. Историјски развој решавања спорова поводом заштите имовинских права странаца

Уводна разматрања

Одређивање меродавног права ћемо најпре посматрати кроз историјски аспект развоја решавања инвестиционих спорова. Проблем којем је посвећено ово истраживање – одређивање меродавног права у инвестиционим споровима - јавља се у специфичном контексту инвестиционе арбитраже. У питању је механизам који није искључиво подређен правилима међународног јавног права нити се, са друге стране, може у потпуности изједначити са процесним механизмом за решавање приватноправних (трговинских) спорова. Примера ради, споразуми о подстицању и заштити улагања су међународни споразуми закључени између држава и на њих се примењује међународно јавно право, али је корисник таквог споразума и једна од страна у спору увек приватноправно лице (држављанин или правно лице основано у складу са националним правом)²¹, које се традиционално не сматра субјектом међународног права у потпуности. Исто тако, сам поступак решавања инвестиционог спора је у великом делу преузет из међународне трговинске арбитраже, али се стандарди одговорности и накнада у овим споровима утврђују углавном на основу одредби

²¹ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, стр. 6

БИТ-а и обичајног међународног права, а не споразума страна²². Такође, предмет заштите ових међународних споразума су субјективна права која своју основу имају у неком националном праву. Осим тога, стандарди заштите су прописани у извору међународног права (међународном уговору), али се заштита остварује доношењем арбитражне одлуке која се извршава на начин предвиђен за извршење одлука донетих у приватноправној материји²³.

Процесни механизми за заштиту имовинских права странаца представљају претечу инвестиционе арбитраже какву данас познајемо. Наиме, општеприхваћен став је да само инвестиционо право има своје порекло у међународном праву које се тиче заштите права странаца²⁴ и уско је повезано са почецима прекограничног кретања људи, роба, услуга и капитала. Уколико посматрамо области као што су трговина и улагања, можемо закључити да оне кроз историју готово никада нису биле ограничене територијом једне државе. Још у старом веку су ниска продуктивност и честе неродне године проузроковане елементарним непогодама изазвале потребу за увозом намирница, што је утицало на развој трговине. У Месопотамији и Египту су коришћене велике реке као основне трговачке саобраћајнице, док су Феничани, Грци и Римљани развили прекоморску трговину²⁵. У Закону XII таблица се потврђује, на директан или индиректан начин, постојање пословних односа са странцима. Према једној од ових одредби својинска овлашћења римских грађана према

²² Christopher Dugan, Don Wallace, Jr., Noah Rubins, Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011, стр. 3

²³ Zachary Douglas, *op. cit.*, стр. 6-7.

²⁴ Surya Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2008, стр. 8. У том смислу овај аутор под међународним правом које се бави заштитом права странаца подразумева међународно право људских права и начела међународног јавног права (начела правичности, једнакости, правде и забране дискриминације). Међутим, не треба изгубити из вида чињеницу да се у оквиру области права странаца изучавају и приватно-правни односи у које они ступају- својинске, уговорне односе, привредно-правне односе итд.

²⁵ Срђан Шаркић, *Опита историја државе и права*, Драганић ДОО, Београд, 2008, стр. 40-41.

странцима су вечна²⁶. Осим тога, још у старом Риму се идентификују специфични статуси лица који се разликују од оних која имају Римљани²⁷.

Данас се правни статус странаца веома разликује од оног из античких времена²⁸. У том смислу је Борчард (*Edwin Borchard*) истакао да је правни положај странаца временом знатно унапређен - од периода почетка Римског царства и постојања немачких племена, када њихов положај готово уопште није био правно уређен, до садашњег положаја у којем су страни држављани у многоме изједначени са домаћим²⁹. Такав смисао има, на пример, и одредба члана 17. Устава Републике Србије о положају странаца: странци, у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајемчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије. Осим тога, у Уставу се истиче да су страна лица изједначена на тржишту са домаћим³⁰, да могу стећи својину на непокретностима, у складу са законом или међународним уговором, као и да могу стећи право концесије на природним богатствима и добрима од општег интереса, као и друга права одређена законом³¹. Дакле, страни држављани у нашој држави само изузетно

²⁶ *Adverus hostem aeterna auctoritas esto* (лат.). Антун Маленица, *Римско право*, Правни факултет, Нови Сад, 2003, стр. 65.

²⁷ Са једне стране су то робови који нису имали статус субјекта права, већ објекта који се налази у имовини слободног човека. Са друге стране, перегрини- становници провинција, имају *status libertatis*, живе по сопственом праву, а када закључују послове са елементом иностраности (са Римљанима или становницима других провинција), служе се *ius gentium*-ом. Антун Маленица, *op. cit.*, 148.

²⁸ О (међународној) арбитражи у Старој Грчкој и Риму види више: Henry Fraser, *Sketch of the History of International Arbitration*, *Cornell Law Review*, vol. 11, issue 2, 1926, стр. 185-190; Frank Emerson, *History of Arbitration Practice and Law*, *Cleveland State Law Review*, 1970, vol. 19, issue 1, стр. 155-164.

²⁹ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1925, стр. 33. Текст доступан на: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc2.ark:/13960/t4xg9t16s;view=1up;seq=7>.

³⁰ Устав Републике Србије, члан 84.

³¹ Устав Републике Србије, члан 85. Најзначајнији правни прописи који регулишу област страних улагања у нашој земљи су Закон о улагањима („Сл. гласник РС”, бр. 89/2015), Закон о

нису изједначени са домаћим држављанима³². Сличне одредбе се могу наћи и у уставима других држава, а државама које заступају став да не би требало да имају уопште (или да би требало да имају веома мало) обавеза у погледу заштите права странаца недостаје поверење које је неопходно за привлачење страних инвестиција³³.

Развој процесних механизма заштите имовинских права странаца ће бити приказан кроз неколико периода. Најпре ће се анализирати период до почетка I Светског рата, а након тога ће се указати на владајуће околности између два светска рата које су значајне за ову проблематику. Коначно, последњи део који се бави еволутивним путем процесних механизма заштите права странаца јесте период после II Светског рата до данашњих дана.

1.1. Период до почетка Првог светског рата

Савремено међународно право које се бави заштитом права странаца настаје крајем 18. и почетком 19. века. То је период индустријализације у државама западне Европе и Сједињеним Америчким Државама, те стицања колонија³⁴ и стварања вишка капитала. Као последица наведеног, јавило се прекогранично кретање тог вишка капитала и то, пре свега, према прекоморским територијама колонијалних сила. Овим улагањима није била потребна никаква (међународна)

јавно-приватном партнерству и концесијама („Сл. гласник РС”, бр. 88/2011) и билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања.

³² Ово се пре свега односи на политичке слободе и права која су углавном апсолутно резервисана за домаће држављане.

³³ Edwin Borchard, The „Minimum Standard” of the Treatment of Aliens, *Michigan Law Review*, vol. 38, No. 4, 1940, стр. 460. Текст доступан на:
http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4469&context=fss_papers.

³⁴ У том периоду је Велика Британија, након Рата за шпанско наслеђе (1701-1714), а посебно након Седмогодишњег рата (1756-1763) освајањем прекоморских територија постала водећа колонијална сила на свету; Jackson J. Spielvogel, *Western Civilization*, 8th edition, Wadsworth, USA, 2011, стр. 647.

заштита с обзиром на то да су правни системи колонија постојали и функционисали у оквиру правних система држава колонизатора³⁵. Тек у последњој деценији 19. века, уследило је и кретање страних улагања из ових држава у државе које (више) нису биле колоније, посебно у државе централне и јужне Америке. Међутим, како је политичка ситуација у државама пријема капитала била прилично нестабилна, обележена унутрашњим немирима, западне силе су желеле да обезбеде да то не утиче на њихове држављане када инвестирају у економије тих држава³⁶. Наиме, оне су сматрале да имају право да заштите своје држављане када државе пријема капитала према њима не поступају у складу са минималним стандардом третмана из међународног права³⁷ и то путем дипломатске заштите. Штавише, према схватању Борчарда дипломатска заштита представља и обавезу државе³⁸ која настаје на основу посебног правног односа између ње и њеног држављанина. Са друге стране, у одлуци тадашњег Сталног суда међународне правде, у чувеном случају *Mavrommatis* истакнуто је да пружање дипломатске заштите представља овлашћење државе: „Један од основних принципа међународног права је да је држава овлашћена да пружи заштиту својим држављанима уколико им је актом друге државе, који је супротан правилима међународног права, нанета

³⁵ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2010, стр. 19.

³⁶ O. Thomas Johnson Jr. and Jonathan Gimblett, From Gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law у *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, edited by Karl P. Sauvant, стр. 651.

³⁷ Према Борчарду, обим права који нека држава мора признати страним држављанима одређен је применом обичаја и међународних споразума, а свакако је томе допринело и право на заштиту које држава пружа свом држављанину у иностранству. Такав ниво права обезбеђује страном држављанину одређени минимум права неопходан за уживање права на живот, слободу, права својине и штити га од сваке самовоље државе. Осим тога, држава не може лишити страног држављанина права да захтева дипломатску заштиту од своје државе, уколико му држава (пријема) ускраћује такав минимум права. Види: Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, стр. 39. О односу националног третмана и минималног стандарда третмана странаца у међународном праву види: Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2012, стр. 8-11.

³⁸ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, стр. 25.

повреда, а од које нису успели да обезбеде задовољење уобичајеним каналима... Држава, заправо, обезбеђујући својим држављанима поштовање владавине међународног права, остварује своја права”³⁹.

Иначе, осим дипломатске заштите која је зависила од државе његовог порекла, у овом периоду је страни улагач могао да оствари своја права покретањем спора пред националним судом државе пријема капитала, али није постојала могућност да директно тужи државу пријема изван њених судова јер је она уживала апсолутни јурисдикциони имунитет. Заправо, по правилима међународног права физичко лице против државе пријема није имало право да поднесе захтев за решавање спора трећем лицу⁴⁰. Дакле, постојало је арбитражно решавање спорова поводом страних улагања, али само уколико су стране у поступку биле државе. Изузеци од овог правила се могу наћи веома ретко, као што је то случај *Suez Canal Company v Egypt* из 1864. године, у којем је Наполеон III, поступајући као арбитар појединац, донео одлуку у вези са спорним питањима везаним за уговор о концесији између наведених страна⁴¹.

Сматра се да је *Jay Treaty (Treaty of Amity, Commerce and Navigation)*⁴² - Споразум о пријатељству, трговини и пловидби, закључен 1794. године између Сједињених Америчких Држава и Велике Британије, првенствено ради

³⁹ *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Collections of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 2, 1924, стр. 12; доступно на: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf.

⁴⁰ Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Practical Solutions*, *International Commerce and Arbitration*, vol. 1, Eleven International Publishing, 2008, chapter II, стр. 5.

⁴¹ Овде је Наполеон III поступао као арбитар, али је, заправо, петочлана комисија водила усмене расправе. Види: Jason W. Yackee, *The First Investor-State Arbitration*, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1375, 15 March 2015, стр. 26; доступно на: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2715575>. Види и: Joseph A. Obieta, *The International Status of the Suez Canal*, with a foreword by Richard R. Baxter, Martinus Nijhoff, The Hague, 1960, стр. 7.

⁴² *Treaty of Amity, Commerce and Navigation, between His Britannick Majesty; and The United States of America*, текст доступан на: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp.

утврђивања дела границе у Канади, први међународни уговор који је предвидео арбитражу као (миран) начин решавања спорова између две државе, када они нису могли да се реше путем преговора. Овим споразумом су установљене три мешовите комисије за решавање спорова између њих⁴³, које су биле састављене од једнаког броја америчких и британских држављана. Ове мешовите комисије нису, заправо, биле *ad hoc* арбитражни судови јер није постојала трећа неутрална страна која би о спору одлучивала⁴⁴. *Jay Treaty* свакако представља значај корак у развоју процесног механизма за решавање инвестиционих спорова јер су и друге државе почеле да закључују сличне споразуме који су готово увек предвиђали да ће у случају настанка спора, њихово решавање бити поверено (мешовитим) комисијама⁴⁵. Ти споразуми су, пре свега, имали за циљ да олакшају трговину и транспорт, али су садржали и одредбе којима се државе обавезују да на својој територији штите имовинска права држављана друге државе уговорнице⁴⁶. У литератури се истиче да је Споразум о пријатељству, трговини и пловидби настао као одговор на тзв. *gunboat diplomacy*, али да се због непостојања одговарајућег форума који би решавао ове спорове⁴⁷, и у годинама након његовог потписивања, дипломатској заштити која је подразумевала употребу силе и даље често прибегавало.

⁴³ Више о овим комисијама - The St. Croix Commission, the British Debts Commission и The Maritime Claims Commission, види: Richard Lillich, The Jay Treaty Commissions, *St. John's Law Review*, vol. 37. no. 2, 1963, стр. 260-283.

⁴⁴ Lučka Vavpetič, Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in Transatlantic Trade and Investment Partnership and Comprehensive Economic and Trade Agreement and its impact on European policies, *Magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana*, 2016, стр. 17.

⁴⁵ Од 1794. до 1900. године је било око 170 случајева који су решени путем арбитраже; извор: Бранимир Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд, 1974, стр. 290.

⁴⁶ Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, стр. 84-85.

⁴⁷ Susan Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*, vol. 73, issue 4, 2005, стр. 1525-1526.

Што се саме дипломатске заштите тиче, она је била веома специфична и у многоме се разликује од оног што се данас сматра дипломатском заштитом. Наиме, у том периоду она није била начин мирног решавања спорова већ је често представљала процес повезан са вршењем војних, економских и политичких притисака од стране јачих држава према слабијим⁴⁸. Најчешће је подразумевала употребу силе или претњу употребом силе и готово све колонијалне силе су је у великој мери користиле. Тако, на пример, претњу употребом силе можемо наћи у случају сицилијанског сумпорног монопола (*The Case of the Sicilian Sulphur Monopoly*). У овом случају је Краљевство Две Сицилије 1838. године закључило уговор којим је француско привредно друштво стекло ексклузивно право на експлоатацију и трговину сумпором на територији Краљевства. Монопол овог привредног друштва је имао утицаја на све привредне субјекте који нису француски држављани, а који се баве истом делатношћу. Велика Британија је упутила протест, наводећи да је дошло до повреде међународног споразума ове две државе којим се држављанима Велике Британије гарантује статус најповлашћеније нације. Како није сматрала да је подношење дипломатског протеста довољно, Велика Британија је одлучила да пошаље и своју ратну морнарицу у воде Краљевства и успостави поморску блокаду. Након тога, Краљевство Две Сицилије је прихватило решавање спора пред комисијом, уговор о успостављању монопола је поништен, експлоатација и трговина сумпором од стране британских привредних друштава поново успостављена, а Краљевство се обавезало да им надокнади штету насталу због уговора којим је успостављен монопол⁴⁹.

⁴⁸ Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009, стр. 32; [цитирано према: С. Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, 1964, стр. 514-515].

⁴⁹ Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013, стр. 63-65. Познат је и случај у којем је због спора између Француске и Мексика била предузета француска војна интервенција у Вера Крузу, види више: Andrew Graham-Yooll, *Imperial Skirmishes: War and Gunboat Diplomacy in Latin America*, Olive Branch Pr; Second Edition, 2002, стр. 70-74; као и случај *Don Pacifico Affair*, у

Значајан преокрет у том смислу учињен је усвајањем Хашке конвенције о мирном решавању међународних спорова, 1899. године⁵⁰. У четвртом делу Конвенције који говори о међународној арбитражи, у члану 16. је наведено да арбитража представља најделотворније, али у исто време и најправедније средство решавања спорова када то није могуће постићи дипломатским путем, док члан 19. истиче да државе уговорнице имају право да између себе закључују нове споразуме којима би се арбитражно решавање спорова, уколико је то могуће, предвидело као обавезно. Конвенцијом је предвиђено и оснивање Сталног арбитражног суда у Хагу⁵¹, као и утврђивање правила арбитражног поступка⁵². На Другој хашкој конференцији је извршена ревизија Конвенције, те је новом Конвенцијом о мирном решавању међународних спорова из 1907. године она унапређена⁵³. Њен значај се огледа у идеји да се забрани пракса употребе силе ради наплате потраживања и у могућности да две суверене

којем је британском држављанину (који је био и Јеврејин) услед напада антисемитски настројених Грка запаљена кућа, као и копије књига чији је он био аутор. Премијер Велике Британије је послао краљевску ратну морнарицу у Егејско море, блокирао улаз у луку, запленио грчке бродове и претио да ће запалити луку Пиреј и Атину. То је трајало три месеца, да би након тога Грчка пристала да надокнади штету британском држављанину. Види више: Derek Taylor, *Don Pacifico: The Acceptable Face of Gunboat Diplomacy*, London, Portland OR: Valentine Mitchell, 2008. Ово је очигледан пример употребе прекомерне силе приликом пружања дипломатске заштите.

⁵⁰ Convention (I) for the Pacific Settlement of International Disputes (HAGUE I), 29 July 1899; текст доступан на: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp.

⁵¹ Чл. 20-29. Хашке конвенције о мирном решавању међународних спорова из 1899. године.

⁵² Чл. 30-57. Хашке конвенције о мирном решавању међународних спорова из 1899. године.

⁵³ Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, (Hague I), October 18, 1907; текст Конвенције је доступан на: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp. На Првој хашкој конференцији, 1899. године, Русија је предложила усвајање обавезне арбитраже (бар за неке случајеве, као што су накнада штете, тумачење међународних уговора и сл.). Немачка, која се припремала за рат, била је против тога, те предлог није усвојен, с обзиром на то да је била потребна сагласност свих држава. Тек је делимичан резултат постигнут када је у закључни акт Друге хашке конференције унета декларација у којој се наводи: „Једногласно се признаје начело обавезне арбитраже и изјављује да се извесни спорови, нарочито они који се односе на тумачење и примену међународних споразума, могу подвргнути обавезној арбитражи, без икаквих ограничења“. Види: Бранимир Јанковић, *op. cit.*, стр. 290.

државе учествују у арбитражи у име својих држављана⁵⁴.

Интересовање за међународну арбитражу⁵⁵ је након доношења Хашких конвенција почело да расте, те долази до интензивног уношења арбитражних клаузула у међудржавне споразуме, односно до закључивања уговора о арбитражи⁵⁶. Међутим, у државама Латинске Америке се међународна арбитража схватала потпуно другачије захваљујући доктрини коју је поставио Карлос Калво (*Carlos Calvo*), аргентински правник и дипломата, сматрајући да је то неопходно како би се спречиле злоупотребе развијених држава око одређивања надлежности за решавање међународних спорова. Наиме, према тзв. *Калво доктрини* страни држављанин је дужан да поднесе захтев за решавање спора суду државе на чијој територији је спор настао. То би значило да су само судови државе у којој се улагање реализује надлежни за решавање спорова проистеклих из страних улагања. Према томе, у средишту ове доктрине се налази залагање за ускраћивање дипломатске заштите странцима. Схватање је било инкорпорисано у многим уставима држава Латинске Америке, али и клаузулама њихових међународних споразума, са једне стране, и уговора које су ове државе закључивале са странцима, са друге стране⁵⁷.

⁵⁴ Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Nijhoff International Investment Law Series, BRILL, 2017, стр. 12 [наведено према: Wolfgang Benedek, *Drago-Porter Convention (1907)* у *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ed. By Rüdiger Wolfrum), 2007, пара. 3-8].

⁵⁵ У овом периоду је основана и претеча данашњег Међународног арбитражног суда у Лондону; извор: <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>.

⁵⁶ У периоду од 1907. до 1914. године у различите споразуме је унето око 30 арбитражних клаузула и закључено преко 70 арбитражних уговора. Укупно је пред почетак I Светског рата на снази било скоро 300 ових уговора и клаузула који су обавезивали 47 држава из свих делова света. Извор: Зоран Радивојевић, *Међународна арбитража, Српско право и међународне судске институције*, *Институт за упоредно право*, 2009, стр. 134. [Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, 2002, стр. 880].

⁵⁷ Surya Subedi, *International Investment Law - Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2012, стр. 14. Види више: *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, D'Amyot, Paris, 1868;

текст доступан на: <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044049734569;view=1up;seq=480>.

Пред почетак I Светског рата, 1914. године било је јасно да је неопходно основати међународни суд који би имао шира овлашћења него што их је имао Стални арбитражни суд, односно међународни суд опште надлежности који би могао да одлучује о свим питањима међународноправног карактера. Његовим оснивањем би се у потпуности остварила идеја мирног решавања спорова, а самим тим потиснула *gunboat diplomacy* и унапредила заштита имовинских права странаца. Током самог рата овакво становиште се само учврстило⁵⁸.

1.2. Период између два светска рата

Као резултат напора да се постигне напредак у мирном решавању спорова, Друштво народа је основало Стални суд међународне правде 1922. године. Наиме, Први Светски рат је окончан 1919. године потписивањем Версајског споразума између Немачке и савезничких сила Антанте. У члану 14. овог Споразума је наведено да ће Савет Друштва народа сачинити и поднети члановима Друштва народа на усвајање предлог за оснивање Сталног суда међународне правде, који ће бити надлежан да одлучује о било ком спору међународног карактера који му стране повере на решавање. Са друге стране, последице рата су допринеле и учвршћивању идеје да би међународну арбитражу требало често користити као средство решавања спорова на миран начин, што је и изнето већ у првим одредбама Версајског споразума, док је чланом 304. предвиђено да ће Немачка са сваком државом потписницом понаособ основати мешовити арбитражни суд (*Mixed Arbitral Tribunal*), који ће решавати имовинске спорове настале између држављана те две државе⁵⁹.

⁵⁸ Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 3, 1922, стр. 246-247;

текст доступан на: http://www.jstor.org/stable/1329614?seq=3#page_scan_tab_contents.

⁵⁹ Текст Версајског споразума доступан на:

<http://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>;

http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/versailles_menu.asp.

Сматрало се да је постојање међународне арбитраже доведено у питање оснивањем Сталног суда међународне правде⁶⁰. Често се истицало да су Стални арбитражни суд и Стални суд међународне правде превише слични и да врше у широком обиму исту функцију, те да ће арбитража убрзо бити непотребна. Ово се, наравно, није десило. Значајне разлике које постоје међу њима биле су довољне да они могу да коегзистирају. Најзначајнија разлика је у самом поступку. Наиме, Стални суд међународне правде (сада Међународни суд правде) има утврђен поступак за решавање спорова, док је арбитража, по природи, релативно флексибилна, те може да удовољи потребама и жељама страна у спору. Друга битна разлика је у могућности приступа - стране у спору пред Међународним судом правде могу бити само државе, док се као стране пред арбитражним судом могу јавити како државе, тако и приватноправни субјекти. Ово је нарочито битно у области међународних инвестиција, у којима се спор јавља између страног улагача (као физичког лица, односно привредног друштва) и државе пријема улагања⁶¹, те је јасно да ове стране не могу захтевати решавање свог спора пред Међународним судом правде.

У овом периоду је основана још једна веома важна институција за међународну арбитражу. Реч је о Међународној трговинској комори (МТК), која је 1919. године настала ради унапређења трговине и инвестиција, стварања отвореног тржишта роба и услуга, као и да би се омогућило слободно кретање капитала, док је Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе основан 1923. године⁶².

⁶⁰ Nicolette Butler, *The State of International Investment Arbitration: The Possibility of Establishing an Appeal Mechanism*, PhD thesis, University of Leeds, 2012, стр. 47-48; [наведено према: М. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, стр. 151-153].

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Види више: <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/the-merchants-of-peace/>.

Такође, Сједињене Америчке Државе су непосредно након завршетка Првог светског рата интензивно почеле да раде на унапређењу својих међудржавних споразума у циљу проширења спољне трговине. Као последица тога, нови споразуми о пријатељству, трговини и пловидби су у једној клаузули садржали одредбе о заштити страних улагања. Према мишљењу Салакјуза (*Jeswald W. Salacuse*), ови споразуми, међутим, нису предвиђали одговарајућу заштиту имовинских права привредних друштава, што је исправљено тек у наредном периоду⁶³. Споразуми у овом периоду су, дакле, садржали одредбе о заштити улагања, али су оне у односу на одредбе којима се регулишу трговински (привредни) односи, биле секундарног значаја⁶⁴.

Један спор који се одвијао пре почетка II Светског рата је изузетно важан у еволуцији арбитражних спорова између страног улагача и државе пријема- *Lena Goldfields v USSR*⁶⁵. Наиме, то је био период након Октобарске револуције, 1917. године у Русији, када су власти у овој држави у потпуности укинуле приватну својину, без исплаћивања било какве накнаде бившим власницима. Како ни након Хашких конференција СССР и државе запада нису успеле да дођу до заједничког решења у погледу међусобних потраживања, свака појединачна држава је, због жеље уласка на огромно руско тржиште, почела да закључује билатералне споразуме са Совјетским Савезом. У овим споразумима је било регулисано питање права на накнаду коју имају држављани ових држава за извршену национализацију од стране СССР-а. Међутим, испоставило се да су резултати ових напора биле накнаде у малом износу у поређењу са губицима које су страни улагачи имали⁶⁶. Било је, додуше, и другачијих примера. Један од њих је поменути случај *Lena Goldfields v USSR*.

⁶³ Jeswald W. Salacuse, *op. cit.* стр. 86.

⁶⁴ Kenneth Vandevelde, A Brief History of International Investment Agreement, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12, No. 1, 2005, стр. 161.

⁶⁵ *Lena Goldfields Ltd v Soviet Government*, Award, September 1930.

⁶⁶ Jeswald W. Salacuse, *op. cit.*, стр. 63.

Lena Goldfields је било енглеско привредно друштво које се бавило ископавањем руде злата у тадашњем Совјетском Савезу. Међутим, 1918. године је, у оквиру програма национализације приватне имовине, морало да престане са радом. Потом је, за време Нове економске политике, ово друштво 1925. године закључило са совјетским властима уговор о концесији који је, поред наведеног, обухватао и истраживање и транспорт руде, али је услов био да се одрекне права на накнаду вредности имовине која му је узета програмом национализације. Потом је Нову економску политику 1929. године заменио Петогодишњи план који се заснивао на централном планирању. Тада је велики број запослених у *Lena Goldfields* дао отказ. Постројења, планови и извештаји привредног друштва, заједно са поверљивим документима, су одузети од стране совјетске владе, а више руководиоца је оптужено за контра-револуционарну активност и шпијунажу. На основу арбитражне клаузуле из уговора о концесији, *Lena Goldfields* је захтевало накнаду у износу од £13,000,000 наводећи да је привредно друштво у потпуности било онемогућено да извршава своје обавезе из уговора о концесији, као и да оствари било какву добит по основу њега. Арбитражни суд је донео одлуку у корист тужиоца, сматрајући да је у овом случају постојало неосновано обогаћење⁶⁷. То што је један енглески арбитражни суд применио општа правна начела, укључујући и принцип *pacta sunt servanda*, а не само национално право право Совјетског Савеза, Видер (*Veeder*) је сматрао јединственим у том тренутку. Овакво поступање арбитражног суда је, према његовом мишљењу, било толико значајно да се може рећи да представља исто оно што откриће ватре представља за људску цивилизацију⁶⁸.

⁶⁷ Види: Arthur Nussbaum, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, *Cornell Law Quarterly*, vol. 36, 1950, стр. 31-53;

доступно на: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1582&context=clr>.

⁶⁸ Timothy Nelson, „History Ain’t Changed“: Why Investor-State Arbitration Will Survive the „New Revolution“ у *The Backlash against Investment Arbitration - Perceptions and Reality*, edited by: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin, Kluwer Law International, 2010, стр. 558. [цитирано према: V. V. Veeder, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, Issue 04, 1998, стр. 747-792].

Може се закључити да су у периоду између два светска рата, процесни механизми заштите имовинских права странаца показали свој напредак. Међутим, могућност да приватноправни субјекти поднесу тужбу против државе која је повредила њихова субјективна права у овом раздобљу и даље представља изузетак, пре него правило. Многа питања која су се тада појавила пред арбитражним судовима разјашњена су у наредном периоду када међународна инвестициона арбитража доживљава своју експанзију и постаје једна од области међународног права која се најбрже развија.

1.3. Период након Другог светског рата

Након II Светског рата Сједињене Америчке Државе и друге развијене државе (као што су Велика Британија и Јапан) су почеле да интензивније закључују споразуме о пријатељству, трговини и пловидби⁶⁹. У њима су се налазиле одредбе о заштити инвестиција, али је надлежност арбитражног суда предвиђена само у случају спора између држава уговорница, а не и између страног улагача и државе пријема. Као резултат тога, све до последње деценије 20. века, инвестициони спорови су само изузетно решавани пред арбитражним судовима.

Са једне стране, као што је већ истакнуто, Совјетски Савез и друге социјалистичке државе су имале специфичан однос према приватној својини, те су биле незаинтересоване за могућност да трећа, неутрална страна одлучује о овим споровима. Такође, државе Латинске Америке су биле неповерљиве према решавању инвестиционих спорова путем међународне арбитраже, што је била последица утицаја Калво доктрине⁷⁰.

⁶⁹ Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, стр. 22, 23.

⁷⁰ Види више: O. Thomas Johnson Jr. and Jonathan Gimblett, *op. cit.*, стр. 670-676. Калво доктрина је 80-тих година прошлог века напуштена, али се последњих година ове државе све више поново окрећу ка њој; Sachet Singh, Sooraj Sharma, *Investor-State Dispute Mechanism: The Quest for a*

Тек након престанка Хладног рата и прихватања модела тржишне економије, на глобалном нивоу се стварају услови за даљи развој међународне инвестиционе арбитраже. Тада долази до закључења великог броја билатералних и неких мултилатералних споразума који за свој предмет имају заштиту страних улагања⁷¹. Најпре су се БИТ-ови закључивали између развијених држава, које су биле извознице капитала, и земаља у развоју, које су биле државе пријема капитала. Први билатерални споразум о подстицању и заштити улагања је закључен 1959. године између Немачке и Пакистана⁷². Овај БИТ је предвиђао само да се спорови *између држава уговорница* могу решавати или пред Међународним судом правде или пред арбитражним судом⁷³. То значи да страни улагач још увек није могао да покрене спор директно против државе пријема у случају настанка спора. Убрзо након закључења првог БИТ-а, усвојена је и Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција, ИКСИД конвенција)⁷⁴, 1965. године, на основу које је основан Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), под окриљем Светске банке, што је представљало

Workable Roadmap, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 29, issue 76, 2013, стр. 92,93.

⁷¹ Stephan Schill, International Investment Law as International Development Law у *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012-2013* (ed. Andrea Bjorklund), Oxford University Press, 2014, стр. 337.

⁷² Treaty between The Federal Republic Of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments (Signed at Bonn, on 25 November 1959); текст доступан на: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf

⁷³ Члан 11, тачка 2. Споразума између Савезне Републике Немачке и Пакистана о унапређењу и заштити инвестиција. О међудржавним споровима у вези са страним улагањима који се решавају пред међународним арбитражним судовима и новом хибридном приступу у њиховом решавању и односу са споровима између страног улагача и државе пријема види више: Anthea Roberts, State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, no. 1, 2014, стр. 1-70.

⁷⁴ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention), 575 UNTS 159, 4 ILM 524 (1965); Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (1965), Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр. 2/2006. Ступила на снагу 1966. године; тренутно има 153 државе уговорнице; Република Србија је 2007. године приступила Конвенцији; текст доступан на: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>.

революционарни корак када је решавање инвестиционих спорова у питању. Међутим, још дуго након усвајања ИКСИД конвенције се спорови између страног улагача и државе пријема нису решавали директно, пред међународним арбитражним судом. Наиме, да би ИКСИД конвенција остварила свој смисао мора постојати одговарајући инструмент који садржи пристанак државе на међународну арбитражу. То значи да је заснивање надлежности ИКСИД арбитражног суда условљено тиме да сваки спор прође кроз тзв. *double barreled* тест, односно да морају бити испуњени и услови из ИКСИД конвенције и услови из инструмента који садржи пристанак страна у спору на арбитражу. Ти инструменти који садрже овај пристанак су најчешће управо билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања. Реч је, заправо, о клаузулама о решавању спорова у БИТ-овима путем којих држава унапред даје пристанак да буде тужена у случају настанка спора, између осталог, пред неутралним, међународним форумом – међународним арбитражним судом. Тиме је била уведена суштинска промена у систем решавања спорова о страним улагањима јер је страни улагач коначно могао директно да покрене арбитражни поступак против државе пријема⁷⁵.

Први спор који је решен између страног улагача и државе пријема улагања по основу билатералног споразума о подстицању и заштити улагања је био *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka*⁷⁶, 1987. године, када је страни улагач из Хонг Конга, британска компанија *Agricultural Products Ltd*, поднела захтев за решавање спора ИКСИД-у, захтевајући накнаду штете настале због сукоба безбедносних снага Шри Ланке и тамилских побуњеника.

⁷⁵ Види више: Jan Paulsson, Arbitration Without Privity, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 10. no. 2, 1995, стр. 232-257.

⁷⁶ *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990; Основ за покретање међународне инвестиционе арбитраже је био БИТ закључен између Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске и Шри Ланке, 1980. године.

Билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања су тиме постали и инструмент који је успео да усклади супротстављене интересе страна у спору. Наиме, са једне стране су то биле државе у развоју које нису имале капитал, технологију и друге неопходне чиниоце за модернизацију своје инфраструктуре и развијање привреде, а које су у страним инвестицијама виделе могућност унапређења конкурентности на глобалном тржишту. Са друге стране, страни улагачи који су се бавили великим пројектима, као што су финансирање и развој електрана, изградња нафтних постојења и гасовода, саобраћајне инфраструктуре, су желели да буду сигурни да њихове инвестиције неће бити предмет експропријације у држави пријема, односно да накнадне измене законодавства државе пријема неће утицати на третман инвестиција, као и да се настали спорови неће решавати пред судовима државе пријема, пре свега због бојазни да у том случају неће имати одговарајући третман⁷⁷. Увођењем поменутих клаузула успостављен је правни баланс који је недостајао међу овим странама.

Данас БИТ-ови постоје, како између наведених држава, тако и између самих развијених земаља, односно земаља у развоју⁷⁸. Мрежа БИТ-ова, дакле, обухвата државе широм света, укључујући и оне које су се дуго противиле идеји остваривања заштите страних улагања на међународном плану - државе некадашњег источног блока и Латинске Америке⁷⁹. Као што се из изнетог може видети, до праве експанзије ових споразума долази скоро 30 година након закључења првог БИТ-а⁸⁰. Тако је 1969. године било закључено 72 оваква споразума, 1979. године 165, пред почетак 1990. године 385 БИТ-а, а 1857 на

⁷⁷ Margaret Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, стр. 220, 221.

⁷⁸ Susan Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, стр. 1527, 1528.

⁷⁹ База закључених БИТ-ова је доступна на: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>.

⁸⁰ Између Кине, Јапана и Јужне Кореје је 2012. године закључен трилатерални инвестициони споразум - Agreement among The Government of Japan, The Government of the Republic of Korea And The Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment; текст доступан на: <http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/20120513001-3.pdf>.

крају 1999. године⁸¹. Тренутно је, посматрано на глобалном нивоу, на снази око 3.000 БИТ-ова, а као њихова основна сврха се истиче подстицање улагања у државама уговорницама⁸².

Како би се омогућило да арбитражни судови који делују под окриљем ИКСИД-а решавају и спорове у случају да тужена држава није уговорница ИКСИД конвенције или када држава порекла улагача није уговорница ИКСИД конвенције, Административни савет је 1978. године сачинио Допунска арбитражна правила ИКСИД-а (Допунска правила)⁸³. На те спорове се не примењује ИКСИД конвенција, већ ова Допунска правила, што значи да одлука подлеже поступку признања и извршења на основу Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука (1958), што није случај са одлукама донетим на основу Конвенције⁸⁴. Осим тога, велики број спорова покренутих по основу Северноамеричког споразума о слободној трговини се решавао и решава по Допунским правилима, с обзиром на то да Мексико није

⁸¹ Сматрало се да су закључењем Општег споразума о трговини и царинама (*General Agreement on Trade and Tariffs – GATT*), споразуми о пријатељству, трговини и пловидби изгубили на значају и постали неодговарајући за регулисање тадашњих односа између држава увозница и извозница капитала, те да је то довело до појаве БИТ-ова, као новог правног инструмента којим се пружа заштита страним улагањима. Ови споразуми обично садрже мање чланова и краћи су у односу на споразуме о пријатељству, трговини и пловидби, што је последица чињенице да се они односе само на заштиту страних улагања, док се споразуми о пријатељству, трговини и пловидби односе и на трговину, заштиту интелектуалне својине, па чак и заштиту људских права; *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*,

текст доступан на: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf; Више о овоме види: Wolfgang Alschner, Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2, 2013, стр. 455-486; доступно на: http://www.gojil.eu/issues/52/52_article_walschner.pdf. Види и: Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, стр. 14.

⁸² Извор: United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral investment treaties 1959–1999*, 2000, стр. 1; доступно на: <http://unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>.

⁸³ Допунска арбитражна правила ИКСИД-а су претрпела одређене измене, тако да су сада на снази она усвојена 2006. године; види: ICSID Additional Facility Rules, текст доступан на: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-final.pdf.

⁸⁴ О овом види више у делу о специфичностима инвестиционе арбитраже.

уговорница ИКСИД конвенције, а Канада је то тек од 1. децембра 2013. године. Такође, према Допунским арбитражним правилима ИКСИД-а не поставља се услов да спор произлази непосредно из инвестиције⁸⁵. Међутим, да би Генерални секретар ИКСИД-а одобрио решавање спора пред арбитражним судом под окриљем ове организације, неопходно је да трансакција која је предмет спора има карактеристике које се разликују од уобичајених трговинских трансакција⁸⁶. Као последица постојања овог услова, спорови који се решавају по Допунским правилима морају имати одређену „везу са улагањем”⁸⁷.

Поред спорова који се решавају под окриљем ИКСИД-а, инвестициони спорови се решавају и пред другим сталним арбитражним институцијама и *ad hoc* арбитражним судовима. Већина клаузула БИТ-ова о избору форума предвиђа обе могућности. Тако, на пример, Споразум између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити улагања из 2012. године у члану 9, тачка 2. наводи да ће спор бити поднет, по избору улагача: *надлежном суду Стране на чијој територији је улагање извршено, или ad hoc арбитражном суду, основаном на основу Арбитражних правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) или Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), установљеног на основу „Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава“, отвореног за потписивање у Вашингтону 18. марта 1965. године, у случају када су обе стране потписнице наведене конвенције. Такође, БИТ-ови које је Србија закључила, уз наведено, често предвиђају и могућност подношења захтева*

⁸⁵ Члан 2, став 1 (б), Допунских арбитражних правила ИКСИД-а.

⁸⁶ Вид. члан 4, став 1 и 3 Допунских арбитражних правила ИКСИД.

⁸⁷ Sarthak Malhotra, ICID Additional Facility (A Primer), International Law Square, International Law and Arbitration- discussed, analysed and explained, June 16, 2015, доступно на: <https://ilsquare.org/2015/06/16/icsid-additional-facility-a-primer/>.

Арбитражном суду Међународне трговинске коморе⁸⁸.

Међународни инвестициони спорови се већином решавају пред сталном арбитражном институцијом. Према Извешају ИКСИД-а, закључно са 30. јуном 2018. године је овом центру поднето на решавање 676 случајева на основу ИКСИД Конвенције и Допунских арбитражних правила ИКСИД-а⁸⁹. Арбитражном институту Привредне коморе Стокхолма је од 1993. године поднето 73 инвестициона спора, од којих 70% на основу његових арбитражних правила⁹⁰. Ако посматрамо статистичке податке *UNCTAD*-а, према којима је на крају 2014. године било 608 покренутих случајева између страног улагача и државе пријема⁹¹, јасно је да је ово доминантан начин решавања инвестиционих спорова⁹².

У табели 1 се може видети који број ових спорова је решаван пред којом арбитражном институцијом:

⁸⁸ Види, на пример: Споразум између Републике Србије и Црне Горе о узајамном подстицању и заштити улагања, 2009, чл. 9, тач. 2; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан о узајамном подстицању и заштити улагања, 2010, чл. 9, тач. 2; Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Кипар о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005, чл. 9, тач. 2; Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања, 2013, чл. 9, тач. 4. О овом ће више бити речи у наредном поглављу.

⁸⁹ Извор: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf).

⁹⁰ Извор: <http://www.sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2014/>.

⁹¹ Извор: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf.

⁹² Према наведеним изворима скоро једна трећина инвестиционих спорова се решава на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а.

ИНСТИТУЦИЈА ПРЕД КОЈОМ СЕ ВОДИ АРБИТРАЖНИ ПОСТУПАК	БРОЈ СПОРОВА
ИКСИД центар	520
Стални арбитражни суд	110
Арбитражни институт привредне коморе Стокхолма	41
Међународни арбитражни суд Међународне трговинска комора	13
Међународни арбитражни суд у Лондону	5
Арбитражни суд привредне коморе и индустрије у Москви	3
Регионални центар за међународну трговинску арбитражу у Каиру	2

Табела 1

Извор: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>

Осим билатералних споразума, у последњих двадесет година прошлог века је закључено и неколико битних вишестраних споразума: Споразум о подстицању и заштити инвестиција усвојен у оквиру Асоцијације нација Југоисточне Азије (*The Association of Southeast Asian Nation*), 1987. године⁹³; Северноамерички споразум о слободној трговини (*North American Free Trade Agreement*), 1994. године⁹⁴; Уговор о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*)⁹⁵.

⁹³ *Agreement on Promotion and Protection of Investment in ASEAN*; текст доступан на: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=234900. Види и Свеобухватни инвестициони споразум (*Comprehensive Investment Treaty*) који су државе чланице АСЕАН-а закључиле 2009. године. Ступањем на снагу, 2012. године, овај споразум је заменио Споразум из 1987. године. Одредбе новог споразума предвиђају заштиту страних улагача, слично као што је предвиђено у билатералним и мултилатералним споразумима о подстицању и заштити инвестиција (национални третман, третман најповлашћеније нације, поштен и правичан стандард третмана инвестиције, потпуна заштита и сигурност и одредбе у вези са експропријацијом и накнадом). Споразумом је предвиђено да се спорови између страног улагача и државе пријема решавају путем арбитраже- пред ИКСИД-ом или пред *ad hoc* арбитражним судом; извор: <http://www.bakermckenzie.com/RROperatingASEANInvestmentTreatyJul09/>; текст споразума доступан на: <http://agreement.asean.org/media/download/20140119035519.pdf>.

⁹⁴ *North American Free Trade Agreement*, ступио на снагу 1994. године. Споразум је закључен између Сједињених Америчких Држава, Мексика и Канаде; поглавље 11 Споразума се односи на заштиту страних улагања; види више: http://www.naftanow.org/agreement/default_en.asp.

⁹⁵ Циљ доношења Уговора о енергетској повељи је унапређење сектора енергетике које се постиже стварањем отворенијег и конкурентнијег енергетског тржишта, поштујући при том

У том периоду је основан још један арбитражни суд за решавање спорова како између држављана једне државе уговорнице и друге државе уговорнице, тако и између самих држава уговорница. Реч је о Иранско-америчком трибуналу (*Iran-United States Claims Tribunal*), успостављеном на основу Алжирске декларације о решавању спорова⁹⁶. Трибунал је надлежан да решава спорове између држављана Сједињених Америчких Држава и Ирана и држављана Ирана против Сједињених Америчких Држава који су настали по основу дугова, уговора, експропријације и других мера које су имале дејство на право својине. Осим тога, он је надлежан да одлучује о споровима Сједињених Америчких Држава и Ирана проистеклих из уговора о купопродаји роба и услуга, тумачења Алжирске декларације, као и одређеним тужбеним захтевима у вези са банкарским институцијама. Његова пракса за решавање инвестиционих спорова је, пре свега, значајна у погледу решавања спорова проводом експропријације/ национализације, имајући у виду тумачење појма експропријације (укључујући појам индиректне, *de facto* експропријације) у међународном праву. Рок за подношење тужби је био 19. јануар 1982. године, а Трибунал је до сада решио преко 3900 случајева⁹⁷. Члан 3, став 2. Декларације предвиђа да се чланови Трибунала именују и да он спроводи поступак у складу са Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, осим када их измене стране, односно Трибунал како би се омогућило спровођење Декларације⁹⁸.

начела одрживог развоја и суверенитета. Садржи одредбе о заштити страних улагања у овом сектору (III део Уговора се односи на унапређење и заштиту инвестиције), а до сада има 54 потписнице. Види: Energy Charter Treaty, 1994, 34 ILM 360 (1995), доступно на:

http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf.

⁹⁶ Declaration of The Government of The Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by The Government of The United States of America and The Government of The Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981; текст доступан на: <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>.

⁹⁷ Iran-United States Claims Tribunal, извор: <http://www.iusct.net/>.

⁹⁸ Види: David Caron, Lee Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL Arbitration Rules), Oxford University Press, 2013, стр. 4-6.

Циљ свега изнетог је био поједностављење и промоција прекограничног кретања капитала, као и инкорпорација одредби о заштити инвестиција у споразумима/уговорима на свим нивоима - билатералном, регионалном, мултилатералном⁹⁹. Међутим, сви покушаји да се заштита улагања оствари на глобалном нивоу, односно да се усвоји универзални споразум који би регулисао ову материју, су остали неуспешни. То наглашава и Сабеди (*Surya Subedi*), истичући да, у овом тренутку, ниједна међународна организација уопште не разматра такву могућност, остављајући да ова материја буде регулисана обичајним међународним правом, билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања, или споразумима о слободној трговини¹⁰⁰.

Приликом историјског осврта на решавање спорова између страног улагача и државе пријема страног улагања указано је на то да су се они најпре решавали или путем дипломатске заштите или пред судом државе пријема. Данас се инвестициони спорови ретко решавају на ове начине.

Иако се и у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања у клаузули о избору форума обично предвиђа да страни улагач има могућност да спор реши пред националним судом државе пријема, он готово увек настоји да то избегне, пре свега због чињенице да судови државе пријема не могу бити потпуно непристрасни када је једна страна у спору управо њихова држава. Осим тога, постоји раширено схватање да су у државама у развоју судски процеси

⁹⁹ Kenneth Vandeveld, A Brief History of International Investment Agreement, стр. 181-183. Између Кине, Јапана и Јужне Кореје је 2012. године закључен трилатерални инвестициони споразум - Agreement among The Government of Japan, The Government of the Republic of Korea And The Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment; текст доступан на: <http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/20120513001-3.pdf>.

¹⁰⁰ Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart publishing, 2008, стр. 53. Више међународних организација је водило преговоре о овом питању. Тако су, на пример, у оквиру ОЕЦД-а још 1995. године започети преговори о усвајању Мултилатералног инвестиционог споразума (МАИ), али се већ 1998. године од тога одустало. Види више: *ibid.*, стр. 19-53.

спори, а судије често не познају довољно ову комплексну материју, нити су неутралне¹⁰¹.

Са друге стране, дипломатска заштита се сматра неефикасном, те се жели потиснути, што је и предвиђено чланом 27, став 1. ИКСИД конвенције:

Држава уговорница не може пружити дипломатску заштиту или покренути међународни спор у вези са споровима за који су се њен држављанин и држава уговорница сагласили да изнесу или су изнели на арбитражу сходно овој конвенцији, изузев ако је та држава уговорница пропустила да се повинује и спроведе арбитражну одлуку донету у том спору.

Још приликом израде нацрта Конвенције се сматрало да би требало искључити употребу дипломатске заштите јер се на тај начин обезбеђује решавање спорова без утицаја политике и дипломатије, односно на основу права. Према мишљењу Шројера (*Christoph Schreuer*) тиме би интереси и страног улагача и државе пријема били задовољени, али је овај метод, иако са веома ограниченим дометом, још увек присутан¹⁰². Као што се из члана 27(1) може видети, држава уговорница може пружити дипломатску заштиту свом држављанину уколико се друга држава уговорница (држава пријема) не повинује и не спроведе арбитражну одлуку донету у спору између ње и страног улагача. Реч је, дакле, о могућности пружања дипломатске заштите када је у питању извршење арбитражне одлуке¹⁰³. Због постојања ове могућности, али и држава које не обавезује ИКСИД конвенција, указаћемо на основне особености дипломатске

¹⁰¹ Kenneth Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010, стр. 427.

¹⁰² Christoph Schreuer, Investment Protection and International Relations, у *The Law of International Relations - Liber amicorum Hanspeter Neuhold* (A. Reinisch, U. Kriebaum eds.), Eleven International Publishing, 2007, стр. 347.

¹⁰³ *Ibid.*, стр. 347, 348.

заштите.

Основни метод решавања спорова путем дипломатске заштите је упуштањем у преговоре, а уколико они не дају резултате, спор се може решити судским путем, као што је то предвиђено под окриљем Међународног суда правде¹⁰⁴. Више је разлога који не иду у прилог дипломатској заштити као начину решавања инвестиционих спорова. Пре свега, дипломатска заштита подразумева да страни улагач изврши притисак на владу своје државе која би у његово име водила спор пред међународним судом, тј. да покрене међудржавни спор, што је у пракси веома тешко остварити. Улагач нема апсолутно право на дипломатску заштиту, што значи да је одлука владе да ли ће преузети случај дискрециона. Чак и онда када прихвати да поднесе тужбу и на тај начин пружи свом држављанину дипломатску заштиту, она може било када одустати од ње или пристати на мању надокнаду. Укратко, од момента када је држава укључена у решавање спора, улагач има веома мали утицај на његов исход¹⁰⁵. Осим тога, улагач (физичко или правно лице) мора бити држављанин државе која пружа дипломатску заштиту. Иако ово изгледа као јасан услов, у пракси су се јављали проблеми приликом његовог одређења. Наиме, по једном мишљењу, страни улагач мора имати држављанство државе која му пружа дипломатску заштиту у време настанка повреде, па све до момента подношења тужбе. Са друге стране, поједини аутори сматрају да он мора бити држављанин те државе све док се о захтеву не одлучи¹⁰⁶. Уз то, за пружање дипломатске заштите се захтева да је улагач исцрпео сва правна средства која му стоје на располагању у држави пријема¹⁰⁷. Битно је истаћи и да дипломатска заштита може имати озбиљне последице по међународне односе држава које се налазе у спору и велике финансијске трошкове за обе државе. Осим тога, чак и када Међународни суд правде нађе да

¹⁰⁴ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 233.

¹⁰⁵ Andrew Newcombe, Lluís Paradell, *op. cit.*, стр. 6.

¹⁰⁶ Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 44.

¹⁰⁷ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 232. и даље.

је држава пријема својим поступањем, односно пропуштањем учинила повреду међународног права, то не значи да ће страном улагачу бити исплаћена накнада због таквог њеног понашања. Такође, извршење пресуда Међународног суда правде може да се оствари по препорукама или мерама Савета безбедности, што је неповољно за страног улагача, чији је циљ да оствари материјалну надокнаду¹⁰⁸.

Из наведеног је јасно зашто се страни улагачи данас одлучују да решавају своје спорове путем међународне инвестиционе арбитраже, која им пружа много шири обим заштите. Пре свега се овде мисли на билатералне инвестиционе споразуме који су им омогућили да кроз одговарајућу клаузулу заобиђу национална правна средства и имају директан приступ међународној арбитражи. Тако је, како истиче Полсон (*Paulsson*), омогућено „правом тужиоцу” да се суочи са „правим туженим”¹⁰⁹. Решавање ових спорова је коначно било ослобођено свих политичких утицаја. Оно више није зависило од државе порекла страног улагача као код дипломатске заштите, али ни од националног права државе пријема у случају да се спор решавао пред националним судом државе пријема. Све то је одговарало страним улагачима и позитивно утицало на ширење овог механизма решавања инвестиционих спорова¹¹⁰.

Из изнетог се може закључити да се спорови између страног улагача и државе пријема данас решавају на организован начин, путем међународне арбитраже.

¹⁰⁸ Susan Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, стр. 1537 [цитирано према и види више: Kenneth J. Vandeveld, *The Economics of Bilateral Investment Treaties*, *Harvard International Law Journal*, 41, 2000, стр. 162.]. Види члан 94, став 2 Повеље Уједињених нација.

¹⁰⁹ Jan Paulsson, *op. cit.*, стр. 256.

¹¹⁰ Kenneth Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, стр. 432.

Готово у потпуности су деполитизовани јер је остваривање заштите права страног улагача дипломатским путем и пред судовима државе пријема од минималног значаја. Одредбе које пружају могућност инвеститорима да изаберу међународну арбитражу као начин решавања спорова се налазе у уговору о улагању између страног улагача и државе пријема, националном законодавству у вези са страним улагањима, као и у мултилатералним и билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања¹¹¹. Особеност ових споразума је што страни улагач непосредно може да покрене арбитражни поступак против државе пријема, без уплитања своје државе у овај процес, као и без утицаја правосудних органа државе пријема.

Најзначајнија институција за решавање ових спорова је Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, са седиштем у Вашингтону, али се они могу решавати и пред *ad hoc* арбитражним судом који се оснива у сврху решавања конкретног спора или пред другом сталном арбитражном институцијом.

Непостојање универзалног споразума о заштити улагања као ни органа или тела који би искључиво био надлежан за решавање инвестиционих спорова, објашњава деловање овог система данас¹¹². Наиме, различити арбитражни судови различито тумаче инвестиционе споразуме, али и правила обичајног међународног права. Свакако да се то односи и на утврђивање права које ће бити меродавно за суштину спора и утиче на сам исход арбитражног поступка.

¹¹¹ Види више у наредном поглављу.

¹¹² Шил (*Schill*) у том смислу истиче да арбитражни судови, установљени на основу различитих арбитражних правила и без (униформног) органа који би одлучивао о жалбама, решавају појединачне спорове на основу различитих националних и међународних стандарда, чиме се ствара опасност од доношења противречних одлука. Види: Stephan Schill, *International Arbitrators as System-Builders* у *The Emerging System of International Arbitration*, American Society of International Law, *Proceeding of the Annual Meeting*, 28-31 March, 2012, стр. 295.

2. Специфичности инвестиционе арбитраже у односу на трговинску арбитражу

Уводна разматрања

Упоредном анализом трговинске и инвестиционе арбитраже, издвајају се њихове сличности и разлике. На први поглед се чини да су разлике између њих очигледне, пре свега, због поступања арбитражних судова који делују под окриљем ИКСИД-а. Међутим, велики број инвестиционих спорова се и даље решава ван „ИКСИД система“, те су у одређеним фазама поступка они сличнији трговинској арбитражи. Однос ове две врсте арбитраже је сликовито описала Антеа Робертс (*Anthea Roberts*), према чијем мишљењу је инвестициона арбитража на међународну трговинску арбитражу (у делу који се односи на арбитражни поступак) накалемила међународно јавно право (за део који се тиче суштине спора)¹¹³. То значи да је у инвестиционој арбитражи, иако арбитражи *sui generis*, веома јак утицај трговинске арбитраже и то не само у процесно-правном смислу, него и у многим правним схватањима¹¹⁴.

Оно што се одмах може приметити је много дужи временски период од покретања поступка до доношења коначне одлуке у инвестиционој арбитражи. Према мишљењу Сузан Франк (*Susan D. Franck*), овај период износи између две и пет година¹¹⁵. То би се могло оправдати знатно комплекснијим правним и

¹¹³ Anthea Roberts, Divergence between Investment and Commercial Arbitration, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), vol. 106, 2012, стр. 297.

¹¹⁴ T. W. Wälde, The Specific Nature of Investment Arbitration, у *New Aspects of International Investment Law* (P. Kahn and T.W. Wälde, eds), Leiden, Nijhoff, 2007, стр. 54.

¹¹⁵ Susan D. Franck, The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future, стр. 72. Понекад само одлучивање о надлежности арбитражног суда траје око шест месеци, о захтеву за поништење траје од 18 месеци до две године; извор: Nigel Blackaby, Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark), у *Pervasive Problems in International Arbitration* (Loukas A. Mistelis and

чињеничним питањима која се јављају у овој врсти арбитраже.

Међународна инвестициона арбитража је настала знатно касније у односу на трговинску арбитражу. Сматра се да период савремене трговинске арбитраже почиње око 1920. године, доношењем Женевског протокола о арбитражним клаузулама¹¹⁶, Женевске конвенције о извршењу иностраних арбитражних одлука¹¹⁷ и оснивањем Међународног арбитражног суда Међународне трговинске коморе¹¹⁸, а њен значај интензивно расте са усвајањем Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука¹¹⁹ 1958. године (Њујоршка конвенција). Једно од најзначајнијих арбитражних правила по којима поступају арбитражни судови у трговинској арбитражи су Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а¹²⁰. Ова правила су донета 1976. године и односила су се на решавање трговинских спорова између приватноправних субјеката од стране *ad hoc* арбитражних судова, трговинских спорова поверених на решавање сталним арбитражним судовима, спорова између страног улагача и државе пријема, као и међудржавних спорова. Комисија УН за међународно трговинско право је 2006. године закључила да би Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а требало прилагодити променама које су се догодиле у претходних тридесет година. То је 2010. године

Julian D.M. Lew, eds.), Kluwer Law International, 2006, стр. 229. Према једном истраживању, 12% компанија сматра да арбитража генерално предуго траје, а 49% сматра да је често веома дуга. Извор: Schmidt-Diemitz, R., *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit- Eine empirische Untersuchung, Der Betrieb*, 1999, стр. 371 [цитирано према: Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann, Introduction у *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, second edition, ed. by Frank-Bernd Weigand, Oxford University Press, 2009, стр. 28].

¹¹⁶ Protocol on Arbitration Clauses, Geneva, 24 September 1923; текст доступан на: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-6.en.pdf>.

¹¹⁷ Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, Geneva, 26 September 1927; текст доступан на: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-7.en.pdf>.

¹¹⁸ ICC International Court of Arbitration, извор:

<http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/>.

¹¹⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958; текст доступан на: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

¹²⁰ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, 1976; текст доступан на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

учињено, усвајањем њихове ревидиране верзије¹²¹. Коначно, усвајањем Правила УНЦИТРАЛ-а о транспарентности арбитражних спорова између страног улагача и државе пријема покренутих по основу споразума о унапређењу и заштити страних улагања, 2013. године, у Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а је у члану 1, додат став 4. којим је предвиђено да ће се у случају настанка оваквог спора, када је уговорена примена Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а, примењивати и новоусвојена правила о транспарентности на арбитражне поступке покренуте по основу споразума о унапређењу и заштити страних улагања закључених почев од 1. априла 2014. године¹²². Такође, за међународну трговинску арбитражу је значајан и Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи, који је Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право усвојила 1985. године¹²³, а његове измене су извршене 2006. године¹²⁴, као и Арбитражна правила МТК, из 2012. године. Наведена правила ће бити разматрана приликом утврђивања сличности и разлике између ове две врсте међународне арбитраже.

Са друге стране, инвестициона арбитража је након доношења и ступања на снагу ИКСИД конвенције, 1965. године, препозната као посебна врста међународне арбитраже, која своју експанзију доживљава неколико деценија касније, захваљујући, пре свега, наглом порасту закључених билатералних споразума о

¹²¹ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010); текст доступан на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

¹²² UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as revised in 2013), UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2014; текст доступан на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

¹²³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (United Nations document A/40/117, annex I) (As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985); текст доступан на: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf.

¹²⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006; текст доступан на: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

унапређењу и заштити инвестиција. Арбитражне судове који решавају инвестиционе спорове можемо поделити у две групе, у зависности од тога да ли арбитражу администрира ИКСИД центар. Први спадају у тзв. „ИКСИД арбитражу“ (укључујући и оне које примењују Допунска арбитражна правила ИКСИД-а), а други у арбитражне судове изван ИКСИД система и примењују Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а или нека друга арбитражна правила и у многим аспектима су блиски арбитражним судовима који поступају у трговинској арбитражи.

Инвестициона арбитража, дакле, у односу на трговинску, има одређене специфичности. У раду ћемо се концентрисати на неке од њих: стране у спору, сагласност странака да се спор реши пред међународним арбитражним судом, поништај (одбијање признања и извршења) арбитражне одлуке и вишеслојност и сложеност инвестиционих спорова. Све ове специфичности, посредно или непосредно, утичу на проблем одређивања меродавног права за суштину спора.

2.1. Стране у спору

Што се тиче странака у арбитражном поступку, у трговинској арбитражи то могу бити како приватна лица, тако и приватно лице (физичко лице, привредно друштво) и држава. Међутим, када је држава једна од страна у међународној трговинској арбитражи, она иступа *jure gestionis*¹²⁵, односно у приватном својству, а не са позиције власти. Код инвестиционе арбитраже је, пак, држава увек страна у спору. То може имати извесне последице и на процес одређивања меродавног права за суштину спора. Тужена држава природно има интерес да на решавање спора буде примењено њено национално право. Она, за разлику од приватноправних субјеката, може да утиче на изглед свог правног оквира. То јој

¹²⁵ Nigel Blackaby, *op. cit.*, стр. 225.

даје могућност да га прилагоди и створи себи предност у случају настанка спора у којем би њено право било примењено као меродавно. Са друге стране, заштита страних улагача би била доведена у питање уколико би тужена држава увек била у стању да оправда своје понашање позивањем на сопствено право. Због тога улагачи најчешће инсистирају на примени правила међународног права у инвестиционим споровима.

Осим тога, за међународну инвестициону арбитражу је карактеристично да спор готово увек покреће страни улагач. У већини БИТ-ова се чак искључиво то право даје само страном улагачу¹²⁶. Оваква „једностраност“ инвестиционе арбитраже је, према томе, последица специфичног карактера извора који представља основ за заснивање надлежности арбитражног суда али и извор материјалноправних правила која тај суд примењује приликом одлучивања. Примера ради, члан 25, став 1 ИКСИД конвенције не забрањује држави пријема улагања да се јави као тужилац против улагача из друге државе уговорнице. Међутим, ако је основ надлежности арбитражног суда БИТ, по логици ствари као тужилац може да се јави само улагач друге државе уговорнице, будући да материјалноправне одредбе које у оваквим споразумима постоје служе заштити улагача и садрже само обавезе за државе уговорнице. На тај начин у инвестиционој арбитражи правила која би арбитражни суд требало да примени на суштину спора пресудно утичу на процесну улогу коју ће стране у спору заузети. То је јасно и из чињенице да је у малом броју случајева у којима се улагач нашао у улози тужене стране пред арбитражним судом ИКСИД-а основ његове надлежности и права и обавеза странака био уговор о улагању закључен

¹²⁶ Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, стр. 201. На пример, у члану 9. Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Малте о узајамном подстицању и заштити улагања, из 2010. године је предвиђено: *...уколико се решење не постигне у року од три месеца...спор ће бити поднет на решавање у арбитражном поступку, по захтеву улагача.*

између улагача и државе¹²⁷.

2.2. Сагласност (пристанак) да се спор решава пред арбитражним судом

У арбитражи се спор поверава на решавање арбитражним судовима путем арбитражног споразума - арбитражне клаузуле садржане у уговору или на основу самосталног арбитражног споразума. Значај арбитражног споразума се огледа у томе што арбитражни суд може да решава само о оним питањима која су му поверена арбитражним споразумом¹²⁸. Арбитражни споразум је у инвестиционој арбитражи специфичан, пре свега, због чињенице да је једна од страна која даје пристанак на арбитражу држава.

У инвестиционој арбитражи стране најчешће свој пристанак дају на основу релевантне клаузуле БИТ-а. Држава на тај начин даје своју сагласност унапред, а сматра се да је страни улагач дао свој пристанак подношењем захтева за арбитражу¹²⁹. Уколико је спор поверен на решавање арбитражним судовима који делују под окриљем ИКСИД-а, и држава чији је држављанин страни улагач и држава пријема морају бити уговорнице ИКСИД Конвенције¹³⁰. Овде је битно истаћи једну од најзначајнијих особености инвестиционе арбитраже. Наиме,

¹²⁷ У случајевима ИКСИД-а *Gabon v. Société Serete S.A.*, ICSID Case No. ARB/76/1 и *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*, ICSID Case No. ARB/98/8 је тужилац била држава, односно државно привредно друштво. Тужба против улагач је у овим случајевима била могућа јер је основ надлежности био уговор (који даје обема уговорним странама право да туже у случају његове повреде), а не БИТ.

¹²⁸ Види више: Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, стр. 73. и даље. Арбитражна правила углавном не садрже одредбе које се односе на дефинисање арбитражног споразума. Међутим, у члану 7. Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи је то истакнуто- *Арбитражни споразум означава споразум којим стране подвргавају арбитражи све спорове или неке од спорова који међу њима настану или би могли настати из одређеног правног односа, уговорног или вануговорног.*

¹²⁹ На основу чл. 25. ИКСИД конвенције- подношењем писменог пристанка Центру.

¹³⁰ Са друге стране, уколико се арбитража одвија према Допунским арбитражним правилима ИКСИД-а, услов је да једна држава није приступила ИКСИД Конвенцији.

страни улагач може да поднесе захтев за арбитражу, по основу БИТ-а, а да при том није ни у каквом уговорном односу са државом пријема. То је специфична ситуација јер улагач покреће поступак на основу међудржавног споразума где је једна од држава уговорница држава чији је он држављанин¹³¹. Реч је, дакле о арбитражи која се води на основу арбитражног споразума који не делује *inter partes*.

Исто тако, држава свој пристанак може дати и на основу **националног прописа**. То значи да се у законодавству те државе налази одредба којом се предвиђа надлежност арбитражног суда¹³² у случају спора између страног улагача и државе пријема. Поједине државе (углавном државе у развоју или бивше социјалистичке земаље) су усвојиле посебне законе којима је регулисан третман страних улагања. Најчешће је то било издвајањем већ постојећих релевантних одредби и правила и њихово обједињавање у један закон, стварајући тако тзв. инвестиционо законодавство¹³³. У делу V Извештаја извршних директора о Конвенцији о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава¹³⁴ је предвиђено да држава пријема може за спорове настале у вези са одређеним инвестицијама, у свом законодавству о унапређењу страних улагања предвидети надлежност ИКСИД Центра. Овде се мисли на то да држава

¹³¹ Види више: Jan Paulsson, *op. cit.*, стр. 232-257.

¹³² Види: Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, стр. 196 и даље. Аутор као неке од примера наводи члан 24. Закона о страним улагањима Обале Слоноваче из 1995. године; члан 28. Закона о подстицању инвестиција у туризму, Тунис, 1986. година; члан 16. Закона о унапређењу и гаранцијама инвестиционих активности Грузије из 1996. године. У овом смислу је свакако најчешће помињана одлука у случају *SPP v Egypt*, у којем је надлежност ИКСИД-а утврђена на основу члана 8. египатског Закона број 43 из 1974. године.

¹³³ Bernardo M. Cremades, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties*,
доступно на: <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634528980336478688.pdf>.

¹³⁴ Члан 24. Report of the World Bank Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; пратећи документ уз ИКСИД Конвенцију;
доступно на: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

може да на овај начин учини понуду којом се утврђује надлежност Центра, а страни улагач пристаје на то давањем писмене сагласности о прихвату понуде. Пример јасне клаузуле о одређивању надлежног форума се налази у албанском Закону број 7764, који је донет 1993, а ступио на снагу наредне године¹³⁵. Члан 8, тачка 2. Закона гласи :

Уколико инвестициони спор настане између страног улагача и Републике Албаније, а не може бити решен путем преговора, страни улагач може покренути спор пред надлежним судом или административним (управним) трибуналом, у складу са правом Албаније. Осим тога, уколико спор настане у вези са експропријацијом, накнадом за експропријацију или дискриминацијом, као и преносом средстава на основу члана 7, страни улагач може поднети захев за решавање спора Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (Центар), основаном на основу Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године (ИКСИД Конвенција), уколико Република Албанија пристаје на њега.

Коначно, арбитражни поступак може бити покренут и по основу релевантне клаузуле тзв. **инвестиционог уговора**. Реч је о уговорима између страног улагача и државе пријема које карактерише асиметричност уговорних страна. Због тога се, приликом његовог закључења, покушава пронаћи баланс између потребе државе да привуче стране инвестиције, на начин који не угрожава њен суверенитет са једне стране и страног улагача као приватног лица, чији је циљ остварење профита, са друге стране¹³⁶. То су, на пример, уговор о изградњи

¹³⁵ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996, *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, no. 1, 1999, стр. 173,174.

¹³⁶ Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, 2007, стр. 41, 42.

гасовода, уговор о заједничком улагању, уговор о концесији за изградњу, коришћење и одржавање аутопута, уговор о концесији за експлоатацију рудног богатства и слично¹³⁷. О садржини ових уговора се углавном сазна када дође до спора између уговорних страна. Приликом састављања ових уговора уговорне стране често користе моделе арбитражних клаузула ИКСИД-а¹³⁸, МТК¹³⁹ и Арбитражног института привредне коморе Стокхолма¹⁴⁰.

Знатан је број инвестиционих спорова који су покренути на основу клаузуле уговора о улагању¹⁴¹. Њу, на пример, у члану 32., садржи и Уговор о заједничком улагању у пројекат Београд на води, закључен 2015. године између Републике Србије и *Belgrade Waterfront Capital Investment LLC* и Београд на води д.о.о. Београд и *Al Maabar International Investment LLC*¹⁴²:

1. На Уговор и права и обавезе из њега (укључујући и Гаранцију) примењује се право Србије и тумаче се у складу са правом Србије, без примене његових одредаба о сукобу закона или Конвенције УН о уговорима за међународну продају робе. Примењују се императивне одредбе права Србије, посебно али не искључиво оне о оснивању и

¹³⁷ Уговори о концесији се односе на вађење сировина (нафте, гаса, угља), снабдевање водом и електричном енергијом и изградњу инфраструктуре (путева, аеродрома, лука). Нарочито је значајна концесија по БОТ систему (*build-operate-transfer*, изгради-користи-предај), а један од најпознатијих таквих пројеката је био изградња тунела испод Ла Манша. Извор: Matthias Herdegen, *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 2013, стр. 378. Види и класификацију ових уговора у: Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, стр. 17-25.

¹³⁸ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/main-eng.htm>.

¹³⁹ <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-clauses/Standard-ICC-Arbitration-Clauses-in-several-languages/>.

¹⁴⁰ <http://sccinstitute.com/dispute-resolution/model-clauses/english/>.

¹⁴¹ Новије одлуке ИКСИД-а чија је надлежност предвиђена уговором страна су *Lundin Tunisia B.V. v Republic of Tunisia* (ICSID Case No. ARB/13/15), *African Petroleum Gambia Limited (Block A1) v Republic of The Gambia* (ICSID Case No. ARB/14/6), *African Petroleum Gambia Limited (Block A4) v Republic of The Gambia* (ICSID Case No. ARB/14/7).

¹⁴² Текст уговора је доступан на сајту Владе Републике Србије: <http://www.srbija.gov.rs/>.

управљању Друштвом.

2. *Сви спорови, несугласице или потраживања по основу или у вези са овим Уговором (укључујући и Гаранцију), укључујући питања у вези са ваљаношћу, повредом или раскидом овог Уговора и/или Гаранције, коначно и искључиво се решавају арбитражом у складу са Правилима арбитраже Међународне привредне коморе од три арбитра именована у складу са наведеним Правилима. Седиште арбитраже је у Бечу. Арбитражни поступак се води на енглеском језику.*
3. *Стратешки партнер задржава право да тражи заштиту у складу са уговором о инвестирању између Уједињених Арапских Емирата и РС.*

Из наведене одредбе се јасно види да је, у случају настанка спора предвиђено арбитражно решавање у складу са Арбитражним правилима Међународне трговинске коморе.

У инструментима у којима држава даје унапред пристанак, а нарочито у БИТ-овима, је могуће тај пристанак ограничити на више начина. Са једне стране су у питању ограничења у БИТ-овима у којима се пристанак даје у односу на различите категорије спорова. Наиме, БИТ-ови најчешће предвиђају да држава пријема пристаје на решавање спора путем међународне арбитраже за било који спор (који настане у вези са инвестицијом). Међутим, у појединим случајевима се пристанак односи само на повреду одредби БИТ-а, односно на повреду одређених одредби БИТ-а (на пример, само повреда одредби која се тиче експропријације)¹⁴³.

¹⁴³ У Споразуму између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити улагања, у чл. 9, тач.3- ...*Избор улагача између надлежног суда државе Стране уговорнице на чијој територији је извршено улагање и међународног арбитражног суда је неопозив и коначан.* Осим исцрпљености националних правних средстава и клаузуле „*fork in the road*”, као средства за избегавање паралелних поступака се користе и „кишобран клаузула”, клаузула одрицања и, у мањој мери, спајање тужбених захтева; види више: Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 85-87.

У инвестиционој арбитражи, арбитражне судове који делују под окриљем ИКСИД-а обавезује и члан 25, став 1. ИКСИД конвенције, који предвиђа додатне услове који морају бити испуњени да би ИКСИД арбитражни судови могли да поступају. Овај члан прописује да надлежност ИКСИД центра обухвата било који правни спор између странака који је настао непосредно из инвестиције. Чињеница да је спор настао непосредно из инвестиције представља објективни услов који ИКСИД конвенција предвиђа. То подразумева да је арбитражни суд дужан да испита улагање као целину како би утврдио да ли је у конкретном случају испуњен овај услов¹⁴⁴, односно да саме странке не могу да одреде шта је спор који је проистекао директно из улагања.

У Преамбули Конвенције стоји да се ниједна држава уговорница самом ратификацијом, прихватањем или одобрењем ове конвенције не сматра, без свог пристанка, обавезном да поднесе неки спор на мирење или арбитражу. Тај пристанак је, као што је наведено, могуће дати на више начина: у клаузули уговора, у одредби о решавању спорова у националном законодавству и клаузулом о решавању спорова у мултилатералном и билатералном споразуму о унапређењу и заштити страних улагања.

Према Извешају ИКСИД-а, закључно са 30. јуном 2017. године, пристанак да се спор повери на решавање ИКСИД-у је у:

- 60,2% случајева дат на основу клаузуле БИТ-а,
- 16,8% случајева на основу клаузуле инвестиционог уговора,
- 9,6% на основу националног законодавства државе пријема,
- 9,5% по основу Споразума о енергетској повељи,
- 2,9% по основу Северноамеричког споразума о слободној трговини¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Драгана Митрић, *Надлежност међународног центра за решавање инвестиционих спорова*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2012, стр. 45, 46.

¹⁴⁵ Извор: The ICSID Caseload- Statistics (Issue 2017-2), доступно на: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf). Према наводима *Parra*, 2007. године је 100 од 111 случајева о којима се

Може се закључити да трговинску арбитражу карактерише то што има свој основ у приватном праву, односно странке дају сагласност за решавање спора овим путем подношењем захтева на основу клаузуле уговора (или самосталног арбитражног споразума) закљученог између приватних страна. Странке у инвестиционој арбитражи свој пристанак, осим на начин који постоји у трговинској арбитражи, могу да дају и у одговарајућим клаузулама билатералних или мултилатералних споразума о подстицању и заштити улагања, као и у националном законодавству. При томе се сматра да је држава унапред кроз ове клаузуле пристала на решавање спорова путем међународне инвестиционе арбитраже¹⁴⁶.

Питање које се намеће је да ли инструмент који је основ надлежности међународног арбитражног суда има утицај на одређивање меродавног права.

Подсетићемо на члан 32 Уговора о заједничком улагању у пројекат Београд на води:

4. *На Уговор и права и обавезе из њега (укључујући и Гаранцију) примењује се право Србије и тумаче се у складу са правом Србије, без примене његових одредаба о сукобу закона или Конвенције УН о уговорима за међународну продају робе. Примењују се императивне одредбе права Србије, посебно али не искључиво оне о оснивању и управљању Друштвом.*

Као што се из одредби уговора види, меродавно право за суштину спора је право Србије. То значи да, у овом случају, уколико је инструмент којим је дат пристанак на арбитражу **уговор**, релевантна одредба уговора о меродавном

одлучивало пред ИКСИД-ом, било поднето на основу БИТ-а, НАФТА-е или Уговора о енергетској повељи; види: Antonio R. Parra, *Applicable Law in Investor-State Arbitration y Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Brill, 2007, стр. 1-12.

¹⁴⁶ Види: Bernardo Cremades, David Cairns, *The Brave New World of Global Arbitration*, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 3, issue 2, 2002, стр. 183.

праву за суштину спора се примењује на то питање.

Даље, када је пристанак дат у БИТ-у, надлежни арбитражни суд најчешће о спору одлучује применом релевантних арбитражних правила која предвиђају да се на меродавно право за суштину спора примењује право/правила о којима су се стране споразумеле. Одредба БИТ-а о меродавном праву представља тај споразум, а у њој се углавном наводи да ће арбитражни суд решавати спор: у складу са одредбама самог БИТ-а; на основу националних закона и прописа стране уговорнице која је страна у спору, на чијој територији је извршено улагање, укључујући и одредбе о сукобу закона и на основу општеприхваћених правила и принципа међународног права. Питање поступања арбитражних судова када је пристанак дат у БИТ-у, а он не садржи одредбу о меродавном праву се детаљније обрађује у IV делу рада. Овде ћемо, пак, указати на чињеницу да арбитражни судови често закључују да се у оваквим случајевима спор има решити, пре свега, на основу одредби БИТ-а јер је и сам поступак покренут поводом његове наводне повреде¹⁴⁷.

Коначно, сама клаузула о меродавном праву за меритум спора се веома ретко може наћи у националном законодавству. На пример, Закон о страним улагањима Мадагаскара из 1989. године прописује да ће у случају да је арбитражни поступак покренут пред ИКСИД-ом једино право Мадагаскара бити меродавно за суштину спора¹⁴⁸. Дакле, у случају да је надлежност арбитражног суда утврђена по основу одредбе **националног закона**, његова одредба о

¹⁴⁷ *Saipem S.p.A. v The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, пара. 99: „С обзиром да је *Saipem* свој тужбени захтев поднео по основу члана 5 БИТ-а, арбитражни суд примарно примењује БИТ као меродавно правило међународног права. Арбитражни суд такође примењује општа правила међународног права која се могу применити, било због тога што неко питање није директно регулисано БИТ-ом или, уколико је неопходно, да протумачи БИТ. На основу члана 12(1) БИТ-а, арбитражни суд примењује и опште међународно право када оно предвиђа повољније решење од оног предвиђеног БИТ-ом...”.

¹⁴⁸ Члан 42. поменутог Закона. Извор: Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 570 (Article 42, фн. 106).

меродавном праву, уколико постоји, постаје клаузула о меродавном праву о којој су се странке споразумеле¹⁴⁹.

Из свега изнетог можемо закључити да одређивање меродавног права зависи од инструмента који је основ надлежности арбитражног суда.

2.3. Меродавно право и поништај (одбијање признања и извршења) арбитражне одлуке

Арбитражне одлуке су, у начелу, коначне и не подлежу преиспитивању у поступку по жалби¹⁵⁰. Њихова контрола се врши или кроз поступак за поништај или кроз поступак одлучивања о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Међутим, ова контрола никада не подразумева преиспитивање меритума арбитражне одлуке¹⁵¹. То значи да у инвестиционом спору арбитражна одлука не може да буде поништена због начина на који је арбитражни суд протумачио неку одредбу меродавног права, али може да буде поништена уколико је арбитражни суд начинио грешку приликом одређивања меродавног права, односно када је одлуку засновао на праву које није требало да буде примењено као меродавно¹⁵². У оба релевантна система - и у оном заснованом на ИКСИД конвенцији и у систему који постоји изван њега - то може да резултира одузимањем дејства арбитражној одлуци.

¹⁴⁹ Taida Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, 2005, стр. 56, 57. Шојер указује да то што је надлежност арбитражног суда установљена одредбом националног законодавства, не значи да је оно меродавно за суштину спора; Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 570.

¹⁵⁰ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 300.

¹⁵¹ Taida Begic, *op. cit.*, стр. 165.

¹⁵² Види у IV делу рада.

За разлику од осталих арбитражних одлука, арбитражне одлуке донете на основу ИКСИД конвенције су изједначене са правноснажним судским пресудама и непосредно су извршиве у државама чланицама, без претходног поступка признања¹⁵³. Такође, Конвенцијом су предвиђени правни лекови - захтев за ревизију (понављање поступка)¹⁵⁴ и захтев за поништај арбитражне одлуке, а о њима решава увек тело формирано унутар ИКСИД-а, а не правосудни орган неке државе¹⁵⁵. Тако је чланом 52. Вашингтонске конвенције предвиђено да ће председник, одмах по пријему захтева за поништај арбитражне одлуке, одредити *ad hoc* одбор од три лица с листе арбитрара, док је, на пример, чланом 34. Модел-закона УНЦИТРАЛ-а тужба за поништај предвиђена као једино правно средство против арбитражне одлуке, а може је поништити само суд, као орган државног правосудног система¹⁵⁶.

Дакле, поништај арбитражне одлуке се у ИКСИД систему врши у оквиру самог система док се у арбитражи која делује ван ИКСИД система на контролу примењује национално законодавство државе у којој је одлука донета, Њујоршка конвенција или неки други међународни споразум¹⁵⁷.

Према члану 52 ИКСИД конвенције, један од разлога за поништај арбитражне одлуке је чињеница да је арбитражни суд очигледно прекорачио своја овлашћења¹⁵⁸. Иако се пропуштање да се примени одговарајуће меродавно

¹⁵³ Одлуке, на пример, донете на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а и Арбитражних правила МТК (и у трговинској и у инвестиционој арбитражи) подлежу, у складу са Њујоршком конвенцијом, поступку признања како би стекле снагу правноснажне судске одлуке и могле да се принудно изврше у извршном судском поступку.

¹⁵⁴ Члан 51. ИКСИД Конвенције.

¹⁵⁵ Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, стр. 263.

¹⁵⁶ Разлози за поништај арбитражне одлуке су слични као разлози за одбијање признања и извршења арбитражне одлуке на основу члана V Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука.

¹⁵⁷ Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 186.

¹⁵⁸ Разлози за поништај су: 1. да арбитражни суд није био прописно образован; 2. **да је арбитражни суд очигледно прекорачио своје овлашћење**; 3. да је дошло до битног одступања

право нигде у овом извору не помиње као основ за поништај, у пракси ИКСИД арбитражних судова се овај разлог односи и на случајеве када је погрешна одлука донета у вези са меродавним правом¹⁵⁹.

Слично томе, у великом броју националних законодавстава, посебно оних који су зановани на Модел закону УНЦИТРАЛ о арбитражи, не помиње се изричито могућност да се тражи **поништај арбитражне одлуке због грешке у одређивању меродавног права**. Такође, Њујоршка конвенција не садржи овај разлог за одбијање признања и извршења¹⁶⁰. Међутим, чињеница да је арбитражни суд засновао своју одлуку на примени права које није било меродавно може и изван система ИКСИД да води поништају арбитражне одлуке, на основу тврдње да је арбитражни суд прекорачио овлашћења добијена од

од основних правила поступка; или 4. да у арбитражној одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива.

¹⁵⁹ Види, на пример, одлуку *ad hoc* комитета у *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985.

¹⁶⁰ На основу члана V Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, признање и извршење одлука се може **одбити** на захтев странке против које се одлука истиче једино ако та странка поднесе доказ надлежној власти земље у којој су тражени признање и извршење: а) да су странке, на основу права које се на њих примењује, биле у неком виду неспособне, или да поменути споразум није ваљан по праву коме су га странке подвргле или, ако нема назначења у том погледу, на основу права земље у којој је донета одлука; или б) да странка против које се истиче одлука није била уредно обавештена о одређивању арбитра или о арбитражном поступку, или да јој је из неког другог разлога било онемогућено да се изјасни о предмету; или ц) да се одлука односи на спор који није предвиђен у арбитражном споразуму или није обухваћен арбитражном клаузулом, или да садржи одредбе које прелазе границе арбитражног споразума или арбитражне клаузуле; ипак, ако одредбе одлуке које се односе на питања подвргнута арбитражи могу бити раздвојене од одредаба које се односе на питања која нису подвргнута арбитражи, прве ће моћи да буду признате и извршене; или д) да конституисање арбитражног суда или арбитражни поступак није био у складу са споразумом странака или, ако не постоји споразум, да није био сагласан са правом земље у којој је обављена арбитража; или е) да одлука још није постала обавезна за странке или да ју је поништио или њено дејство одложио надлежни орган у земљи у којој или на основу чијег права је донета одлука. 2. Признање и извршење арбитражне одлуке могу се такође одбити ако надлежни орган земље у којој је тражено признање и извршење одлуке установи: а) да, према праву те земље, предмет спора није подобан за решавање арбитражом; или б) да би признање или извршење одлуке било противно јавном поретку те земље.

страна у спору.¹⁶¹ Та чињеница може да буде релевантна и за признање и извршење овакве одлуке, будући да Њујоршка конвенција изричито предвиђа да признање арбитражне одлуке може бити одбијено уколико ју је поништио надлежни орган у држави доношења.

2.4. Вишеслојност и сложеност инвестиционих спорова

Коначно, последња специфичност инвестиционе арбитраже коју ћемо у раду анализирати се тиче проблема вишеслојности и сложености инвестиционих спорова. Реч је о карактеристикама које су у директној вези са утврђивањем меродавног права за суштину спора.

У делу о историјском развоју је истакнуто да на самом почетку постојања права страних улагања јасна правна правила нису била карактеристична за ову област. Проблем се односио на одлучивање да ли тада применити право државе пријема капитала као меродавно право или би то требало да буде право државе чији је држављанин страни улагач. О томе није било сагласности, али се у сваком случају страном улагачу настојала пружити заштита његових права.

Мислиоци Хуго Гроцијус (*Hugo Grotius*)¹⁶² и Емерих де Вател (*Emmerich de Vattel*)¹⁶³ су сматрали да на стране држављане никада не би требало примењивати право друге државе јер су они већ субјекти државе чије држављанство имају, те да и њихова имовина не може бити предмет експропријације и национализације. Међутим, када су колоније почеле да стичу

¹⁶¹ Види Taida Begić, *op. cit.*, стр. 191.

¹⁶² Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, (On the Law of War and Peace, Translated by A. C. Campbell London, 1814); текст доступан на: <http://www.constitution.org/gro/djbp.htm>.

¹⁶³ Emmerich de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, (The Law of Nations or the Principles of Natural Law, 1758); текст доступан на: <http://lonang.com/library/reference/vattel-law-of-nations/>.

независност уследило је њихово супротстављање овој идеји и залагање да се и на стране држављане примењује право државе пријема. Наиме, оне су сматрале да на стране држављане не би требало примењивати право државе порекла јер им је оно пружало много већу заштиту него што су је имали држављани државе пријема. Основ за своје тврдње су налазили у доктрини државног суверенитета и једнакости закључујући да уколико је држава на својој територији супериорна у односу на остале државе, онда је и њено право на тој територији супериорно у односу на друга права¹⁶⁴. Међутим, државе порекла су се залагале за примену међународног минималног стандарда третмана приликом заштите субјективних права својих држављана у иностранству. Како су само државе порекла улагача у том периоду учествовале у стварању међународног права, њихова национална права и међународно право су били суштински идентични. Практично је то значило да су ове државе заступале став да се примењује право државе чији је држављанин страни улагач. Због тога је пажња више била усмерена на утврђивање да ли применити право државе пријема или међународно право (које би значило примену међународног обичајног права, креираног од стране државе улагача)¹⁶⁵.

Са идејом да би минимални међународни стандард третмана¹⁶⁶ требало

¹⁶⁴ Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 15. Став да на страног улагача не треба примењивати право државе чији је он држављанин јер се тиме он ставља у повољнији положај у односу на домаће држављане налазимо и у већ помињаној Калво доктрини. Поборници ове доктрине су се залагали за једнак третман страних и домаћих улагача сматрајући да би супротно довело до тога да у колонијама као државама пријема капитала, које су стекле независност и економски и правно су мање развијене од држава порекла страног улагача, страни улагач ужива много виши стандард третмана заштите инвестиције од домаћег улагача.

¹⁶⁵ Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2012, стр. 8.

¹⁶⁶ Државни секретар Сједињених Америчких Држава, Кордел Хал (*Cordell Hull*) је у обраћању Влади Мексика истакао да се противи експропријацији земљишних поседа америчких држављана у Мексику без исплате благовремене, адекватне и ефективне накнаде. Залагао се за пружање накнаде за експроприсану имовину као што је то предвиђено међународним минималним стандардом третмана наглашавајући да је присвајање имовине без накнаде конфискација, а не експропријација. То значи да је он у суштини сматрао да би праву државе

применити на страна улагања, наметнула се потреба за његовим дефинисањем. Свакако да он подразумева поштовање традиционалних принципа правде, једнакости и праксе држава, али би требало узети у обзир и начела на којима се заснивају људска права, првенствено због чињенице да она обухватају и имовинска права. Укључивање међународног права људских права у оквир међународног минималног стандарда третмана је, заправо, значило ширу примену решења из националног (имовинског) права државе порекла страног улагача, односно да имовина страног улагача не би могла да буде експроприсана без одговарајућег правног основа и плаћања накнаде. Све ово указује да су државе морале да пронађу начин да страна улагања на својој територији ускладе са принципима међународног права људских права¹⁶⁷.

Из изнетог се може видети да је од самог почетка постојања инвестиционих спорова постојала несагласност на који начин, односно по ком праву их решавати. Данас су они много комплекснији, што проистиче из чињенице да се различити извори права на њих примењују- правила међународног права (како обичајног, тако и уговорног), национално законодавство државе пријема (нарочито привредно право, пореско право, управно, радно, стварно право), као и одредбе уговора о страном улагању између државе пријема и страног улагача, који, заправо, представљају везу између националног законодавства и међународног јавног права¹⁶⁸. Међутим, у овим споровима се питање одређивања меродавног права не своди на просто утврђивање извора који би се примењивао на сва спорна питања, већ се за свако појединачно питање одређује који слој правних правила применити и на који начин их комбиновати. Осим тога, избор арбитражног суда коме је спор поверен на решавање има значајну улогу у овом процесу. Проблем вишеслојности и сложености одређивања

чији је држављанин страни улагач требало дати предност када је у питању област страних улагања. Види: Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 18.

¹⁶⁷ Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2012, стр. 11.

¹⁶⁸ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 12.

меродавног права за различита питања у инвестиционим споровима се јасно може сагледати кроз арбитражну одлуку у предмету *Maffezini v Spain*¹⁶⁹, док ће детаљна анализа у вези са питањем одређивања меродавног права бити спроведена у наредним поглављима.

У овом случају је инвеститор из Аргентине, господин Мафезини (*Maffezini*), 1989. године основао компанију за производњу различитих хемикалија - *EAMSA*¹⁷⁰. У њој је он имао власнички удео од 70%, док је шпанско јавно-приватно предузеће *SODIGA* имало удео од 30%. Пројекат се успешно спроводио захваљујући, између осталог, кредиту који је *EAMSA* добила од компаније *SODIGA*, као и субвенцијама владе Шпаније. *EAMSA* је купила земљиште и започела изградњу хемијског постројења. Међутим, Мафезини је, 1992. године, због трошкова реализације пројекта и финансијских проблема компаније одлучио да прекине изградњу постројења и отпустио запослене. Осим тога, годину дана пре ове одлуке Мафезинија, са његовог рачуна у банци је, као позајмица, 30 милиона шпанских пезета било пребачено на рачун компаније *EAMSA*. Пренос новца је био одобрен од стране представника *SODIGA*-е у компанији *EAMSA*.

Како стране нису могле да нађу заједничко решење по питању овог дуга, Мафезини је 1997. године поднео захтев за арбитражу, истичући следеће:

1. Како *SODIGA* има статус јавног предузећа, свако њено чињење и пропуштање чињења се сматрају актима Шпаније.
2. Пројекат није успешно реализован јер је *SODIGA* давала погрешне информације и савете у вези са трошковима пројекта, који су били много већи од планираних.

¹⁶⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

¹⁷⁰ Компаније је основана по праву Шпаније, 1989. године.

3. *SODIGA* је одговорна за трошкове настале услед процене утицаја на животну средину с обзиром да је *EAMSA* била под сталним притиском да спроведе пројекат пре завршетка процеса процене утицаја, не знајући, при томе, однос тог процеса према пројекту.
4. Није дао сагласност, те сматра да је незаконито пребачен новац са његовог личног рачуна на рачун компаније *EAMSA*.

Арбитражни поступак је покренут пред ИКСИД центром, по основу билатералног споразума о подстицању и заштити улагања између Аргентине и Шпаније¹⁷¹. У делу наведеног БИТ-а о решавању спорова између страног улагача и државе пријема (члан 10, тачка 5) је предвиђено да арбитражни суд доноси одлуке на основу одредби БИТ-а, али и других споразума које су државе уговорнице закључиле, права државе уговорнице на чијој територији је улагање извршено, укључујући и њене одредбе о сукобу закона, као и на основу општих начела међународног права.

Приликом одлучивања о суштини спора, арбитражни суд је применио различита права, односно изворе на различита правна питања.

Правни статус компаније *SODIGA* и питање одговорности државе за њено поступање су били предмет расправе још приликом утврђивања надлежности ИКСИД Центра¹⁷². Иако овде није реч о утврђивању права које је меродавно за меритум спора, његов приказ је значајан за разумевање сложености ових спорова¹⁷³. Наиме, арбитражни суд је тада закључио да би, с обзиром да се

¹⁷¹ Acuerdo para la Promocion y la Proteccion Reciproca de Inversiones entre El Reino De España y La Republica Argentina,

текст споразума доступан на: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/119>.

¹⁷² *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Case No. Arb/97/7; Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 25, 2000; текст доступан на: http://www.italaw.com/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf.

¹⁷³ Види и пара. 4. и 21. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000 - арбитражни суд је на основу клаузуле најповлашћеније нације

одговор не може наћи у БИТ-у и Конвенцији, требало применити правила међународног права као меродавна¹⁷⁴. Приликом одлучивања је указао и на одлуку ИКСИД арбитражног суда о приговору надлежности у случају *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v the Slovak Republic*¹⁷⁵, као и на шпански Закон о државној управи и општем управном поступку како би разјаснио на који начин је организовано и како функционише ово правно лице¹⁷⁶.

Поводом тврдње да пројекат није успешно реализован јер је *SODIGA* давала погрешне информације и савете у вези са трошковима пројекта, који су били много већи од планираних, арбитражни суд је истакао да билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања нису полисе осигурања за лоше пословне процене, те да пропусти које је компанија *SODIGA* учинила не значе да је страни улагач ослобођен пословног ризика који је својствен било којој инвестицији¹⁷⁷. Овде је, дакле, арбитражни суд пошао од сврхе БИТ-а и у том смислу га применио.

На питање процене утицаја на животну средину, арбитражни суд је применио међународно право, одредбе шпанског законодавства, директиву Европске заједнице (сада Уније) и БИТ. Наиме, према арбитражном суду, поступак процене утицаја на животну средину је, како према законодавству Шпаније, тако и према праву Европске заједнице и правилима међународног права, од кључне

сматрао да није потребно да су искоришћени сви национални правни лекови, што је предвиђао БИТ између Аргентине и Шпаније. Наиме, тужилац се позвао на БИТ између Шпаније и Чилеа, који овај услов није предвиђао. О утицају ове одлуке на тумачење клаузуле најповлашћеније нације у инвестиционим споровима види више: İnci Ataman Figanmeşe, *The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties*, *Ankara Law Review*, vol. 8, no. 2, 2011, стр. 221-237.

¹⁷⁴ *Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain*, Case No. Arb/97/7; Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, пара. 76, 78, 82.

¹⁷⁵ *Ibid.*, пара. 80.

¹⁷⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, пара. 47.

¹⁷⁷ *Ibid.*, пара 64.

важности за њену заштиту и примену одговарајућих превентивних мера¹⁷⁸. Арбитражни суд даље истиче да је питање заштите животне средине предвиђено Уставом Шпаније, а прецизније регулисано законима (као што је Закон о отровном и опасном отпаду) и другим актима¹⁷⁹. Свакако да процена утицаја на животну средину чини њен веома битан сегмент, а сам поступак процене је предвиђен Директивом ЕЕЗ 85/337 из 1985. године и Декретом Краљевине Шпаније 1302/1986¹⁸⁰. Такође, арбитражни суд је сматрао да је поступање Шпаније у вези са овим питањем у потпуности у складу са чланом 2, став 1. БИТ-а, који се односи на подстицање улагања у складу са националним законодавством¹⁸¹.

Што се тиче тврдње Мафезинија да је без његове сагласности са његовог личног рачуна пребачен новац на рачун компаније *EAMSA*, као и да су за то одговорне и банке које су имале везе са трансакцијом, а самим тим и Централна банка Шпаније, арбитражни суд је истакао да је у складу са Грађанским закоником Шпаније терет доказивања постојања обавезе на оном ко захтева њихово испуњење. Шпанија се бранила тврдњом да је новац узет на име зајма, а не да је конфискован. Међутим, како није постојао писани нити било какав други доказ да постоји зајам (кредит), арбитражни суд је закључио да не постоји ни било каква обавеза Мафезинија у том погледу¹⁸². Осим тога, арбитражни суд је нашао да је Шпанија повредила одредбе члана 3. и 4. БИТ-а јер је прекршила своју обавезу у погледу заштите инвестиције, односно није обезбедила поштен и правичан третман тиме што је ускратила транспарентност у погледу поменуте трансакције¹⁸³.

¹⁷⁸ *Ibid.*, пара 67.

¹⁷⁹ *Ibid.*, пара 68.

¹⁸⁰ *Ibid.*, пара 69.

¹⁸¹ *Ibid.*, пара 71.

¹⁸² *Ibid.*, пара 82.

¹⁸³ *Ibid.*, пара 83.

Следеће питање којим се бавио арбитражни суд тичало се преговора у вези са престанком улагања, односно покушаја да се сва спорна питања реше овим путем. Том приликом је анализирао релевантне одредбе шпанског законодавства - Грађанског законика и Трговинског законика¹⁸⁴, као и њихове коментаре истакнутих стручњака¹⁸⁵, а које се односе на сагласност, односно питање давања и прихватања понуде за закључење уговора.

Шпанија се позвала и на одредбу Закона о државној управи и општем управном поступку који се односи на застарелост потраживања, али је арбитражни суд сматрао да она не може да се примењује када су у питању захтеви поднети на основу ИКСИД Конвенције¹⁸⁶.

На изнетом примеру се може видети да се у инвестиционим споровима пред арбитражним судовима различити извори права примењују на различита спорна питања, при чему је могуће да се и више извора примењује на једно питање.

На овом месту је, у вези са питањем меродавног права за суштину спора, најпре указано само на најзначајније карактеристике инвестиционе арбитраже које, директно или индиректно, имају утицај на проблем одређивања меродавног права. Свакако да постоје и друге специфичности овог механизма у односу на трговинску арбитражу, као што су, на пример, учешће треће стране у арбитражном поступку (*amicus curiae*)¹⁸⁷, поверљивост, јавност расправе,

¹⁸⁴ *Ibid.*, пара 89.

¹⁸⁵ *Ibid.*, пара 90.

¹⁸⁶ *Ibid.*, пара 92, 93.

¹⁸⁷ Види више: Петар Ђундић, Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012, стр. 321–341; Lance Bartholomeusz, *The Amicus Curiae before International*

објављивање одлука. Њих нисмо детаљно обрађивали с обзиром да се не односе непосредно на тему истраживања.

Сматрамо да је за питање меродавног права за суштину спора битно указати на још неке чињенице. Као што се из изнетог може видети, инвестициона арбитража у себи садржи и елементе приватног и елементе јавног права. Због тога се арбитри који учествују у њој генерално могу поделити у две групе: они који се баве или су се бавили првенствено међународном трговинском арбитражом и они који су више у сфери међународног јавног права. Приметно је, заправо, да се све више стручњака из других области права (људска права, право заштите животне средине)¹⁸⁸ због тог јавног елемента интересује за ову врсту арбитраже¹⁸⁹. То свакако може да се одрази на приступ приликом одређивања меродавног права. Међутим, очекује се да ће се наставити специјализација у овој области и тиме обезбедити уједначено поступање по овом питању. Осим тога, у међународној инвестиционој арбитражи постоји одређена врста одговорности коју имају заступници и/или арбитри приликом заузимања ставова о неком питању. То може да буде и питање одређивања меродавног права за суштину спора. Наиме, за разлику од трговинске арбитраже, приликом доношења одлуке у инвестиционој арбитражи се често, иако не постоји систем прецедената¹⁹⁰, цитирају и анализирају ставови и мишљења арбитра из ранијих

Courts and Tribunals, *Non-State Actors and International Law*, Koninklijke Brill, vol. 5(3), 2005, стр. 209-286; Сматра се да се институтом *amicus curiae* може премостити јаз између материјалног и процесног (приватног и јавног) елемента у инвестиционој арбитражи; види: Tomoko Ishikawa, Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, issue 2, 2010, стр. 373-412.

¹⁸⁸ Anthea Roberts, Divergence between Investment and Commercial Arbitration, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), стр. 297-300.

¹⁸⁹ Види: Mary E. Footer, International Investment Law and Trade: The Relationship that Never Went Away, у *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (ed. by Freya Baetens), Cambridge University Press, 2013, стр. 295; истиче да је питање дана каде ће се појавити спорови између страног улагача и државе пријема проистекли из повреде одредбе БИТ-а о безбедности и заштите здравља потрошача.

¹⁹⁰ О овом види више: Catharine Titi, The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 14, no. 5, 2013, стр. 829-851.

одлука. Може се рећи да се и на тај начин остварује деполитизација ове врсте арбитраже, али и унапређује сваки њен сегмент¹⁹¹, укључујући, дакле, и оно које се односи на тему овог рада.

У последњем делу овог поглавља приказан је пример који илуструје сложеност проблема одређивања меродавног права у овим споровима, односно да се у инвестиционим споровима пред арбитражним судовима различити извори права примењују на различита спорна питања, при чему је могуће да се и више извора примењује на једно питање. Поставља се питање на који начин се утврђује које ће право бити меродавно у конкретном случају и каква су дискрециона овлашћења арбитражних судова у том погледу јер понекад пред арбитрама стоји могућност избора меродавног права између четири или пет правних извора. Осим тога, да ли су арбитражни судови у потпуности везани за клаузулу о којој су стране постигле сагласност и како поступају када не постоји сагласност странака о меродавном праву? Коначно, да ли примена међународног права као меродавног искључује примену права државе пријема улагања и обрнуто, односно какав је њихов међусобни однос?

¹⁹¹ Како се међународна инвестициона арбитража све више специјализује, ствара се одређена група арбитра који се бави искључиво овим споровима. У вези са тим, Водич Међународног удружења адвоката (ИБА) о сукобу интереса у међународној арбитражи, из 2014. године, предвиђа када именовање истог арбитра више пута може изазвати оправдане сумње у његову непристрасност и независност, те утврђује колико пута иста странка може именовати истог арбитра. Овакве ситуације се у пракси ретко дешавају. Види: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Orange List; доступно на:

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx; Luke A. Sobota, Challenges of Arbitrators in International Investment Disputes: Standards and Outcomes, American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting, 7-12 April, 2014.

III НАЧЕЛО АУТОНОМИЈЕ ВОЉЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ИНВЕСТИЦИОНИМ СПОРОВИМА

1. Начело аутономије воље приликом одређивања меродавног права у националном законодавству, арбитражним правилима и конвенцијским текстовима

Начело аутономије воље има два смисла. У ширем, материјалноправном смислу, то је овлашћење странака да слободно уреде своје правне односе. Иако се углавном везује за уговорне односе, овај принцип налазимо и у споразумима о подстицању и заштити инвестиција, обичајном међународном праву и општим правним начелима. Букштигел (*Böckstiegel*) у том смислу истиче да право иде у правцу што шире могућег остварења принципа аутономије воље¹⁹².

Други аспект аутономије воље је колизионоправни – правило да су странке слободне да изаберу право које се примењује на њихов однос¹⁹³. Начело аутономије воље се примењује и на избор меродавног права за суштину спора

¹⁹² Karl-Heinz Böckstiegel, *The Role of Party Autonomy in International Arbitration*, *Dispute Resolution Journal*, vol. 52, no. 3, 1997, стр. 24.

¹⁹³ Примену начела аутономије воље налазимо у деловању француског правника Думолина (*Dumoulin*), у 16. веку. Он се залагао да се ова теорија примени на уговорне спорове између странака које су биле из различитих области Француске, у којима су важила различита обичајна правила (*coutume*). Касније је теорија о аутономији воље прихваћена и у другим државама, а њеној широј примени су допринели стручњаци за међународно приватно право, као што су Хубер, Стори, Савињи, Манћини (*Huber, Story, Savigny, Manchini*). Наведено према: Mostafa Sarvi Moghaddam, *Party Autonomy in Choice of Law in International Trade Law: A Study in International Conventions, Anglo-Australian and Islamic-Iranian Laws*, PhD Thesis, Faculty of Law, University of Sidney, 1997, стр. 11-14. У 19. и раном 20. веку, пре свега у континенталној Европи, су се поједини аутори противили примени начела аутономије воље јер су сматрали да право мора да има предност у односу на вољу странака. Међутим, судови су у великој већини поступали по избору странака. Види: Ole Lando, *New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 30(1), 1982, стр. 21, 22.

који се решава у међународној арбитражи. Право странака да слободно изврше овај избор потврђено је у националним законодавствима¹⁹⁴ и другим најзначајнијим правним документима из ове материје. Навешћемо неколико примера.

У Закону о арбитражи Републике Србије је у члану 50. прописано:

*Арбитражни суд у међународној арбитражи одлуку доноси применом **права или правних правила** које су странке споразумно одредиле.*

Свако упућивање на право одређене државе тумачиће се као непосредно упућивање на материјално право те државе, а не на њене колизионе норме, осим ако нешто друго није изричито предвиђено споразумом странака.

.....

Арбитражни суд увек ће водити рачуна о одредбама уговора и обичајима.

¹⁹⁴ То је прописано и чланом 28. Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи: 1. Арбитражни суд одлучује о спору на основу оних **правних правила** која су странке изабрале као меродавна за суштину спора. Уколико другачије није изричито предвиђено, свако упућивање на право или правни систем одређене државе ће се тумачити као директно упућивање на супстанцијално право те државе, а не на њене колизионе норме....2. Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono* само уколико су га странке изричито на то овластиле... 4. У сваком случају, арбитражни суд одлучује у складу са одредбама уговора и узима у обзир трговачке обичаје који се могу применити на тај правни посао; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With amendments as adopted in 2006;

доступно на: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf. Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи је послужио као основ за доношење националних закона о арбитражи у преко седамдест држава, укључујући и Србију и наш Закон о арбитражи; извор:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Француским законом о арбитражи¹⁹⁵, у члану 1511. и 1512 је предвиђено :

*Арбитражни суд одлуку доноси применом **правних правила** које су странке изабрале.....*

У сваком случају, арбитражни суд узима у обзир трговачке обичаје.

*Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur*, уколико су га странке на то овластиле¹⁹⁶.*

У Енглеској је на снази Закон о арбитражи из 1996. године (*Arbitration Act*)¹⁹⁷, који за меродавна правила за суштину спора прописује следеће:

1. Арбитражни суд доноси одлуку

*a) на основу **права** које су странке одредиле да буде меродавно за суштину спора*

б) уколико су се странке тако споразумеле, по другом основу о којем су постигле договор или који је утврдио арбитражни суд.

2. Избор права одређене државе ће се сматрати као упућивање на материјално право те државе, а не на њене колизионе норме.

Закон о арбитражи Бразила¹⁹⁸, у члану 2 прописује:

У зависности од избора страна, арбитража се може спровести на основу права или по правичности.

*1. Странке могу слободно да изаберу **правна правила** меродавна у арбитражи под условом да њихов избор не представља повреду добрих обичаја и јавног поретка.*

¹⁹⁵ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage; текст доступан на: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>.

¹⁹⁶ Art. 1511. - *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.* Art. 1512.- *Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission.*

¹⁹⁷ *Arbitration Act*, члан 46, доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

¹⁹⁸ Federal Law No. 9.307 - Brazilian Arbitration Act, 1996, члан 2; доступно на: <http://www.jus.uio.no/lm/brazil.arbitration.law.no.9.307.1996/2.html>. Article 2.

2. Странке се, такође, могу споразумети да арбитража буде спроведена на основу опитних правних начела, обичаја, начела међународне трговине.

И арбитражна правила најзначајнијих арбитражних институција предвиђају начело аутономије воље странака приликом избора меродавног права за суштину спора.

Тако у Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а¹⁹⁹, у члану 35. стоји следеће:

1. Арбитражни суд ће примењивати **правна правила** која су странке одредиле као меродавна за суштину спора...
2. Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono* само уколико су га странке на то изричито овластиле.
3. У сваком случају, арбитражни суд ће одлучити у складу са одредбама уговора, уколико постоје, и узеће у обзир све трговачке обичаје меродавне за правни посао у питању.

Арбитражна правна правила Међународне трговинске коморе²⁰⁰, у члану 21. (меродавна правна правила) прописују:

- 1) Странке су слободне да одреде **правна правила** која ће арбитражни суд применити да би решио предмет спора...
- 2) Арбитражни суд ће узети у обзир одредбе уговора, уколико постоје, које су странке закључиле и све релевантне трговинске обичаје.
- 3) Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono* само уколико су се странке сагласиле да му дају таква овлашћења.

¹⁹⁹ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), 2011, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

²⁰⁰ International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, од 1. јануара 2012. године, доступно на:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>.

Арбитражна правила Арбитражног института привредне коморе Стокхолма, у члану 22, прописују да:

1. Арбитражни суд одлучује о меритуму спора на основу **права или правних правила** о којима су се странке договориле...
2. Избор странака о примени права одређене државе се сматра упућивањем на материјално право те државе, а не на њене колизионе норме.
3. Арбитражни суд ће решити спор као *amiable compositeur* или *ex aequo et bono* само уколико су га странке на то изричито овластиле²⁰¹.

Арбитражна правила Међународног арбитражног суда у Лондону (чл. 22.3, 22.4) предвиђају:

Арбитражни суд одлучује о спору странака на основу **права или правних правила** која су странке изабрале као меродавна за суштину спора...

Арбитражни суд примењује на суштину спора начела проистекла из „*ex aequo et bono*”, „*amiable composition*” или „*honourable engagement*” само ако су се странке о томе писмено сагласиле.

Коначно, члан 42. Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава²⁰², гласи:

- (1) Арбитражни суд ће решити спор према **правним правилима** о којима су се странке сагласиле...
- (2) Арбитражни суд не може прогласити *non liquet* услед ћутања или недовољно јасног прописа.
- (3) Одредбе ст. 1. и 2. не утичу на овлашћење суда да реши спор *ex*

²⁰¹ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2010; доступно на: http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

²⁰² Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (“Сл. лист СЦГ- Међународни уговори”, бр. 2/2006).

aequo et bono ако се странке с тим сагласе²⁰³.

Међутим, Алжирска декларација о решавању спорова којом је установљен Иранско-амерички трибунал не садржи одредбу која јасно указује на слободу странака да изабере меродавно право за суштину спора, већ само указује на који начин га арбитражни суд утврђује. Наиме, у члану V је само истакнуто да Трибунал, поштујући право, решава о свим споровима тако што примењује она правила о избору меродавног права и начела међународног и трговачког права која он сматра меродавним, узимајући у обзир релевантне трговачке обичаје, одредбе уговора и промењене околности²⁰⁴. У вези са тим, схватање које је дао у свом издвојеном мишљењу Хамид Бахрами-Ахмади (*Hamid Bahrami-Ahmadi*) у случају *FMC Corporation v Iran* сматрамо прихватљивим. Он је истакао да Трибунал не може да одбије да примени право о којем су странке постигле споразум да буде меродавно²⁰⁵. По његовом мишљењу, уколико уговор садржи клаузулу о меродавном праву, члан V и назначење у њему да су одредбе уговора један од фактора који утиче на избор меродавног права, ограничава овлашћења Трибунала да (посредно или непосредно) примени било које право, осим оног које је одређено вољом странака²⁰⁶.

²⁰³ Члан 54. Допунских арбитражних правила ИКСИД: 1. Арбитражни суд ће применити **правна правила** која странке одреде као меродавна за суштину спора....2. Арбитражни суд може да донесе одлуку по правичности (*ex aequo et bono*) уколико су га странке на то изричито овластиле и уколико меродавно (процесно) право то допушта; ICSID Additional Facility Rules, 2006; доступно на: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf.

²⁰⁴ Declaration of The Government of The Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by The Government of The United States of America and The Government of The Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981; текст доступан на: <http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>.

²⁰⁵ *FMC Corp. v Iran*, Dissenting Opinion of Hamid Bahrami-Ahmadi with Respect to Case No. 353, J. C. Adlam, M. E. Macglashan, Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Volume 14, Cambridge University Press, 2013, стр. 139 [*Therefore, Article V of the Claims Settlement Declaration, which requires that the Tribunal respect the law, in no way authorizes the Tribunal to apply rules and principles (at least, without giving compelling reasons therefor) other than those of that law agreed to by the Parties*].

²⁰⁶ *Ibid.*

Када су у питању међународне конвенције свакако је битно истаћи Европску конвенцију о међународној трговинској арбитражи, из 1961. године, која у члану VII који је посвећен меродавном праву предвиђа:

1. Стране су слободне да одлуче споразумом које ће право примењивати арбитра на суштину спора...

У оба случаја арбитра воде рачуна о одредбама уговора и о трговинским обичајима.

2. Арбитра суде по правичности ако је то воља странака и ако право које се на арбитражу примењује то дозвољава²⁰⁷.

Један од значајнијих корака предузео је Институт за међународно право када је 1989. године усвојио Резолуцију о арбитражи између држава, државних предузећа или државних органа и страних предузећа²⁰⁸, у којој је у члану 6. предвидео да стране имају потпуну слободу да одреде процесна и *материјална* правила и принципе који ће се применити у арбитражи. Овде се посебно мисли на то да:

1. различити извори могу бити изабрани као правила и начела која се примењују на различита питања која се појаве,
2. правила и начела могу имати свој основ у различитим националним правним системима, али и у ваннационалним изворима, као што су начела међународног права, општа правна начела и међународни трговачки обичаји.

Из наведених одредби се види да је приликом одређивања меродавног материјалног права странкама дата потпуна слобода. То значи да стране у спору могу да изаберу било које право (национално - државе пријема или право неке

²⁰⁷ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964); Превод: Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, стр. 344.

²⁰⁸ Institute of International Law, Resolution on Arbitration between states, state enterprises or state entities, and foreign enterprises; текст доступан на:
http://www.justitiaepace.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF.

треће државе, међународно право, односно национално и међународно), као и било која правна правила - *lex mercatoria*, шеријатско право, Начела међународних трговинских уговора која су састављена у оквиру Међународног института за унификацију приватног права, *lex petrolea*, па чак и да формулишу правила која ће им послужити само у ту сврху²⁰⁹. Оно што је битно јесте да тај избор буде јасан и недвосмислен, јер ће у супротном бити дата могућност арбитрама да о њему одлучују. То значи да су, поштујући ово начело, арбитра приликом решавања сваког инвестиционог спора дужни да најпре утврде да ли међу странама постоји споразум око тога које ће право (или правна правила) бити меродавно. Тек уколико су странке пропустиле да одреде или нису успеле да постигну договор око избора меродавног права, то ће учинити арбитра²¹⁰.

Странке начело аутономије воље приликом одређивања меродавног права за суштину спора у инвестиционој арбитражи остварују на више начина: путем клаузуле уговора о улагању; прихватајући да се спор реши на основу билатералног или мултилатералног споразума о унапређењу и заштити инвестиција који садржи клаузулу о меродавном праву или путем пристанка да се спор решава применом релевантне одредбе националног законодавства. Клаузулом у уговору се реализација овог начела остварује директним путем, док у друга два случаја клаузула о избору меродавног права постаје клаузула о којој су се странке сагласиле када страни улагач прихвати понуду државе пријема којом се утврђује надлежност арбитражног суда²¹¹.

Остваривање споразума странака о меродавном праву за меритум спора биће приказан кроз анализу релевантних клаузула појединих уговора и билатералних споразума о подстицању и заштити улагања. Посебан део је посвећен упоредној анализи клаузула о меродавном праву БИТ-ова Републике Србије, БИТ-модела и

²⁰⁹ Jan Dalhuisen, Andrew Guzman, *op. cit.*, стр. 5.

²¹⁰ О овом ће бити речи у четвртом делу рада.

²¹¹ Taida Begic, *op. cit.*, стр. 15.

БИТ-ова које су друге државе закључиле. Наведени делови биће употпуњени одговарајућом праксом арбитражних судова.

2. Избор меродавног права у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача

Уводне напомене

Начело аутономије воље се традиционално односи на слободу страна да улазе у уговорне односе. Иако се јавља много раније, порекло овог принципа приликом избора меродавног права у уговорима у Великој Британији се везује за поступање викторијанских судија и њихово подржавање Бентамовог учења о *laissez-faire*²¹². Заправо, слобода уговарања, која се развила у оквиру овог учења се сматра претечом начела аутономије воље и првим разлогом због којих би странкама требало дати овлашћење да изаберу право меродавно за суштину спора. Као други разлог се наводе правна сигурност и економска ефикасност²¹³.

Данас је аутономија воље странака приликом одређивања меродавног права за меритум спора у уговорима, која са позитивноправног аспекта представља тачку везивања, а са гледишта странака њихово субјективно право²¹⁴, прихваћена на свим нивоима - националном, регионалном, међународном.

Институт за међународно право је 1979. године усвојио Резолуцију „Меродавно

²¹² James Fawcett, Janeen Carruthers, Peter North, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 14th edition, Oxford University Press, 2008, стр. 690.

²¹³ Peter Edward Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, стр. 2.

²¹⁴ Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право* - дванаесто издање, Београд, 2010, стр. 375.

право за уговор у споразумима између државе и страног приватног лица”²¹⁵ у којој је предвиђено да се на уговоре између државе и страног приватног лица примењују правна правила која су изабрале уговорне стране²¹⁶, при чему избор меродавног права може да буде један или више националних правних система или начела која су им заједничка, општа правна начела, начела која се примењују у међународним економским односима, међународно право или комбинација ових правних извора²¹⁷. Осим тога, истакнуто је да је пожељно да странке изричито одреде меродавно право, узимајући у обзир тешкоће које се могу јавити у примени или комбиновању различитих правних система или начела²¹⁸.

И пракса арбитражних судова је потврдила да странке избором меродавног права у клаузули уговора остварују своје право које проистиче из начела аутономије воље. Тако је у одлуци у случају *TOPCO v Libya*, арбитар појединац, Дипуи (*Дипуи*), одговарајући на питање да ли странке имају право да изаберу право или правни систем који ће бити меродаван за њихов уговор, истакао: „Одговор на ово [прво] питање је ван сваке сумње: сви правни системи примењују начело аутономије воље у међународним уговорима. У погледу меритума, сви правни системи потврђују ово начело, које се стога сматра универзално прихваћеним, иако се може десити да оно нема увек исто значење или исти домацај...”²¹⁹.

²¹⁵ *Justitia et Pace*, Institut de Droit International, Session of Athens - 1979, The Proper Law of the Contract in Agreements Between a State and a Foreign Private Person, доступно на: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1979_ath_01_en.PDF.

²¹⁶ Члан 1 Резолуције.

²¹⁷ Члан 2. Резолуције.

²¹⁸ Члан 4. Резолуције.

²¹⁹ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977, 53 ILR, стр. 442.

Пре приказа релевантних клаузула везаних за ово питање, с обзиром да се ради о специфичној врсти уговора, најпре ће бити указано на њихове основне карактеристике.

2.1. Уговори између државе пријема и страног улагача

Уговори између државе пријема и страног улагача²²⁰ представљају значајан инструмент регулисања страних улагања у појединачном случају. Према мишљењу Сорнараџе (*Sornarajah*), практично свако страно улагање је праћено уговором²²¹, а о њиховој правној природи још увек постоје различита схватања. Неспорно је да их карактерише двострука улога државе. Наиме, држава у овом правном односу не представља само уговорну страну, него иступа и као носилац суверене власти на својој територији, односно на територији на којој се страно улагање реализује²²².

На самом почетку њиховог постојања, то су били уговори о концесији којима је било омогућено привредним друштвима из развијених земаља да врше експлоатацију природних ресурса државе пријема по веома повољним

²²⁰ Ови уговори се још називају и инвестициони уговори, а у упоредној литератури и *state contract* (државни уговори). У Француској постоје и управни (административни) уговори, а спорове проистеклих из њих решавају посебни судови - *tribunaux administratifs*. Они се често анализирају са инвестиционим уговорима, с обзиром да се и код једних и код других држава јавља као уговорна страна. О административним уговорима види више: Ibrahim Elbehery, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, Thèse, Humanities and Social Sciences, Université Nice Sophia Antipolis, 2004; доступно на: https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/412538/filename/theorie_des_contrats_administratifs_et_marches_publics_internationaux.pdf.

²²¹ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2010, стр. 227.

²²² Patrick Dumberry, *International Investment Contracts*, у *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (ed. by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, стр. 215, 216.

условима²²³, на дуг временски период, и изражавали су стање политичке моћи тога времена. Државе пријема су биле државе у развоју, колоније или под протекторатом²²⁴. Међутим, економско-политичко јачање држава пријема, процес деколонизације и прерасподела међународне моћи је утицало да оне схвате значај својих ресурса, што је резултирало настојањем да их задрже у свом власништву и под својом контролом. Данас они обухватају различите области и закључују се у различитим правним формама²²⁵ и то како између улагача из развијених држава са развијеним државама, тако и улагача држава у развоју са државама у развоју. Сумарно и у складу са наведеним, Долцер и Шројер (*Dolzer, Schreuer*) разликују неколико генерација ових уговора²²⁶:

- период пре 1945. године - обично су то били поменути уговори о концесији које је карактерисало то што су се приближили преносу суверенитета над делом територије на дужи временски период, будући да су обезбеђивали потпуну контролу трансакције од стране улагача²²⁷.

- период између 60-их и 70-их година прошлог века, када се појављују тзв. уговори о подели производње и уговори о подели профита (*production-sharing* и *profit-sharing agreements*). Државе богате нафтом су желеле да контролишу своје изворе, а често су ове уговоре закључивале компаније у државном власништву

²²³ Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publisher, 2011, стр. 7.

²²⁴ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, стр. 228.

²²⁵ Jan Ole Voss, *op. cit.*, стр. 7. Према овом аутору основне врсте ових уговора су: 1. Савремени уговори о концесији, које одликује већа равноправност уговорних страна; закључују се на краћи период, обухватају мању територију државе пријема, а њени приходи су многоструко повећани; 2. Уговор о подели производње (*Production sharing agreement*); 3. Уговор о управљању/ уговор о техничкој помоћи/ уговор о услугама (*Management agreements/technical assistance agreement/service contracts*); 4. Уговор „кључ у руке” (*Turnkey agreement*); 5. Уговор о заједничком улагању (*Joint venture agreement*); 6. Уговор о лиценци и трансферу технологије (*Licensing and transfer of technology agreements*); 7. БОТ уговори (*Build, operate and transfer agreements*).

²²⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op.cit.*, стр. 79-80.

²²⁷ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, стр. 280.

са страним улагачем. Области које су требале да буду предмет уговора су биле прецизније дефинисане, а држава пријема је задржавала право својине над нафтом и гасом на својој територији. Дакле, у овом периоду се напушта систем у којем је „успавана власт” државе пријема концесионару гарантовала сва права која је он захтевао, док је једина област њеног интересовања било остварење финансијске добити, како је било предвиђено уговором²²⁸.

- период приватизације почетком 90-их година 20. века. Углавном су у питању инфраструктурни пројекти, БОО (*built, operate and own*) и БОТ послови (*built, operate and transfer*) и уговори о заједничком улагању (*joint venture arrangements*)²²⁹. Данас државе пријема настоје да привуку стране улагаче и финансијска средства, као и нове технологије, *know-how* и организационе вештине којима би могле да потпомогну развој своје економије, али без губитка елемената суверености²³⁰.

Како у овом правном односу постоје супротстављени интереси уговорних страна у ове уговоре се често уносе клаузуле као што су арбитражна клаузула, којом се предвиђа избор форума за решавање спорова, стабилизациона клаузула, и клаузула о избору меродавног права²³¹. Поред тога, Дамбери (*Dumberry*) наводи да ове уговоре одликује и неједнакост моћи уговорних страна, при чему је она на страни страног улагача у току преговарања, док је након тога на страни државе, истичући да то ипак није правило које важи за сваки конкретан случај.

²²⁸ Ahmed El-Kosheri, Tarek Riad, *The Changing Roles in the Arbitration Process (With Regard to the Application Law Governing the New Generation of the Petroleum Agreements)*, vol. 1, no. 5, 1986, стр. 475.

²²⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op.cit.*, стр. 79-80.

²³⁰ Piero Bernardini, *The Law Applied by International Arbitrators to State Contracts* у *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (Robert Brineer at al. eds.), 2001, стр. 52.

²³¹ Према Шројеру и Долцеру, често се у овим уговорима предвиђају и клаузуле које се односе на вишу силу (*force majeure*), добру веру (*good faith*) и промењене околности; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 80.

Осим тога, он указује на то да повреда овог уговора може да представља повреду међународног права, односно да доведе до појаве одговорности државе по међународном праву, те да приватно-правно лице може да поднесе захтев за решавање спора међународном арбитражном суду²³².

До половине прошлог века се питању меродавног права није посвећивала нарочита пажња, а у већини случајева оно није ни било предвиђено уговором. Након тога долази до промена, те се најпре у правној доктрини развијених земаља оно почиње разматрати, да би се то временом одразило и на праксу арбитражних судова²³³. Приликом одређивања меродавног права арбитраи полазе или од клаузуле уговора у којој је предвиђено меродавно право или до њега долазе путем других колизионих правила. Проблем у овом процесу се појавио са теоријом интернационализације и делокализацијом уговора када су присталице ове теорије сматрале да би одговарајућим формулацијама клаузула требало искључити примену права државе пријема²³⁴. Међутим, за разлику од таквих клаузула о одређивању меродавног права које су постојале у уговорима 50-их и 60-их година XX века, данас већина ових клаузула предвиђа примену и националног права државе пријема и међународног права²³⁵.

На овом месту је битно указати на чињеницу да постоји могућност да дође до једне или више измена првобитно предвиђене клаузуле о меродавном праву, те се на то мора обратити пажња. Пример налазимо у уговорима о концесији у случају *TOPCO v Libya*²³⁶. Иако су странке два пута мењале помену

²³² Patrick Dumberry, International Investment Contracts, у *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, стр. 218-221.

²³³ Piero Bernardini, The Law Applied by International Arbitrators to State Contracts у *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, стр. 53.

²³⁴ Georges R. Delaume, State Contracts and Transnational Arbitration, *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4, 1981, стр. 785.

²³⁵ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 288.

²³⁶ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 January 1977, 53 ILR, стр. 389 и даље.

клаузулу²³⁷, арбитар је сматрао да оне на то имају право, те да би требало прихватити и поступати по последњој измени²³⁸.

Клаузула о меродавном праву за суштину спора у инвестиционим уговорима ће бити приказана кроз класификацију у зависности од тога да ли је у њима предвиђено као меродавно национално право (државе пријема, државе чији је држављанин страни улагач или право треће државе), међународно право или комбинација ова два права, уз приказ поступања арбитражних судова у овим случајевима.

2.2. Национално право као меродавно у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача

2.2.1. Формулисање избора и тумачење клаузуле о избору меродавног права у арбитражној пракси

Указано је већ на то да у инвестиционој арбитражи постоје супротстављени интереси уговорних страна. Због тога држава пријема настоји да њено право

²³⁷ Приликом закључења уговора, клаузула о меродавном праву је гласила: „*This Concession shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of Libya and such principles and rules of international laws as may be relevant, and the umpire or sole arbitrator shall base his awards upon those laws, principles and rules*”; након измена из 1963. године: “*This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the law of Libya and such rules and principles of international law as may be relevant but only to the extent that such rules and principles are not inconsistent with and do not conflict with the laws of Libya*”; и у својој последњој верзији, из 1966. године: “*This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and, in the absence of such common principles, then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals*”; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 January 1977, 53 *ILR*, стр. 450, 451.

²³⁸ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 January 1977, 53 *ILR*, стр. 451, 452.

буде предвиђено као меродавно, док, са друге стране, страни улагач превасходно обраћа пажњу на *правни поредак који обезбеђује стабилно и предвидиво правно окружење, без пристрасности и политичких утицаја који могу бити на његову штету*²³⁹ и свакако жели да избегне примену права државе пријема.

Знатан број ових уговора предвиђа право државе пријема као меродавно право. Вероватно се разлог за овакво поступање налази у чињеници да се уговор извршава на територији те државе. Међутим, супротстављена мишљења су заступљена о томе да ли право државе пријема предвидети као меродавно у клаузули уговора, те ће она посебно бити разматрана након приказа њених примера.

Једну од садржински најједноставнију клаузулу о меродавном праву налазимо у члану 28(1) модел-уговора Бангладеша - *Bangladeshi Model Production Sharing Contract*, из 1997. године: „за пуноважност, тумачење и извршење уговора меродавно је право Бангладеша”²⁴⁰. Ова клаузула је нешто детаљније формулисана у уговору из 1993. године - *Joint Operating Agreement for the North Field Gas between Qatar General Petroleum Corporation & Total Qatar Oil and Gas S.A., Mobil Qatargas Inc., Mitsui Gas Development Qatar B.V., MQL International Ltd. and Qatar Liquefied Gas Company Limited*, који у члану 18., који се односи на меродавно право, предвиђа: „За уговор и његово тумачење је меродавно право државе Катар. Уговорне стране обавезују регулативе, декрети и други правни инструменти који имају снагу закона, који буду усвојени и који су у датом тренутку на снази у држави Катар”²⁴¹. Понекад ова клаузула упућује на примену само једног дела права државе пријема, као што је то случај са уговором о

²³⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 81.

²⁴⁰ Неведено према: Munir Maniruzzaman, State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001, стр. 309. Сличну клаузулу налазимо и у Уговору о заједничком улагању Београд на води.

²⁴¹ Georges Delaume, State Contracts and Transnational Arbitration; цитирано према: Barrows, Basic Laws and Concession Contracts, Middle East, 1996.

концесији који је компанија *Malicorp Limited*, основана и регистрована у Уједињеном краљевству Велике Британије и Северне Ирске закључила са Египтом, по БОТ систему (за изградњу, управљање, функционисање и пренос међународног аеродрома *Ras Sudr*), у члану 21.1 - „Овај уговор о концесији се сматра уговором грађанског права и на њега се примењују грађанско право Египта”²⁴².

Пракса арбитражних судова потврђује да они у већини случајева поштују овакав избор уговорних страна. Тако је, на пример, арбитражни суд у случају *RSM Production Corporation v Grenada* прихватио избор меродавног права у клаузули уговора између наведених страна која је у члану 28. предвиђала да су за примену и тумачење уговора меродавни закони Гренаде²⁴³.

Интересантан случај је *World Duty Free Company Limited v Republic of Kenya*, који је решаван пред ИКСИД арбитражним судом, у којем је у уговору закљученом између енглеске компаније *World Duty Free* и Кеније о изградњи, одржавању и управљању бесцаринским (*duty-free*) комплексима на међународним аеродромима у Најробију и Момбаси, у члану 10(a) било предвиђено да је за уговор и његово тумачење меродавно право Кеније, док је у члану 9(2)(c) истог уговора наведено да било који арбитражни суд установљен по основу овог уговора примењује право Енглеске²⁴⁴. Арбитражни суд је сматрао да треба да прихвати оба права као меродавна јер се *common law* Енглеске који се односи на уговоре примењује у Кенији, те да нема суштинске

²⁴² *Malicorp Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, пара. 93.

²⁴³ *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009, пара. 12-16.

²⁴⁴ *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, пара. 158.

разлике између ова два права у погледу примене на питања која би требало решити у спору²⁴⁵.

Странке у спору могу и у току арбитражног поступка да постигну споразум о меродавном праву. Овде, прецизно говорећи, није реч о клаузули меродавног права јер она није била унета у уговор страна, већ о накнадном споразуму страна о меродавном праву. Пример налазимо у случају *Kuwait v Aminoil*, где су се стране након покретања поступка споразумеле да ће „арбитражни суд одредити меродавно право за суштину спора, узимајући у обзир особености странака, транснационални карактер њиховог односа и правна начела и преовлађујућу праксу у савременом свету”²⁴⁶.

Накнадни споразум страна налазимо и у случају из старије праксе - *Alsing Trading Co. & Svenska Tändsticks Aktiebolaget v Greece*, где се поставило и питање да ли је закључен уговор још увек био на снази или је престао да важи. Овде је Влада Грчке 1926. године закључила са компанијом *Alsing Trading* уговор којим је овој компанији било омогућено ексклузивно снабдевање шибица, на 28 година, односно до 1954. године. Истог дана је Грчка закључила и уговор о кредиту са шведском компанијом која се бави производњом шибица - *Svenska Tändsticks Aktiebolaget*, која је заједно са *Alsing Trading* била део *Kreuger Match Trust*-а. Уговором о кредиту је било предвиђено да уколико се износ кредита не стави на располагање Влади Грчке у року од 30 дана, Грчка има право да оба уговора раскине. Грчка је, потом, узела још један кредит, а оба је престала да плаћа 1932. године. Снабдевање шибицама је трајало све до Другог светског рата²⁴⁷. Поменуте компаније су поднеле захтев Влади Грчке у којем су истакле да би требало сматрати да је уговор о снабдевању шибица који су закључиле са

²⁴⁵ *Ibid.*, пара. 159.

²⁴⁶ *Government of the State of Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil)*, Award, 24 May 1982, 21 I.L.M., стр. 1000.

²⁴⁷ *Alsing Trading Co. & Svenska Tändsticks Aktiebolaget v Greece*, Arbitral Award of 22 December, 1954, *International Law Review*, no. 23, 1956, стр. 633.

овом државом на одређени рок, продужен јер, са једне стране, кредит није у потпуности исплаћен, а са друге стране, испорука је била потпуно обустављена у периоду од 1940-1946. године, из разлога који су ван њихове контроле (односно, због Другог светског рата). Влада Грчке овај захтев није прихватила, те су поменуте компаније поднеле захтев за решавање спора пред арбитражним судом, као што је и било предвиђено у арбитражној клаузули уговора. У складу са одредбама арбитражне клаузуле, пошто арбитри које су именовале компаније и Влада Грчке нису успели да постигну споразум у поступку који се водио, у Атини, случај је поднет на одлучивање председнику Швајцарског савезног суда²⁴⁸. Што се тиче права меродавног за суштину спора, он је сматрао да би то требало да буде међународно приватно право Грчке, као *lex fori*, с обзиром да је поступак започет у Грчкој, те да именовање страног арбитра не значи и поновно утврђивање меродавног права. Осим тога, право Грчке, према његовом мишљењу, поштује начело аутономије воље, па су странке могле и током поступка да се одреде за неко друго право²⁴⁹. Додуше, стране се у овом случају нису споразумеле о меродавном праву када су закључиле уговор, али је тужилац пред арбитражним судом прихватио предлог туженог да случај буде решен по праву Грчке²⁵⁰. Стране су, дакле, накнадно, након избијања спора, постигле споразум о меродавном праву. Интересантно је да су странке у овом спору сматрале да је, „с обзиром на међузависност и заједнички извор правног система који је на снази у континенталној Европи, питање које право применити у потпуности принципијелно, без нарочитог практичног значаја”²⁵¹.

Сличну ситуацију налазимо и у случају *Aguytia Energy v Peru*. Наиме, ни у овом уговору није постојала клаузула о меродавном праву, већ су странке накнадно постигле споразум да национално право буде меродавно. Арбитражни

²⁴⁸ *Ibid.*, стр. 634.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*, стр. 637.

²⁵¹ *Ibid.*, стр. 638.

суд је најпре истакао да би, по основу члана 42(1) ИКСИД конвенције, у недостатку споразума странака требало применити право Перуа и релевантна правила међународног права. Странке су потом разматрале питање која правила међународног права би се могла у овом случају применити да би коначно закључиле да је за уговор меродаван Грађански законик Перуа, те да би требало применити право Перуа које је у сагласности са међународним правом²⁵². Арбитражни суд је уважио аргументе странака и истакао да за решавање овог спора „нема потребе гледати изван права Перуа”²⁵³.

У следећем примеру се, такође, ради о примени националног права, али не државе пријема, него државе чији је држављанин страни улагач, што се у пракси ретко дешава. Реч је о случају у којој је британска компанија *CDC Group plc* инвестирала у проширење капацитета, односно унапређење рада електрана на два сејшелска острва²⁵⁴, а захтев за арбитражу је поднела пошто држава пријема није испуњавала своје обавезе из уговора о гаранцији. Релевантна клаузула (члан 7.8) је предвиђала да је за уговор, његово извршење и тумачење у сваком погледу меродавно право Енглеске. Арбитар појединац је то прихватио²⁵⁵. Сејшели су поднели захтев за поништај ове арбитражне одлуке истичући да је арбитражни суд прекорачио овлашћења јер није применио право Енглеске. Између осталог су навели да је арбитар игнорисао одлуке енглеских судова које су они истицали, са једне стране, и начело правичности, са друге стране. *Ad hoc* комитет је сматрао да арбитражни суд није занемарио случајеве на које су се они позивали, већ их је сматрао непримењивим на чињенице у овом спору. При том је истакао да је „без обзира на његово мишљење у погледу исправности правне анализе арбитражног суда, његово испитивање ограничено на утврђивање да ли

²⁵² *Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/06/13, Award, 11 December 2008, пара. 72, 73.

²⁵³ *Ibid.*, пара. 74.

²⁵⁴ *CDC Group plc v Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17 December 2003.

²⁵⁵ *Ibid.*, пара. 43.

је арбитражни суд настојао да примени право Енглеске”²⁵⁶. Исто тако, *ad hoc* комитет није прихватио тврдње Сејшела да арбитражни суд није разматрао начело правичности. У том смислу је истакао релевантан споразум и праксу коју је арбитражни суд анализирао приликом одлучивања о овом питању. Коначно, још једном је потврдио да је његов задатак да „утврди да ли је арбитражни суд поштовао намеру странака да се о њиховом спору одлучује по праву Енглеске” и закључио да јесте²⁵⁷.

Могуће је да странке изаберу као меродавно и неко неутрално (национално) право, односно право треће државе. И у таквој ситуацији су арбитражни судови потврдили да поштују вољу странака приликом одређивања меродавног права и за поједина питања. Наиме, у једном случају странке су се споразумеле да право Енглеске буде меродавно приликом утврђивања да ли је постојао уговор између њих (с обзиром да се радило о кореспонденцији путем електронске поште) и, уколико јесте, под којим условима. Арбитражни суд је сматрао да га члан 42(1) ИКСИД Конвенције обавезује да примени енглеско право, у доброј вери²⁵⁸. Овде је, заправо, реч о појави која се назива цепање уговора (*dépeçage*) која представља могућност да уговорне стране предвиде примену више права на свој уговор тако што предвиде примену једног права као меродавног само за поједина питања, док се на друге делове уговора примењује неко друго право²⁵⁹.

Арбитражни судови понекад клаузулу уговора која спомиње у одређеном контексту законодавство државе пријема тумаче као споразум страна о примени тог права као меродавног. То се догодило у случају *Letco v Liberia*, где је у

²⁵⁶ *CDC Group plc v Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the Republic of Seychelles, 29 June 2005, пара. 45.

²⁵⁷ *Ibid.*, пара. 47.

²⁵⁸ *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Award, 8 September 2009, пара. 49.

²⁵⁹ Види: Маја Станивуковић, Избор правних правила по којима ће арбитража одлучити о меритуму спора, *Арбитража, часопис Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије*, бр. 1/2000, стр. 63.

уводном делу уговора о концесији закљученог између ових страна било наведено да је он сачињен у складу са (Општим) пословним правом (15. део Либерijsког законика из 1956. године). Арбитражни суд је најпре у својој одлуци указао на овлашћење уговорних страна да саме изаберу меродавно право за суштину спора и у том смислу истакао прву реченицу члана 42(1) ИКСИД конвенције. Потом је навео да се „чини да то указује на изричит избор страна да право Либериије буде меродавно за концесиони уговор”. Тужилац је истицао да не постоји *изричит* споразум страна, али је накнадно и он потврдио да је право Либериије „вероватно меродавно”²⁶⁰. Према схватању арбитражног суда, право Либериије је требало несумњиво применити у овом случају. При томе је навео да „*странке нису изабрале ниједан други систем или правна правила; чак и да не постоји изричит избор странака права Либериије, јасно је да га арбитражни суд мора применити у овом спору. Једино се поставља питање да ли га применити самостално (као право које су изабрале странке) или у комбинацији са релевантним начелима међународног права*”²⁶¹. На основу наведеног бисмо могли закључити да је арбитражни суд сматрао да постоји споразум страна у спору. Међутим, након изнетог, арбитражни суд указује да га одредба 42 ИКСИД конвенције обавезује на примену оба права **када не постоји изричит** избор странака у погледу меродавног права. Осим тога, истакнуто је да је „*право државе уговорнице супериорно на њеној територији, али да, без обзира на то, подлеже контроли међународног права*” као и да у овом случају нема потребе за овом улогом међународног права с обзиром на то да су релевантна правила и начела либериијског права у сагласности са општеприхваћеним начелима међународног права која се односе на пуноважност уговора и правна средства у случају њиховог кршења²⁶². На основу изнетог се стиче утисак да арбитражни суд у овом случају није био

²⁶⁰ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, 89 *ILR*, стр. 329.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

сигуран да ли је право Либерије меродавно на основу страначке аутономије воље или на основу друге реченице чл. 42 ИКСИД конвенције.

Наведене клаузуле представљају само један део примера и модалитета који се јављају у пракси. Реч је о примерима који се односе, пре свега, на ситуације када је јурисдикциони основ поступања арбитражних судова сам уговор, односно када уговор садржи и арбитражну клаузулу и клаузулу о избору меродавног права. Тада арбитражни суд решава инвестициони (уговорни) спор поводом улагања и, као што примери показују, прихвата споразум уговорних страна о меродавном праву. Међутим, постоје случајеви који доказују одступање од овакве праксе. Реч је, дакле, о арбитражним споровима који су покренути по основу уговора, а арбитражни суд је избегао да примени право државе пријема иако је оно било предвиђено као меродавно у самом уговору који је и основ надлежности. Пример оваквог поступања арбитражног суда налазимо у спору *Caratube v Republic of Kazakhstan*. Наиме, приликом утврђивања меродавног права арбитражни суд је указао на члан 42(1) ИКСИД конвенције и релевантни члан Уговора између тужиоца и туженог у којем је стајало следеће: „на овај уговор и друге споразуме закључене по основу овог уговора се примењује право државе [Казахстан] осим уколико је другачије предвиђено међународним споразумом чија је држава уговорница”²⁶³. И странке у спору и арбитражни суд су нашли да би требало применити право Казахстана на решавање спора по основу уговора²⁶⁴. Потом је арбитражни суд разматрао мишљење Шројера у којем је он истакао да се међународно право узима у обзир, чак и када постоји изричит избор националног права као и да ИКСИД арбитражни судови често примењују правила обичајног међународног права, било на основу прве или друге реченице члана 42(1)²⁶⁵. Због тога је арбитражни суд сматрао да би

²⁶³ *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September, 2017, пара. 283.

²⁶⁴ *Ibid.*, пара. 284.

²⁶⁵ *Ibid.*, пара. 289.

приликом примене права Казахстана, требало применити међународно право у својој допунској и корективној улози²⁶⁶. Међународно право се, према мишљењу арбитражног суда, узима у обзир без обзира да ли је надлежност арбитражног суда заснована на уговору или инвестиционом законодавству²⁶⁷.

Став арбитражног суда у овом случају је јасан: међународно право се у инвестиционим споровима увек примењује (чак и кад је надлежност арбитражног суда заснована на уговору и уговор садржи клаузулу о меродавном праву у којој је предвиђена искључива примена националног права државе пријема)²⁶⁸.

Са друге стране, када је спор покренут поводом уговора, али на основу одредбе БИТ-а о арбитражи арбитражни суд ће *морати* да примени одредбе БИТ-а без обзира шта су странке навеле у уговору на који се односи спор, те ће то утицати на меродавно право.

Анализом различитих уговора између државе пријема и страног улагача, може се закључити да је право државе пријема као меродавно за суштину спора једна од најчешћих опција коју бирају уговорне стране. У том смислу Манирузамен (*Maniruzzaman*) наводи да се чини да је тренд да се као меродавно право у овим уговорима предвиди право државе пријема, и то како у државама у развоју, тако и у развијеним државама²⁶⁹. Сорнараца чак наводи да је право државе пријема

²⁶⁶ *Ibid.*, пара. 290.

²⁶⁷ *Ibid.*, пара. 291.

²⁶⁸ Примена међународног права на застарелост потраживања из уговора, уместо права Казахстана је битно утицала на исход спора. Наиме, да је арбитражни суд применио право Казахстана, дошао би до закључка да је потраживање застарело, а пошто је применио правила међународног права, закључио је да потраживање тужиоца није застарело; Види: Петар Ђундић, Меродавно право за суштину спора пред арбитражним судовима ИКСИД: члан 42(1) ИКСИД Конвенције и улога националног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2017, стр. 1636-1638.

²⁶⁹ Munir Maniruzzaman, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, стр. 309-310. За супротно види: Begic, *op. cit.*, стр. 16.

једини правилан избор у клаузули уговора која одређује меродавно право, а држављанство страног улагача једини инострани елемент. Према његовом мишљењу, страни улагач добровољно улази на територију државе пријема, те је дужан да се повинује њеним правним правилима²⁷⁰. У вези са тим се може поставити питање да ли страни улагач прихвата ову могућност рачунајући да ће заштиту својих права моћи да оствари и путем билатералног/мултилатералног споразума (што је чест случај) или из неких других разлога. У сваком случају му је овакав избор у многоме олакшан уколико је уговорена и стабилизациона клаузула.

2.2.2. Значај стабилизационе клаузуле приликом утврђивања меродавног права за суштину спора

Циљ стабилизационе клаузуле је да накнадне измене меродавног права (државе пријема) не утичу на услове уговора под којима је закључен, те је јасно зашто се она углавном налази у уговорима који су закључени на дужи временски период. Свакако да ће страни улагач инсистирати на стабилизационој клаузули уколико закључује уговор са државом пријема у којој су правни и политички режими нестабилни. Држава пријема, пак, пристаје на овај услов јер жели да привуче стране инвестиције на својој територији²⁷¹. Одредбе које представљају модалитет стабилизационе клаузуле налазимо и у Уставу²⁷² и законодавству Републике Србије²⁷³.

²⁷⁰ Наведено према: Jan Ole Voss, *op. cit.*, стр. 40.

²⁷¹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 82.

²⁷² Члан 84, став 3 Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006): Права стечена улагањем капитала на основу закона, не могу законом бити умањена.

²⁷³ Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Сл. гласник РС*, бр. 88/2011 и 15/2016), члан 52: У случају промене прописа након закључења јавног уговора који погоршавају положај приватног или јавног партнера, уговор се може изменити без ограничења из члана 50. овог закона, а у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора... Види и упореди са чл. 9. Закона о страним

Дакле, и стабилизациона клаузула и клаузула о избору меродавног права се тичу одређивања овог права, али на различите начине. Наиме, правно дејство стабилизационе клаузуле је одређено начином на који је формулисана клаузула о меродавном праву, јер се њен утицај разликује уколико је уговором предвиђено национално право (државе пријема) као меродавно или је то неко друго право/правна правила (међународно право, општа правна начела и сл.). Како држава не може да врши измене правила и начела међународног права, стабилизациона клаузула се везује за примену права државе пријема. Осим тога, меродавно право се примењује на тумачење свих одредби уговора, па тако може имати утицај и на тумачење стабилизационе клаузуле од стране међународних арбитражних судова²⁷⁴.

Стабилизационе клаузуле су се појавиле између два светска рата, у уговорима о концесији између улагача из Сједињених Америчких Држава и држава Латинске Америке. Улагачи су у овим клаузулама налазили заштиту од могуће национализације од стране државе пријема. Тако је, на пример, 1948. године, у члану 17. Уговора о концесији између *American Independent Oil Company (Aminoil)* и Кувајта било предвиђено да „општи или посебни закони не могу поништити или изменити концесију, осим уколико постоји заједнички споразум уговорних страна да је то пожељно због обостраног интереса”²⁷⁵. И измене овог

улагањима (Сл. лист СРЈ, бр. 3/2002 и 5/2003, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 107/2014 - др. закон), који је престао да важи ступањем на снагу Закона о улагањима. Види више: Марко Јовановић, *op. cit.*, стр. 70, 71.

²⁷⁴ Abdullah Faruque, *Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses Legal Protection vs. Functional Value*, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 23 Issue 4, 2006, стр. 332, 333.

²⁷⁵ [„The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement”].

уговора из 1961. године су, такође, садржале ову клаузулу²⁷⁶, а арбитражни суд који је решавао спор поводом повреде уговора је сматрао да је њихова сврха не само спречавање предузимања било којих мера усмерених на конфискацију, него и да омогуће остваривање легитимних очекивања у погледу питања накнаде штете, те се као такве морају узети у обзир²⁷⁷.

Стабилизациона клаузула може да буде и уже постављена, као на пример у инвестиционом уговору о ископавању руде боксита који је компанија *Kaiser Bauxite* 1957. године закључила са Јамајком: „Неће бити других намета на боксит, резерве боксита, као и на пословање и било која средства која се користе за пословање и дивиденде по основу њих. ‘Други намети’ обухватају све порезе, терете, таксе, акцизе и дажбине на пословање у вези са ископавањем руде боксита и на сва средства која се користе у вези са тим пословањем, на Јамајци и њеним територијалним водама...”²⁷⁸.

Ову клаузулу налазимо и у уговору везаном за прекоморски транспорт који су закључиле *Maritime International Nominees Establishment (MINE)*, компанија основана по праву Лихтенштајна, и Гвинеја. Стране су у уговору предвиделе да је у случају спора меродавно право Гвинеје, на дан 19. августа 1971. године, када је уговор закључен²⁷⁹, као и да „...уговор обавезује странке без обзира на све одредбе националног јавног права, управног или приватног, које би у међувремену могле постојати у Гвинеји, и то без изузетка или резерве”. У својој одлуци о делимичном поништају арбитражне одлуке ИКСИД *ad hoc*

²⁷⁶ [„Save as aforesaid this Agreement shall not be terminated before the expiration of the period specified in Article 1 thereof except by surrender as provided in Article 12 or if the Company shall be in default under the arbitration provisions of Article 18”].

²⁷⁷ *Government of the State of Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil)*, Award, 24 May 1982, пара. 159.

²⁷⁸ *Kaiser Bauxite Company v The Government of Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, пара. 12.

²⁷⁹ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 14 December 1989, пара. 6.31.

комитет је навео да релевантну одредбу уговора треба схватити у смислу да накнадне измене законодавства Гвинеје не могу утицати на уговор²⁸⁰, а да у случају „ћутања уговора” или уколико је он непотпун треба посматрати право Гвинеје у целости и применити она правила која би била меродавна у време закључења уговора, односно да је уговор „замрзао” меродавно право у то време²⁸¹.

У наведеном примеру је, заправо, реч о „клаузули замрзавања” (*freezing clause*) која представља посебну врсту стабилизационе клаузуле. Као што сам њен назив говори, она предвиђа да се меродавно право у тренутку закључења уговора „замрзава” и као такво се, у истом обиму и садржају, примењује у случају настанка спора, без обзира на све накнадне измене које је то право претрпело. Међутим, она, веома ретко, може и да се односи на одрицање државе пријема од свог права да доноси нове и да мења постојеће законе, због релевантног инвестиционог уговора. Овакво њено дејство је, ипак, упитно у савременом праву јер се држава тиме одриче својих законодавних овлашћења. Коначно, овом клаузулом може и да се предвиди *lex specialis* статус уговора о улагању у односу на накнадно законодавство²⁸². То значи да се измене националног законодавства, које је у овом случају *lex generali* не примењују на уговор који је *lex specialis*, у складу са принципом *lex specialis derogat legi generali*²⁸³.

За остварење истог или сличног циља, осим наведених, користе се и клаузула економске равнотеже, клаузула поновног преговарања, клаузула непроменљивости уговора (*intangibility clause*), компензациона клаузула,

²⁸⁰ *Ibid.*, пара. 6.33.

²⁸¹ *Ibid.*, пара. 6.36.

²⁸² Meriç Şar, *Stabilization Clauses in Investment Contracts*, рад у припреми за објављивање, стр. 12, 13; доступно на: https://www.academia.edu/8776599/STABILIZATION_CLAUSES_IN_INTERNATIONAL_INVESTMENT_CONTRACTS.

²⁸³ Sanusi Bintang, *Unfavorable Clauses in International Investment Contracts of Aceh Province, Indonesia*, *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, Volume 21, Issue 9, 2016, стр. 24.

клаузуле које се односе на „стабилизовање” појединих питања, као што су, на пример, порези²⁸⁴. Указаћемо на њихове основне карактеристике. *Клаузулом економске равнотеже* се страни улагач и држава пријема обавезују да преговорима успоставе равнотежу која је постојала у тренутку закључења уговора, уколико је она нарушена накнадним изменама меродавног права²⁸⁵. *Клаузула поновног преговарања* обавезује уговорне стране да, у случају накнадних промена меродавног права, путем преговора (ре)адаптирају услове уговора новонасталој ситуацији²⁸⁶. Бернадини (*Bernardini*), између осталог, истиче да, осим што представља алтернативу стабилизационој клаузули јер не могу обе бити предвиђене истовремено, она подразумева да је однос између уговорних страна сличан односима две приватноправне странке, те не утиче на суверена овлашћења државе (у погледу измене законодавства)²⁸⁷.

Мишљења о ефектима ових клаузула су подељена. Тако, на пример, Делом (*Delaume*) сматра да оне прате развој ових уговора, који се огледа у сарадњи између државе пријема и страног улагача, а да је стабилизациона клаузула у том смислу нефлексибилна²⁸⁸. Са друге стране, Долцер и Шројер истичу да је тачно да и клаузула економске равнотеже и клаузула поновног преговарања пружају већи степен флексибилности у односу на стабилизациону клаузулу, али да је њихова ефикасност доведена у питање имајући у виду чињеницу да странке

²⁸⁴ Види: Lorenzo Cotula, International Institute for Environment and Development, Briefing 4: Foreign investment contracts, Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development, Sustainable Markets Investment Briefings, 2007, стр. 2, доступно на: <http://pubs.iied.org/pdfs/17015IIED.pdf>.

²⁸⁵ Често се у литератури спомиње и тзв. хибридна клаузула, која има карактеристике и клаузуле замрзавања и клаузуле економске равнотеже; види: Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights May 27, 2009, доступно на: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES>.

²⁸⁶ George Delaume, The Proper Law of State Contracts Revisited, *ICSID Rev.-FILJ* 12, 1997, стр. 27.

²⁸⁷ Piero Bernardini, The Renegotiation of the Investment Contract, *ICSID Review*, 13 (2), 1998, стр. 418.

²⁸⁸ George Delaume, The Proper Law of State Contracts Revisited, стр. 27.

треба да воде преговоре када је спор између њих већ настао. Осим тога, термин „економска равнотежа” није још дефинисан у правном смислу. Иако нису искључиви у својим ставовима, ови аутори сматрају да би требало пратити какве ће резултате пружити поменуте клаузуле, а уколико они не буду позитивни - наставити са тражењем одговарајућег „стабилизационог механизма”²⁸⁹. Осим наведених, постоје и *клаузуле непроменљивости уговора (intangibility clauses)*, којима се услови уговора могу мењати само уз сагласност странака и/или које изричито забрањује национализацију инвестиције²⁹⁰. Коначно, *компензационом клаузулом* се држава пријема обавезује да плати штету страном улагачу насталу услед накнадних измена меродавног права²⁹¹. У односу на наведене клаузуле се разликује по свом репарационом карактеру, али се на овом месту наводи с обзиром на њен циљ да доведе улагача у положај у којем би био да се измене законодавства нису догодиле.

Неке од наведених клаузула садржи Уговор о заједничком улагању у пројекат Београд на води²⁹², у делу под називом Очување законског оквира/измене закона и прописа. Најпре се у члану 9.3.1 наводи:

„Република Србија се обавезује да донесе све неопходне измене закона и прописа односно, зависно од случаја, да у сваком тренутку очува одређене кључне одлике законског оквира које су неопходне или пожељне како би се произвело пуно правно дејство одредаба овог Уговора”.

²⁸⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 85, 86.

²⁹⁰ Lorenzo Cotula, Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development, Session 2.2.: The policy framework for investment: the social and environmental dimensions, OECD Global Forum on International Investment, 2008, стр. 6;

доступно на: <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf>.

²⁹¹ Марко Јовановић, *op. cit.*, стр. 70.

²⁹² Уговор о заједничком улагању у пројекат Београд на води, Републике Србије и Belgrade Waterfront Capital Investment LLC и Београд на води д.о.о. Београд и Al Maabar International Investment LLC, 26.04.2015.

Наведена одредба, а поготово део у којем се Република Србија обавезује да донесе све неопходне измене закона и прописа, у најмању руку, није уобичајена и свакако остварује утицај на законодавна овлашћења Републике Србије. Део одредбе који предвиђа да се Република Србија обавезује „да у сваком тренутку очува одређене кључне одлике законског оквира које су неопходне или пожељне како би се произвело пуно правно дејство одредаба овог Уговора” је најсличнији другој варијанти анализирани „клаузуле замрзавања”.

Уговором је, даље, чак и прецизирано како треба тумачити ову одредбу, као и које су последице по РС уколико је повреди. Тако је предвиђено да се ова клаузула тумачи на следећи начин:

(а) Влада РС предлаже измене закона и прописа;

(б) У мери у којој измене закона и прописа предложене од стране Владе РС не усвоји Народна скупштина, РС саставља алтернативни предлог/решење са истим привредним ефектом за Стратешког партнера/Друштво као законске измене предвиђене Кључним законским оквиром и изменама закона и прописа и улаже максималан труд у спровођењу алтернативног предлога/решења;

(ц) Влада РС се уздржава од предлога измена закона и прописа у супротности са начелима/обавезама из Кључног законског оквира и измена закона и прописа и/или на други начин у супротности са овим Уговором.

Одредба (ц) представља клаузулу замрзавања која се односи на одрицање државе пријема од свог права да мења постојеће законе, због релевантног инвестиционог уговора: Влада РС се обавезала да ће се уздржавати од подношења оваквих предлога Скупштини уколико су ти предлози у супротности са Уговором.

Коначно, члан 9.3.4 Уговора гласи:

„Пропуст на страни РС да испоштује ову клаузулу не даје право Стратешком партнеру/Друштву да затражи посебно извршење, али ће се сматрати кршењем којим се конституише Разлог за активирање продајне опције при повлачењу и/или основ за одштету”.

Ова клаузула би се могла сврстати у категорију раније поменутих компензационих клаузула.

Резиме овог дела бисмо могли свести на следеће: право државе пријема је у уговорима између државе пријема и страног улагача често предвиђено као меродавно. Разлог за овакав споразум страна обично лежи у чињеници да се на територији те државе инвестиција реализује, односно уговор извршава. Како би се страни улагач заштитио од накнадних измена права државе пријема које могу имати утицаја на права и обавезе предвиђене уговором, неретко се уз овакву клаузулу уговара и стабилизациона клаузула.

Питање које се намеће јесте да ли је један међународни арбитражни суд обавезан да у потпуности прихвати избор страна и примени национално право (државе пријема) у сваком случају. Овде смо већ указали на случај из скорије праксе у којем је арбитражни суд заузео став да се међународно право примењује без обзира на то што је у уговору који је и основ за покретање арбитражног поступка било предвиђено национално право као меродавно. Искључиви избор права државе пријема, али и домашај начела аутономије воље је и теорија интернационализације - о којој ће бити речи у наредном поглављу - довела у питање. У том делу је интернационализација уговора разматрана само у погледу уговора у којима су странке извршиле избор меродавног права за суштину спора.

2.3. Међународно право као меродавно у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача

Идеја о одређивању међународног права као меродавног се јавља половином прошлог века, када су страни улагачи, првенствено због неповерења у правне системе држава пријема, настојали да избегну њихову примену и тиме обезбеде себи виши ниво правне заштите. Значајан преокрет у погледу тога наступа са теоријом интернационализације, према којој су странке слободне да изаберу међународно право као меродавно за уговор. Ова теорија је почивала на настојању да се уговорни односи поводом страних улагања искључе из надлежности држава пријема и да се на ове уговоре не примењује искључиво право државе пријема²⁹³.

У оквиру теорије интернационализације се разликује директна и индиректна интернационализација. Директна интернационализација је значила да се примена националног права у потпуности настоји искључити, односно да се сугерише искључива примена међународног права²⁹⁴. У овом смислу се домашај начела аутономије воље доводи у питање. Са друге стране, у случају индиректне интернационализације се начело аутономије воље доследно спроводи, те стране могу да изаберу и међународно право као меродавно. То значи да у овом случају примена и међународног и националног права долази у обзир²⁹⁵.

У правној доктрини и арбитражној пракси не постоји сагласност око тога **да ли и на који начин примењивати међународно право на уговоре између државе пријема и страног улагача**. Са једне стране су они аутори који сматрају да је међународно право „примењиво” на ове уговоре, а са друге су они који се томе

²⁹³ Jan Ole Voss, *op. cit.*, стр. 25, 26.

²⁹⁴ *Ibid.*, стр. 29.

²⁹⁵ *Ibid.*, стр. 34, 35; Марко Јовановић, *op. cit.*, стр. 63, фуснота 154.

противе²⁹⁶. Наиме, присталице теорије интернационализације и делокализације уговора сматрају да на инвестиционе уговоре не би требало примењивати право државе пријема, већ међународно право, одредбе самог уговора, начело *pacta sunt servanda* или *lex mercatoria*. На пример, арбитар појединац Дипуи је у спору *TOPCO v Libya* истакао да би, због природе ових уговора, на њих требало применити међународно право, јер су у питању уговори *sui generis*²⁹⁷. Исто тако, страни улагачи су уговарањем надлежности међународног арбитражног суда и уговарањем међународног права као меродавног покушавали да у уговоре унесу средства која би обезбедила одвајање од судова државе уговорнице и њеног права²⁹⁸. Са друге стране, противници ове теорије истичу да међународно право не би требало примењивати на ове уговоре с обзиром на то да страни улагач није субјекат међународног права. У прилог свом ставу да се међународно право примењује само у односима између држава, они наводе схватање које је Стални суд међународне правде заузео у случају *Serbian Loans Case*²⁹⁹, у погледу питања да ли је право Француске меродавно за уговорне обавезе: „Било који уговор који није уговор између држава који оне закључују као субјекти међународног права, има свој основ у националном праву неке државе...”³⁰⁰. Такође, противници

²⁹⁶ Ауторе и њихова дела који су за, односно против примене међународног права на уговоре види: Ноп Данг, *The Applicability of International Law as Governing Law of State Contracts*, 17 *Australian International Law Journal*, 2010, стр. 134.

²⁹⁷ Domenico Di Pietro, *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention- The Case of Amco v Indonesia*, у *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (ed. by Todd Weiler), Cameron May, 2005, стр. 226; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 53 ILR, стр. 460.

²⁹⁸ Domenico Di Pietro, *op. cit.*, стр. 227. Види: *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 53 ILR, стр. 455.

²⁹⁹ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Judgment, 12 July 1929, PCIJ Series A, No. 14, доступно на: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf.

³⁰⁰ *Ibid.*, стр. 41. Сличан став је заузет и у *Brazilian Case*: Суд је сматрао да је питање да ли је право Француске меродавно за уговорне обавезе *питање међународног приватног права, о којем се мора одлучити узимајући у обзир стварну природу обавезе у питању и околности под којима је настала, иако се могу узети у обзир и изричита или претпостављена намера странака... Не може се сматрати да је намера државе зајмопримца да примени неко друго*

теорије интернационализације указују да одредбе у уговорима које прописују да стране поступају у доброј вери (*good faith, good will*) не би требало (као што се то понекад чини) схватити као намеру страна о примени међународног права³⁰¹ јер је њихов смисао другачији: оне се наводе да би нагласиле поштовање једног од основних правила уговорног права³⁰². Сорнараца чак истиче да се целокупна теорија интернационализације заснива на веома slabим изворима - писању публициста, неколико спорних арбитражних одлука и општим правним начелима, односно принципу *pacta sunt servanda*, за који је доказано да није апсолутно примењив у савременом уговорном праву³⁰³.

Према томе, питање које се намеће је **да ли уговорне стране имају право да изаберу међународно право као меродавно** за суштину инвестиционог спора. Постоје мишљења да је избор странака да ће међународно право бити меродавно за суштину њиховог спора могућ и легитиман, али да може представљати „скок у непознато“³⁰⁴, и да то не представља најсрећнију опцију с обзиром на то да међународно право није комплетан правни систем као што је то национално право када је у питању решавање уговорних спорова³⁰⁵.

*право, а не своје као меродавно у погледу свог дуга и пуноважности одредаба...*Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France, Judgment No. 15, 12 July 1929, PCIJ, Ser. A., No. 21, 1929, стр. 121, 122; доступно на:

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/64_Emprunts_Bresiliens_Arret.pdf.

³⁰¹ Види: *Sapphire International Petroleum Ltd. v National Iranian Oil Company (NIOC)*, Award, 15 March 1963, 35 ILR, 1967, стр. 175. Како у уговору није постојала клаузула о меродавном праву, арбитар је то схватио као намеру страна да искључе примену права Ирана. Осим тога, пошто странке нису изабрале ни неко друго национално право као меродавно, сматрао је да је постоји њихова намера да се уговор тумачи и извршава по правним начелима која су призната од стране цивилизованих народа. При томе је арбитар улазао и на релевантне клаузуле других уговора које је *NIOC* закључила.

³⁰² Georges Delaume, *State Contracts and Transnational Arbitration*, стр. 799, 800.

³⁰³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, стр. 297, 298.

³⁰⁴ Jan Ole Voss, *op. cit.*, стр. 46.

³⁰⁵ Patrick Dumberry, *International Investment Contracts*, у *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, стр. 226.

Денг (*Dang*)³⁰⁶, такође, сматра да су стране слободне да изаберу међународно право као меродавно за уговоре³⁰⁷. Међутим, он истиче да се чињенице као што су да је једна од страна међународног уговора држава, да спор решава међународни арбитражни суд и да је међународно право део националног права које су странке споразумно изабрале као меродавно, не могу прихватити као ваљан основ за примену међународног права. О томе говори и Вос (*Voss*), наглашавајући да се понекад клаузула о избору да се спор решава пред међународним арбитражним судом сматра интернационализацијом уговора, те да су стране на тај начин посредно изабрале примену међународног права. Овакав став, сасвим исправно, сматра неприхватљивим јер је у питању клаузула о избору форума, којом се утврђује надлежност и не односи се на меродавно право за суштину спора³⁰⁸.

Исто тако, правила најзначајнијих арбитражних институција пружају могућност странкама да изаберу међународно право као меродавно. Наиме, ова правила углавном предвиђају да су странке слободне да изаберу *правна правила (rules of law)*³⁰⁹ која ће се примањивати у случају настанка спора, што указује да избор не мора бити ограничен на једно или више националних права или правних система³¹⁰, већ то може бити и међународно право или нека друга форма не-националног права.

³⁰⁶ Ноп Dang, *op. cit.*, 135.

³⁰⁷ *Ibid.*, стр. 145.

³⁰⁸ Jan Ole Voss, *op. cit.*, стр. 49.

³⁰⁹ Члан 35. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а, чл. 21. Арбитражних правила Међународне трговинске коморе, члан 22. Арбитражних правила Арбитражног института привредне коморе Стокхолма, чл. 42. ИКСИД конвенције, чл. 54. Правила о додатним олакшицама, чл. 22. Арбитражних правила Међународног арбитражног суда у Лондону, чл. 28. Модел-закона УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи.

³¹⁰ Види: Aron Broches, Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 18, 1993, стр. 627.

На основу изнетог бисмо могли закључити да су **стране у инвестиционом уговору слободне да изаберу међународно право као меродавно за суштину спора**. Међутим, ретко се само међународно право предвиђа као меродавно у клаузули уговора. Обично је реч о комбинацији међународног права или општих правних начела са националним правом³¹¹. Осим тога, примена међународног права се често предвиђа и уз комбинацију два национална права. Такву клаузулу налазимо у познатом *Channel Tunnel* уговору којим је била предвиђена изградња тунела испод Ла Манша који би повезивао Француску и Велику Британију: „за закључење, пуноважност, извршење и тумачење уговора су у сваком погледу меродавна заједничка начела права Енглеске и права Француске, а у случају непостојања таквих заједничких начела, општа начела међународног трговинског права која примењују национални и међународни арбитражни судови....”³¹².

У наставку ћемо размотрити питање **да ли би страначки избор требало поштовати у сваком случају** (без обзира да ли је у питању међународно или национално право). Овде је, заправо, реч о томе да ли уговорне стране могу да искључе примену међународног права за свој уговор, чак и када изричито уговоре примену националног права.

Осврнућемо се најпре на схватање Денга који наглашава да **међународно право није примењиво уколико су стране избрале искључиву примену**

³¹¹ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 561.

³¹² *The Channel Tunnel Group Ltd and France Manche SA v Balfour Beatty Construction Ltd et al.*, High Court of England and Wales, January 22, 1992; наведено према: Mauro Rubino-Sammartano, *The Channel Tunnel and Tronc Commun Doctrine*, *Journal of International Arbitration*, vol. 10, issue 3, 1993, стр. 59-65. Примену начела и правила која су заједничка за више националних права (*tronc commun*), као меродавног права налазимо и у случају *Kuwait v Aminoil*, где је уговор између поменутих страна предвиђао: „...Taking into account the different nationality of the parties, the agreements between them shall be given effect and must be interpreted in conformity with the laws of Kuwait and of the State of New York...”; R. Doak Bishop, James Crawford, William Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, 2005, стр. 677.

националног права. Наиме, он сматра да би у инвестиционим уговорима требало поштовати начело аутономије воље, те да би примена међународног права у случају изричитог избора националног права била правно недозвољена. У вези са тим истиче да примена међународног права у том случају нема основа и да би значила да арбитражни суд „спроводи овлашћења која му нису дата” јер он та иста овлашћења добија од страна у спору. Закључује да би непоштовање аутономије воље уговорних страна могло да представља прекорачење овлашћења арбитражног суда које може да резултира поништајем арбитражне одлуке³¹³.

Постоје, међутим, и сасвим другачија схватања. Већ смо указали на то да Алжирска декларација о решавању спорова не садржи одредбу која јасно указује на слободу странака да изаберу меродавно право за суштину спора, већ само указује на који начин арбитражни суд утврђује меродавно право. Наиме, у члану V је само истакнуто да Трибунал решава о свим споровима по основу поштовања права, примењујући она правила о избору меродавног права и начела међународног и трговачког права која он сматра меродавним, узимајући у обзир релевантне трговачке обичаје, одредбе уговора и промењене околности. Ова клаузула би значила да Иранско-амерички трибунал има **веома широка овлашћења да, без обзира на избор странака, примени међународно право уколико сматра да је његова примена погоднија у конкретном случају.** То је и потврђено у случају *CMI International, Inc. v Iran*, у којем су странке у клаузули уговора предвиделе меродавност права државе Ајдахо, али је Трибунал сматрао да га то, на основу члана V Алжирске декларације, не обавезује³¹⁴. Даље

³¹³ Ноп Dang, *op. cit.*, стр. 147, 148.

³¹⁴ *CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation et al.*, Award, 4 Iran–US CTR, стр. 267-268 [It is difficult to conceive of a choice of law provision that would give the Tribunal greater freedom in determining case by case the law relevant to the issues before it. Such freedom is consistent with, and perhaps almost essential to the scope of the tasks confronting the Tribunal....Thus, the Tribunal may often find it necessary to interpret and apply treaties, customary international law, general principles of law and national laws, "taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances", as Article V directs.].

је Трибунал сматрао да у погледу питања накнаде штете није везан за уговорно право, те да би примена општих правних начела, као дела међународног права, у овом случају, више одговарала околностима случаја³¹⁵.

У теорији и у пракси ИКСИД арбитражних судова, такође, налазимо на схватања да се примена међународног права не може искључити чак и ако постоји искључиви избор националног права. Тако Шројер сматра да и у случају искључивог избора националног права, међународно право има контролну улогу. Наиме, према његовом мишљењу, уколико би се применило само национално право, страни улагач би био ускраћен за пружање минималног стандарда заштите који је утврђен међународним правом, а то свакако није ни у складу са циљевима ИКСИД конвенције. Правила међународног права која се односе на минимални стандард заштите који је утврђен међународним правом, како истиче овај аутор, се примењују без обзира на избор странака, односно, ван њихове су диспозиције³¹⁶.

Већ помињани спор *Caratube v Kazakhstan* јасно показује став арбитражног суда да примени међународно право без обзира што су странке предвиделе искључиву примену националног права. Према мишљењу овог арбитражног суда, међународно право се у инвестиционим споровима увек примењује, па чак и кад је надлежност арбитражног суда заснована на уговору и уговор садржи клаузулу о меродавном праву у којој је предвиђена искључива примена националног права државе пријема³¹⁷.

Слично је било и схватање арбитражног суда у спору *SPP v Egypt*. Он је донео

³¹⁵ *Ibid.* [Our search is for justice and equity, even in cases where arguably relevant national laws must be designed to further other and doubtless quite legitimate goals].

³¹⁶ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 586, 587.

³¹⁷ *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September 2017; види детаљније у делу рада - Национално право као меродавно у клаузули уговора између државе пријема и страног улагача.

одлуку у којој је истакао да се међународно право примењује и ако су се странке пређутно споразумеле да национално право буде меродавно: „**чак и да се усвоји да међу странкама постоји пређутан споразум о примени права Египта, он не може да искључи у потпуности директну примену међународног права у одређеним ситуацијама. Право Египта, као и сви национални правни системи, није потпуно, и када постоји правна празнина не може се рећи да постоји споразум о примени правних правила која, ex hypothesi, ни не постоје. У том случају се мора констатовати да постоји „одсуство споразума” и применити другу реченицу члана 42(1)**”³¹⁸. Даље је истакао да „када постоји празнина у националном праву, или искључива примена националног права представља повреду међународног права, арбитражни суд је дужан да у складу са чланом 42 Вашингтонске конвенције непосредно примени релевантна начела или правила међународног права”³¹⁹.

Проблем о којем је претходно било речи се не поставља ако уговорне стране уговоре **истовремену примену националног и међународног права**. Тада се, међутим, јавља једно друго питање: **на који начин је могуће комбиновати ова два извора приликом решавања спора**. Указаћемо на пример у којем је у клаузули о меродавном праву било предвиђено да се на суштину спора примењује **национално право, допуњено начелима међународног права**. Арбитражни суд је приликом одлучивања у потпуности поштовао вољу странака. Посебно га издвајамо јер је арбитражни суд то урадио на веома интересантан начин: применио је међународно право кроз повреду стабилизационе клаузуле уговора. Ради се о случају *AGIP v Congo*, у којем је до спора дошло када је 1974. године Конго национализовао сектор за дистрибуцију нафтних деривата у којем је италијанска компанија имала 90% учешћа. Странке су се у клаузули уговора, у члану 15(2) споразумеле да се у случају спора примењује право Конга,

³¹⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, пара. 80.

³¹⁹ *Ibid.*, пара. 84.

допуњено начелима међународног права уколико за тим буде било потребе³²⁰. Уговором је била предвиђена и стабилизациона клаузула којом се Конго обавезао да накнадне промене компанијског права у овој држави неће утицати на правни статус компаније *AGIP*. Арбитражни суд је поступио у складу са наведеном одредбом уговора (члан 15(2)) јер је сматрао да га прва реченица члана 42(1) ИКСИД конвенције на то обавезује³²¹. Због тога је спорно питање које се тиче утврђивања одговорности за национализацију посматрао прво на националном нивоу (Устав Конга, грађански и трговачки законик), па тек након тога разматрао да ли је потребно применити и начела међународног права³²². Након што је утврдио да су мере предузете према привредном друштву *AGIP* биле у складу са уставом Конга³²³, нашао је да су незаконите према грађанском праву ове државе. Наиме, Конго је, тиме што је повредио стабилизациону клаузулу, прекршио релевантни члан грађанског законика којим се стране обавезују на поштовање предвиђених уговорних обавеза³²⁴. Потом је утврђивао да ли је национализација супротна правилима међународног права и то је посматрао кроз стабилизациону клаузулу³²⁵. При том је арбитражни суд израз „допуњено (*supplemented*)” протумачио као „упућивање на примену начела међународног права- како би се попуниле празнине у праву Конга или уколико је потребно, да га допуни”³²⁶. Арбитражни суд је сматрао да је дошло до „повреда стабилизационих клаузула чија примена не произлази аутоматски из суверенитета државе-стране уговорнице већ из заједничке воље уговорних страна која је исказана на нивоу међународног правног поретка”³²⁷. Даље је истакао да „примена међународног права у овом случају не захтева испитивање

³²⁰ *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, 67 ILR, стр. 330, 331.

³²¹ *Ibid.*, пара. 43, 44.

³²² *Ibid.*, пара. 71.

³²³ *Ibid.*, пара. 73.

³²⁴ *Ibid.*, пара. 77.

³²⁵ *Ibid.*, пара. 71.

³²⁶ *Ibid.*, пара. 83.

³²⁷ *Ibid.*, пара. 85.

других могућих повреда његових правила које је *AGIP* приговорио Конгу, а посебно оних које се односе на дискриминаторну природу спорних мера, те да је довољно концентрисати се на испитивање сагласности национализације са међународним правом у погледу стабилизационе клаузуле”³²⁸. Овде је арбитражни суд, заправо, указао да се допунска улога међународног права управо најјасније види када је реч о стабилизационој клаузули и закључио да је национализација која се догодила у овом случају супротна правилима међународног права³²⁹ јер је дошло до једностраног кршења ових одредби, те утврдио одговорност Конга у том смислу.

Са друге стране, постоје и теорије које почивају на идејама да би **национално и/или међународно право требало искључити из примене на инвестициони уговор**. Једна од ових теорија полази од тога да уговор није везан за право (*contract without law, contrat sans loi*). Њу је установио Вердрос (*Alfred Verdross*), Келзенов ученик. Он заступа став да су уговори између државе пријема и страног улагача “квази-међународни уговори”, те да се на њих не примењује ни национално ни међународно право, већ да је меродавно право за уговор сам уговор (*lex contractus*)³³⁰. Основ за своју теорију овај аутор налази у аутономији воље уговорних страна које су равноправни (једнаки) субјекти, те могу да установе сопствени систем правила који ће се примењивати на њихов уговорни однос. На то је указао и арбитар Дупуи, иако није улазио у дубљу анализу с обзиром да у случају о којем је решавао, *Texaco v Libya*, странке нису имале намеру да сам уговор буде меродаван за њихов спор³³¹. Међутим, примена

³²⁸ *Ibid.*, пара. 87.

³²⁹ *Ibid.*, пара. 88.

³³⁰ Наведено према: Andrew Onejeme, The Law of Natural Resources Development: Agreements between Developing Countries and Foreign Investors, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 5, issue 1, 1977, стр. 46.

³³¹ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977, 53 ILR, стр. 446, 447 [“Under one analysis, the contract would come under a specific legal order created by the contract itself. The parties therefore would be free not to link the contract to a given State order and to consider the contract itself as being

начела *pacta sunt servanda* у овом контексту, као и теорија уопште су наишли на бројне критике³³². Неспорно је да *pacta sunt servanda* представља део обичајног међународног права и признато опште правно начело, као и да је примењиво у уговорним односима међу једнаким странама. Међутим, у инвестиционим уговорима су у правном односу две правно неједнаке стране - држава, која је истовремено и носилац суверене власти, и приватноправно лице, те се ово начело не може применити у свом пуном смислу који има у уговорним односима између самих држава, односно самих приватноправних лица³³³. Осим тога, уговор мора постојати у оквиру неког правног система који му даје снагу обавезности; примена самог уговора може довести у питање и поштовање норми јавног поретка одређене државе, као и проблем постојања механизма путем којег би се решавали спорови настали због непоштовања његових одредби. Коначно, поставља се питање на који начин поунити правне празнине уколико је *lex contractus* предвиђен као меродавно право за уговор. Вердрос додуше, указује на то да правне празнине могу бити попуњене националним правом, међународним правом или општим правним начелима, али само уколико на њих упућује *lex contractus*³³⁴. Међутим, и даље остаје отворено питање како поступити у случају када *lex contractus* не упућује на примену ових правила, а арбитражни суд не може одбити да решава о спору позивањем на ћутање или нејасност права, као што су чланом 42(2) ИКСИД конвенције

the sole law applicable to their relations. This is what is sometimes referred to as the system of the “contract without law”, a description which is not correct because the agreement comes in fact under the ambit of a law, a set of rules constituted by the *lex mercatoria* which derives from the usages accumulated in the field covered by the contract recognized under the general principles of national juridical systems and common to all nations”].

³³² Наведено према: Taehee Ahn, Application of pacta sunt servanda to State Contracts between Investors and Host States and its Implication for International Investment Regime, University of Michigan, 2013, стр. 13; доступно на: https://works.bepress.com/taehee_ahn/2/.

³³³ Види: Munir Maniruzzaman, State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law, *Journal of International Arbitration*, Vol. 9 No. 4, 1992, стр. 142. и даље.

³³⁴ Munir Maniruzzaman, Choice of Law in International Contract- some fundamental conflict of laws issues, *Journal of International Arbitration*, vol. 16, no. 4, 1999, стр. 148, 149.

обавезани арбитражни судови који делују под окриљем Међународног центра за решавање инвестиционих спорова³³⁵. Наведени аргументи указују на теоријске и практичне мањкавости ове теорије, те представљају очигледне разлоге због којих је ни арбитражни судови нису потврдили.

Из изнетог бисмо могли закључити да не постоји уједначеност у поступању арбитражних судова када је у питању примена међународног права. Као што је већ истакнуто, ретко се предвиђа искључива примена међународног права, већ је много чешћи случај његове комбинације са националним правом. То је и могућност која се препоручује с обзиром да се многе активности везане за страну улагање регулишу правилима државе пријема, поготово оне које се тичу реализације пројекта³³⁶. Такође, међународно (јавно) право не садржи правила којима се регулишу уговорни односи³³⁷ и има много више правних празнина него национално право. Због наведеног, уговорне стране се све чешће опредељују за избор искључиво националног права као меродавног³³⁸, као што

³³⁵ Марко Јовановић, *op. cit.*, стр. 73.

³³⁶ Christoph Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 562.

³³⁷ Због тога се арбитражи понекад, када је предвиђена примена међународног права, одлучују за примену начела међународних трговинских уговора, као што су начела *UNIDROIT*. Могућа је ситуација и да се саме стране договоре да ће се у случају спора примењивати ова начела. Међутим, у вези са њиховом применом би требало бити опрезан јер није још обезбеђено уједначено тумачење и примена ових начела, посебно уколико су у питању широко постављене или опште клаузуле као што је, на пример, то случај са начелом поступања у доброј вери. Осим тога, ова начела се користе како би се потврдила општеприхваћена начела и у том смислу је битно идентификовати која одредба *UNIDROIT* начела одсликава правило које се може наћи у великом броју јурисдикција и који чланови изражавају оно што су творци ових правила сматрали да је најбоље у конкретном случају; Види: Giuditta Cordero-Moss, Daniel Behny, The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration, *Uniform Law Review*, 2014, стр. 38, 39; доступно на: https://folk.uio.no/giudittm/UPICC_in_IA.pdf.

³³⁸ Munir Maniruzzaman, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, стр. 309-310. За супротно види: Begic, *op. cit.*, стр. 16.

налазимо, на пример, у Уговору о заједничком улагању у пројекат Београд на води или у савременом либијском моделу уговора [„На овај уговор се примењује и он се тумачи у складу са законима и правилима Велике социјалистичке народне либијске арапске цамахирије, укључујући, без ограничења Закон о нафти”]³³⁹. Уколико национално право државе пријема пружа одговарајуће гаранције страном улагачу, сматрамо да је много боље извршити такав избор, него предвидети да ће се на уговорне односе примењивати искључиво међународно право.

3. Избор меродавног права у клаузули билатералних и мултилатералних споразума о подстицању и заштити улагања

У наставку рада ћемо најпре анализирати билатералне споразуме о подстицању и заштити улагања које је Република Србија закључила са другим државама. Након тога ће бити приказани БИТ-ови појединих држава у региону (Хрватска, Словенија, Босна и Херцеговина) јер се у погледу спорова везаних за страна улагања налазе у сличној позицији као наша држава³⁴⁰, а потом и поједини БИТ-модел и БИТ-ови других држава. Истраживање у овом делу има за циљ да утврди у којој мери је клаузула о меродавном праву заступљена у анализираним БИТ-овима и које су њене формулације.

Последњи део овог поглавља се тиче арбитражне праксе у погледу утврђивања

³³⁹ Члан 21. Exploration and Production Sharing Agreement between National Oil Corporation and.....and....., стр. 34,

доступно на:

<http://www.eisourcebook.org/cms/files/attachments/other/Libya%20Model%20E&P%20Agreement,%20Oil%20&%20Gas.pdf>.

³⁴⁰ Све државе су чешће тужене државе, него што су њихови држављани тужиоци у споровима који се решавају пред ИКСИД-ом;

види на: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>.

меродавног права за суштину спора када је оваква клаузула предвиђена у билатералном споразуму о подстицању и заштити улагања. Примарни циљ овог дела је утврђивање поступања арбитражних судова у случају непостојања хијерархије извора у клаузули БИТ-а, што указује на њихов став о односу националног и међународног права у инвестиционим споровима.

3.1. Клаузула о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања Републике Србије

Република Србија је закључила 52 Споразума о подстицању и заштити улагања, од чега је 49 на снази. Неки од њих су закључени још за време постојања Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, Савезне Републике Југославије, односно Државне заједнице Србије и Црне Горе, а у Републици Србији, као сукцесору, и даље важе. Последњи овакав споразум је закључен са Канадом, 2014. године³⁴¹.

Анализом одредби билатералних споразума о подстицању и заштити улагања који се тичу спорова између стране уговорнице и улагача који је држављанин друге стране уговорнице утврђено је да се у њима обично не налази клаузула о меродавном праву. Прецизније, ову клаузулу садржи свега неколико БИТ-ова Републике Србије, а близу 85% је не садржи.

Она се налази само у БИТ-овима закљученим са Алжиром, Азербејџаном, Канадом, Грчком, Мароком, Шпанијом, Кувајтом, Кином и Индијом. У Споразуму између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити (члан 9, тачка 7) она гласи: *Арбитражни суд ће донети одлуку у складу са одредбама овог споразума,*

³⁴¹ Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања; ступио на снагу 2015. године.

законима и прописима стране уговорнице која је страна у спору, правилима о сукобу закона које арбитражни суд сматра примењивим, одредбама било ког појединачног споразума закљученог у вези са појединачним улагањем, као и са важећим принципима међународног права. Сличну одредбу налазимо и у Споразуму између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања из 2013. године - *арбитражни суд суди на основу националних закона и прописа стране уговорнице која је страна у спору, на чијој територији је извршено улагање, укључујући и одредбе о сукобу закона, одредби овог споразума, као и општеприхваћених правила и принципа међународног права*³⁴² (чл. 9, тач. 5). Право државе пријема није предвиђено као меродавно у Споразуму између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања из 1997. године (чл. 9, тач. 4) и Споразуму између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања³⁴³. Коначно, у Споразуму Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2003. године (чл. 9, тач. 3) је прописано само да ће арбитражна одлука бити донета у складу са одредбама овог споразума.

Као што се види, сви анализирани споразуми у којима постоји клаузула о меродавном праву предвиђају да ће арбитражни суд решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а. Национално право је предвиђено у шест случајева, док правила и начела међународног права нису предвиђени једино у случају БИТ-а са Индијом.

³⁴² Споразуму између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања (чл. 33) - арбитражни суд ће решавати спор у складу са одредбама овог споразума и примењивим правилима и принципима међународног права.

³⁴³ Исто је предвиђено и у Споразуму између Србије и Црне Горе и државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања (чл. 9, тач. 6), у Споразуму Савезне Републике Југославије и Владе Народне Републике Кине о узајамном подстицању и заштити улагања (чл. 9, тач. 7), Споразуму између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (чл.11, тач. 5), у Споразуму између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања (чл.11, тач. 3).

3.2. Клаузула о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања држава у региону (Хрватска, Словенија, Босна и Херцеговина)

Република Хрватска је закључила 58 билатералних споразума о подстицању и заштити улагања, од чега је 49 на снази. Од свих анализираних (57), 19 БИТ-ова садржи клаузулу о меродавном праву, што је нешто већи број него у случају БИТ-ова Републике Србије. Већина клаузула предвиђа алтернативну примену одредби Споразума, националног законодавства државе пријема (укључујући и њена правила о сукобу закона) и начела међународног права³⁴⁴. У неколико споразума је предвиђена примена одредби БИТ-а и (општеприхваћених)

³⁴⁴ Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Croatia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993 (чл. 8, тач. 7) - The tribunal shall adjudicate in accordance with the law of the Contracting Party to the dispute accepting the investment including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as the generally recognized principle of international law accepted by both contracting Parties; Agreement between the Republic of Croatia and the Czech Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996 (чл. 8, тач. 3), Agreement between the Republic of Croatia and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1997 (чл. 7, тач. 3), Tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Croazia sulla promozione e protezione degli investimenti, 1996 (чл. 9, тач. 4), Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Macedonia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1996 (чл. 7, тач. 4), Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Poland on the reciprocal promotion and protection of investments, 1995 (чл. 7, тач. 3), Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Turkey concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 1996 (чл. 7, тач. 3) - The arbitration award shall be based on: - the provisions of this Agreement; - the national law of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including the rules relative to conflicts of law; - the rules and the universally accepted principles of international law. Споразум са Шпанијом додатно предвиђа и примену других споразума држава уговорница који су на снази (Agreement between the Republic of Croatia and the Kingdom of Spain on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997, чл. 11, тач. 3), док у БИТ-у са Мароком није предвиђена примена начела, већ само правила међународног права (Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Republic of Croatia on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004, чл. 11, тач. 3). Сличну клаузулу садржи и Споразум са Азербејџаном (Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, чл. 13, тач. 5).

начела/правила међународног права³⁴⁵. У Споразуму са Аргентином је наведена само примена начела међународног права³⁴⁶, док клаузулом Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања између Републике Хрватске и Исламске Републике Иран, из 2000. године, није предвиђена примена међународног права, већ само одредби споразума и права државе пријема³⁴⁷.

Слична ситуација као код нас је и у Словенији, док се одредбе БИТ-ова које је закључила Босна и Херцеговина у знатној мери разликују од свих наведених. Наиме, што се тиче Словеније, доступни подаци (анализирано је 27 БИТ-ова, од укупно 34 који су на снази) показују да клаузулу о избору меродавног права садржи четвртина инвестиционих споразума. И у случају Словеније најчешће налазимо клаузулу у којој је прописана примена одредби самог споразума, право државе пријема (укључујући и њена правила о сукобу закона) и општеприхваћена правила/начела међународног права³⁴⁸. У споразуму

³⁴⁵ Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the promotion and protection of investments, 1997 (чл. 12, тач 7), Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Hellenic Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1996 (чл. 9, тач. 4), Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Hungary for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996 (чл 8, тач. 3), Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the promotion and protection of investments, 1997 (чл. 10, ст. 6).

³⁴⁶ Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Argentine Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1994 (чл. 9, тач. 4).

³⁴⁷ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Islamic Republic of Iran - The arbitration award shall be based on: - the provisions of this Agreement; - the national law of the Contracting Party in whose territory the investment is made (чл. 11, тач. 3).

³⁴⁸ Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2001 (чл. 8, тач. 6); Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Slovenia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993 (чл. 8, тач. 7); Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, 1998, (чл. 11, тач. 3); Sporazum med Republiko Makedonijo in Republiko Slovenijo o vzajemni zaščiti in spodbujanju investicij, 1996 (чл. 7, тач. 3); Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments, 2001, (чл. 11, тач. 6).

закљученом између Словеније и Грчке није предвиђена примена националног права, већ само одредбе споразума и правила и начела међународног права³⁴⁹, док споразум са Индијом садржи специфичну одредбу јер, осим уколико споразумом није другачије одређено, предвиђа примену права државе пријема, али указује и на њено право да извршава своје међународне обавезе ради очувања мира и безбедности³⁵⁰.

Са друге стране, у анализираним БИТ-овима Босне и Херцеговине преко 60% садржи клаузулу о меродавном праву (закључено је 38, сви су на снази; анализирано је 35). Најчешће је она формулисана као и у споразумима Републике Хрватске и Словеније³⁵¹. Међународно право је изостављено, док је

³⁴⁹ Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Slovenia on the reciprocal promotion and protection of investments, 1997 (чл. 9, тач. 4).

³⁵⁰ Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments (чл. 15, потписан 2011, није ступио на снагу).

³⁵¹ Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Council of ministers of the Republic of Albania on the reciprocal promotion and protection of investments, 2008 (чл. 8, тач. 3); Соглашение между Республикой Беларусь и Боснией и Герцеговиной о содействии осуществлению и защите инвестиций (чл. 8, тач. 4); Agreement between the People's Republic of China and Bosnia and Herzegovina on the promotion and protection of investments, 2002 (чл. 8, тач. 3); Agreement on the promotion and protection of investments between the Czech Republic and Bosnia and Herzegovina, 2002 (чл. 8, тач. 4); Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1998 (чл. 7, тач. 3); Agreement on the promotion and protection of investments between the Government of the Republic of Finland and Bosnia and Herzegovina, 2000 (чл. 9, тач. 5); Agreement on the promotion and protection of investments between the Hellenic republic and Bosnia and Herzegovina, 2000 (чл. 9); Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Lithuania on the promotion and protection of investments, 2007 (чл. 8, тач. 3); Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Moldova on the promotion and reciprocal protection of investments, 2003 (чл. 8, тач. 5); Agreement Bosnia and Herzegovina and the Portuguese Republic on the mutual promotion and protection of investments, 2002 (чл. 8, тач. 7); Agreement between Bosnia and Herzegovina and Romania on the promotion and reciprocal protection of investments, 2010 (чл. 8, тач. 5); Agreement between the Republic of San Marino and Bosnia and Herzegovina on the promotion and reciprocal protection of investments, 2011 (чл. 10, тач. 5); Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the reciprocal promotion and protection of investments, 2001 (чл. 8, тач. 6); Agreement on the promotion and the reciprocal protection of investments between Bosnia and Herzegovina and Spain, 2002, (чл. 11, тач. 4); Agreement between the Republic of Austria and Bosnia and Herzegovina

предвиђена примена одредби Споразума и национално право државе пријема у два случаја³⁵², а право државе пријема изостављено у једном БИТ-у³⁵³. Примену одредби самог БИТ-а, дакле, налазимо у свим случајевима.

3.3. Клаузула о меродавном праву у БИТ-моделима и билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања других држава

Слична решења се могу наћи и у БИТ моделима. Неки од њих садрже клаузулу о одређивању меродавног права за суштину спора, док са другима то није случај. Тако, на пример, БИТ модели Француске³⁵⁴, Немачке³⁵⁵, Турске³⁵⁶, Италије³⁵⁷,

for the Promotion and Protection of Investments, 2000 (чл. 16); Договорот на поттикнување и заштита на инвестицији меѓу Република Македонија и Босна и Херцеговина, 2001, (чл. 8, тач. 4). Поред наведеног, у два БИТ-а је предвиђена и примена посебних споразума закључених између страна (Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Slovak Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2008 (чл. 8, тач. 5) и Agreement between the Belgo-Luxembourg, on the one hand, and Bosnia and Herzegovina, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments (чл. 9, таџ. 5). Није изричито наведено да се одредбе споразума примењују, већ да се узимају у обзир - Agreement between Bosnia and Herzegovina and the State of Kuwait for the encouragement and reciprocal protection of investments, 2001 (чл. 9, тач. 7).

³⁵² Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of India for the promotion and protection of investments (чл. 9, 3.3, с) и Agreement Between the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (чл. 8, тач. 3).

³⁵³ Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Government of the Italian Republic on the promotion and protection of investments (чл. 9, ст. 3(2)).

³⁵⁴ Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of (...) on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2006.

³⁵⁵ Treaty between the Federal Republic of Germany and concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2008.

³⁵⁶ Agreement between the Government of the Republic of Turkey and _____ concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2009.

³⁵⁷ Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of _____ on the Promotion and Protection of Investments, 2003.

Уједињеног Краљевства³⁵⁸, Чилеа³⁵⁹, Перуа³⁶⁰ и Ирана³⁶¹ не садрже клаузулу о одређивању меродавног права. Насупрот томе, БИТ модели Канаде³⁶² и Мексика³⁶³ прописују да арбитражни суд одлучује на основу Споразума и правила међународног права која се могу применити, а сличну клаузулу садржи и БИТ модел Аустрије³⁶⁴. Постоје и клаузуле који обухватају још више извора, као што је то случај са БИТ моделом Колумбије који прописује примену одредби Споразума, права државе пријема, укључујући и њена правила о решавању сукоба закона, општих правних начела и обичајног међународног права³⁶⁵.

Клаузулу о одређивању меродавног права у случају спора између страног улагача и државе пријема налазимо, на пример, у БИТ-овима између Француске и Мађарске³⁶⁶, Немачке и Кувајта³⁶⁷, Тајланда и Аргентине³⁶⁸, Француске и

³⁵⁸ UK Model BIT, 2008, Model Text [Draft] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of _____ for the Promotion and Protection of Investments.

³⁵⁹ Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of _____ on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1994.

³⁶⁰ Agreement between the of Peru and the _____ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2000.

³⁶¹ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of _____ .

³⁶² Agreement between Canada and for the Promotion and Protection of Investments, 2004, чл. 40(1). Види и чл. 30 БИТ модела Сједињених Америчких држава, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty - Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. Међутим, према једном истраживању, половином децембра 2008. године ниједан од 40 БИТ-ова које су Сједињене Америчке Државе закључиле и који су били на снази нису садржали клаузулу о меродавном праву; Извор: Yas Banifatemi, *op. cit.*, стр. 200, фн. 27.

³⁶³ Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of _____ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008, чл. 17.

³⁶⁴ Austrian BIT Model, 2010, Draft Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and.....

³⁶⁵ Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Colombia and _____ , Colombian Model, 2008 чл. 12; види и чл. 8, тач. 3 БИТ модела Египта, Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Arab Republic of Egypt and _____ .

³⁶⁶ L'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire hongroise sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 1986, чл. 9 и

Пољске³⁶⁹, Румуније и Аргентине³⁷⁰, Канаде и Перуа³⁷¹, Мексика и Кине³⁷², Француске и Доминиканске Републике³⁷³, Индије и Немачке³⁷⁴, Уједињеног Краљевства и Либана³⁷⁵, Шри Ланке и Египта³⁷⁶, Аргентине и Кореје³⁷⁷. Са

11 - *Le Tribunal d'arbitrage statue conformément aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du Droit international.*

³⁶⁷ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Argentine Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2000 (чл. 9, тач. 7).

Agreement between the Federal Republic of Germany and the State of Kuwait for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 1994, чл. 8, ст. 5(с).

³⁶⁸ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Argentine Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2000 (чл. 9, тач. 7).

³⁶⁹ L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Pologne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 1989, чл. 8. и 11- *Le Tribunal d'arbitrage statue conformément aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du Droit international.*

³⁷⁰ Agreement between the Government of Romania and the Government of the Republic of Argentina on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1993, чл. 10, тач. 4- *The arbitration tribunal shall decide in accordance with the provisions of this Agreement, the laws of the Contracting Party involved in the dispute, including its rules on conflict of law, the terms of any specific agreement concluded in relation to such an investment and the relevant principles of international law.*

³⁷¹ Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments- 2006, чл. 40- *1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law. 2. Subject to the other terms of this Section, when a claim is submitted to arbitration for a breach of a legal stability agreement referred to in Articles....Tribunal..shall apply: (a) the rules of law specified in the legal stability agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or (b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed: (i) the law of the disputing Party, including its rules on the conflict of laws; and (ii) such rules of international law as may be applicable.*

³⁷² Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008, чл. 19- *Applicable Law 1. A tribunal established in accordance with this Section shall decide the submitted issues in dispute in accordance with this Agreement and the applicable rules and principles of international law.*

³⁷³ L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, (чл. 7).

³⁷⁴ Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1995 (чл. 9, ст. 2, b (ii)).

³⁷⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic for the Promotion and Protection of Investments, 1999, чл. 8, тач. 3 - *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of International law.*

друге стране, оваква одредба не постоји у БИТ-овима Немачке и Нигерије³⁷⁸, Француске и Ирана³⁷⁹, Јапана и Ирака³⁸⁰, Уједињених Арапских Емирата и Русије³⁸¹, Уједињеног Краљевства и Камеруна³⁸², Шри Ланке и Немачке³⁸³, Сједињених Америчких Држава и Еквадора³⁸⁴, Индије и Бангладеша³⁸⁵. Наведени примери показују да постоји могућност да у БИТ моделу неке државе не постоји клаузула о избору меродавног права, док се она налази у БИТ-овима које је та држава закључила са другим државама и обрнуто.

Анализом билатералних споразума о подстицању и заштити улагања Републике Србије може се рећи да се одредбе о одређивању меродавног материјалног права у великој мери подударају са оним што је предвиђено у БИТ моделима, односно у БИТ-овим које су друге државе закључиле. Већина оних који је садрже, предвиђају примену извора права, на сличан начин као и БИТ-ови Србије.

³⁷⁶ Agreement on the Promotion and Protection of Reciprocal Investments between the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka and the Government of the Arab Republic of Egypt, 1996, чл. 8, тач. 3.

³⁷⁷ Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Argentina on the promotion and protection of investments, 1994 (чл. 8, тач. 5).

³⁷⁸ Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 1998.

³⁷⁹ L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements.

³⁸⁰ Agreement between Japan and the Republic of Iraq for the promotion and protection of investment, 2012.

³⁸¹ Agreement between the government of the United Arab Emirates and the Government of the Russian federation on the promotion and reciprocal protection of investments, 2010.

³⁸² Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Cameroon for the promotion and protection of investments, 1982.

³⁸³ Treaty between the Federal Republic of Germany and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the promotion and reciprocal protection of investments.

³⁸⁴ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 1993.

³⁸⁵ Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the promotion and protection of investments, 2009.

Битно је указати да тумачење клаузуле БИТ-а о меродавном праву зависи и од тога који форум је надлежан за решавање спора³⁸⁶. У клаузулама БИТ-ова о процесним механизмима за решавање спорова Републике Србије стоји да уколико спорови не могу бити решени на пријатељски начин у року од шест месеци (негде три месеца) од датума пријема писменог захтева за решавање *...спор ће бити поднет, по избору улагача: надлежном суду Стране на чијој територији је улагање извршено, или ad hoc арбитражном суду, основаном на основу Арбитражних правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) или Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), установљеног на основу Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, отвореног за потписивање у Вашингтону 18. марта 1965. године, у случају када су обе стране потписнице наведене конвенције*³⁸⁷, а у

³⁸⁶ Види више: Галетин Милена, Клаузула о одређивању меродавног права за решавање инвестиционих спорова у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања, *Пословна економија*, бр. 1/2015, стр. 399-418.

³⁸⁷ Види: Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Савета министара Републике Албаније о међусобном подстицању и заштити улагања, 2002, члан 11, став 2; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити улагања, 2012, члан 9, тачка 2; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања, 2011, члан 11, тачка 2; Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Финске о подстицању и заштити улагања, 2005, члан 9, тачка 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања, 1997, чл.9; Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Црне Горе и Исламске Републике Иран, 2003, чл. 12, тач. 2,3; Споразум између Србије и Црне Горе и државе Израел о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004, чл. 8; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Мађарске о подстицању и узајамној заштити улагања, 2001, чл.8, тач. 2; Споразум између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања, 2013, чл. 9, тач. 2;...или било ком арбитражном суду, уколико држава која је страна у спору да своју сагласност- Споразум између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања, 2009, чл. 11, тач. 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Румуније о узајамном подстицању и заштити улагања, 1995, чл.9, тач. 2; Споразум између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања, 2002, чл. 11, тач. 2; Споразум између Србије и Црне Горе и Швајцарске Конфедерације о подстицању и узајамној заштити улагања, 2005, чл. 12; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Малте о

појединим је предвиђена могућност да, осим наведених, улагач може поднети овакав захтев и Арбитражном суду Међународне трговинске коморе³⁸⁸.

узајамном подстицању и заштити улагања, 2010, уз то да *за арбитражу морају сви домаћи правни лекови бити исцрпљени*; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Италијанске Републике о узајамном подстицању и заштити улагања са Протоколом, 2000. Уместо *надлежном суду Стране на чијој територији је улагање извршено*, у следећим споразумима стоји да улагач може поднети захтев за решавање *спора надлежном суду Стране уговорнице, која је страна у спору*: Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2001, чл. 9, тач. 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања, чл. 9., тачка 2, 3; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Чешке Републике о узајамном подстицању и заштити улагања, 1997, чл. 9, тач. 3; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Белорусије о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996, члан 7, тач. 2, 3, *уз било којој другој међународној арбитражној институцији*; Споразум између Савета министара Србије и Црне Горе и Владе Арапске Републике Египат о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005, чл. 9, тач. 3; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Гане о узајамном подстицању и заштити улагања, 2000, чл. 10; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Демократске Народне Републике Кореје о узајамном подстицању и заштити улагања, 1998, чл. 9, тач. 2,3; Споразум између Савета министара Србије и Црне Горе и Владе Републике Литваније о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005, чл. 9, тач. 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Македоније о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996, чл. 9, тач. 2,3; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Савезне Републике Нигерије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2002, чл. 10; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Пољске о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996, чл. 9, тач. 2,3; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Словачке о унапређењу и узајамној заштити улагања, чл. 8, тач. 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања, 2002, чл.10, *уз одредбу..у складу са Допунским правилима*; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Кабинета министара Украјине о узајамном подстицању и заштити улагања, 2001, чл. 9; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Индонезије о подстицању и узајамној заштити улагања, 2011, чл. 11, *уз било ком другом ad hoc арбитражном суду или другој институцији основаној у оквиру арбитражног суда уз обострану сагласност уговорних страна*.

³⁸⁸ Споразум између Србије и Црне Горе, с једне стране, и Белгијско-луксембуршке економске уније, с друге стране, о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004, члан 11, тачка 3; Споразум између Републике Србије и Црне Горе о узајамном подстицању и заштити улагања, 2009, чл. 9, тач. 2; Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан о узајамном подстицању и заштити улагања, 2010, чл. 9, тач. 2; Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Кипар о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005, чл. 9, тач. 2; Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Турске у

Сумарно бисмо питање меродавног права у споразумима о подстицању и заштити улагања могли свести на закључке до којих су дошли Томас и Дилон (*Thomas, Dhillon*):

- државе имају различите приступе приликом формулисања клаузуле о меродавном праву у својим споразумима о подстицању и заштити улагања;
- многи споразуми у којима не постоји клаузула о меродавном праву предвиђају да тужилац има могућност избора различитих арбитражних правила, а примена ових правила може да доведе до одређивања различитог меродавног права;
- споразуми се разликују и по томе у ком обиму упућују на примену националног права државе уговорнице³⁸⁹.

Осим тога, може се закључити да је тенденција да се у новијим БИТ-овима налази клаузула о меродавном праву. Ово потврђују и анализе споразума о подстицању и заштити улагања у региону. Наиме, клаузула о меродавном праву се налази у свега неколико БИТ-ова Републике Србије, а већина БИТ-ова који је садрже су закључени после 2000. године³⁹⁰. Када су у питању БИТ-ови Хрватске, имамо ситуацију да је око 70% БИТ-ова закључено пре 2000. године, а клаузулу о меродавном праву садржи нешто већи број него у случају БИТ-ова Србије. Са друге стране, у БИТ-овима Босне и Херцеговине је клаузула о меродавном праву заступљена преко 60%, а пре 2000. године је закључено свега 18%.

вези са узајамним подстицањем и заштитом улагања, 2001, чл.7; Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања, 2013, чл. 9, тач. 4; Споразум између Србије и Црне Горе и државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004, уз могућност подношења у складу са Допунским правилима Центра.

³⁸⁹ Christopher Thomas, Harpreet Kaur Dhillon, *op. cit.*, стр. 976.

³⁹⁰ Само два БИТ-а које је наша држава закључила (са Грчком и са Кином), а који садрже клаузулу о меродавном праву су закључени пре 2000. године.

3.4. Поступање арбитражних судова у случају постојања клаузуле о меродавном праву у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања

Клаузула о избору меродавног права у билатералним и мултилатералним споразумима о подстицању и заштити улагања представља посебну врсту споразума странака о том питању, односно представља реализацију аутономије воље. У случају *Antoine Goetz v Burundi* је то и потврђено. Наиме, у члану 8, став 5, билатералног споразума о подстицању и заштити улагања закљученог између Белгије и Бурундија, као меродавно право било је предвиђено национално право државе пријема, укључујући и њене одредбе о сукобу закона; одредбе Споразума; одредбе посебног споразума које се могу применити на страну улагање; општа правила и начела међународног права³⁹¹. Арбитражни суд је сматрао да би ову клаузулу БИТ-а требало применити „иако стране у спору (*Бурунди и страни улагач*) нису, у правом смислу речи, одредиле меродавно право, већ су га предвиделе стране инвестиционог споразума” (тј. државе уговорнице). Своје схватање је образложио тиме да је „Бурунди, самим закључењем БИТ-а дао сагласност за примену меродавног права како је оно у њему предвиђено, док је страни улагач дао свој пристанак подношењем захтева за арбитражу по основу њега”. Осим тога, арбитражни суд је истакао и да „надлежност ИКСИД-а произлази непосредно из БИТ-а, те да би требало директно да примени и право које је тим споразумом предвиђено као меродавно”³⁹². На овај

³⁹¹ *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999, пара. 94.

³⁹² *Ibid.*, пара. 94: *Sans doute la détermination du droit applicable n'est-elle pas, à proprement parler, faite par les parties au présent arbitrage (Burundi et investisseurs requérants), mais par les parties à la Convention d'investissement (Burundi et Belgique). Comme cela a été le cas pour le consentement des parties, le Tribunal estime cependant que la République du Burundi s'est prononcée en faveur du droit applicable tel qu'il est déterminé dans la disposition précitée de la Convention belgo-burundaise d'investissement en devenant partie à cette Convention et que les investisseurs requérants ont effectué un choix similaire en déposant leur requête d'arbitrage sur la base de ladite Convention. Si ce n'est pas la première fois, on l'a signalé, que la compétence du Centre résulte directement d'une convention bilatérale de protection des investissements, et non pas d'un accord distinct entre l'Etat hôte et*

начин, дакле, клаузула споразума о избору меродавног права постаје клаузула која представља избор меродавног права о којем су се странке договориле³⁹³.

Као што смо у претходним анализама могли да видимо садржај клаузула о меродавном праву у билатералним споразумима може да буде различит. Генерално бисмо могли рећи да се у клаузулама БИТ-а који је садрже предвиђа примена једног или више од следећих извора: одредбе самог БИТ-а, право државе пријема (укључујући и њена правила о сукобу закона), општеприхваћена правила и начела међународног права. Понекад то буде комбинација споразума, права државе пријема и посебних споразума закључених између страна. У случају *Fedax v Venezuela* је истакнута потреба да арбитражни суд примени више извора, као и њихов подједнак значај у примени [...Битно је у том погледу напоменути да сви различити извори меродавног права наведени у члану 9(5) Споразума, укључујући и право државе уговорнице, Споразум, други посебни споразуми у вези са улагањем и општа начела међународног права, имају значајну и допуњујућу улогу приликом разматрања овог случаја, као и у предвиђању основа за одлуку о надлежности и одлуку у меритуму...]³⁹⁴.

Поставља се питање да ли, уколико у БИТ-у постоји клаузула која предвиђа примену више система права, међу њима постоји **хијерархијски однос** и на који начин би арбитражни судови требало да поступају у тој ситуацији.

l'investisseur, c'est l'une des premières fois, semble-t-il, qu'un tribunal du CIRDI est appelé à faire application du droit directement déterminé par une telle convention.

³⁹³ Види и *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, пара. 59 [...Indeed, when accepting to arbitrate under the terms of a treaty, the investor also accepts the choice of law provided in such treaty]; *Siemens A.G. v The Argentine Republic*, ICSID CASE No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007, пара. 76 [...By accepting the offer of Argentina to arbitrate disputes related to investments, Siemens agreed that this should be the law to be applied by the Tribunal. This constitutes an agreement for purposes of the law to be applied under Article 42(1) of the Convention].

³⁹⁴ *Fedax N.V. v The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 March 1998, пара. 30.

Из приказа клаузула БИТ-ова о меродавном праву можемо констатовати да се хијерархија извора ретко у њима појављује³⁹⁵. Следствено томе, арбитражна пракса показује да у овим случајевима арбитражни судови примењују онај извор из клаузуле уговора који сматрају одговарајућим.

У случају *CME v Czech Republic* је БИТ између Холандије и Чешке³⁹⁶ садржао клаузулу о меродавном праву која је предвиђала да арбитражни суд *одлучује на основу права, узимајући у обзир нарочито, мада не искључиво: право државе пријема, одредбе БИТ-а, као и друге релевантне споразуме између страна уговорница и општеприхваћена начела међународног права*³⁹⁷. Тужени је сматрао да би на суштину спора требало применити право Чешке, а међународно право би требало да буде примењено једино у случају да постоји правна празнина у чешком праву или уколико чешко право није у сагласности са међународним правом³⁹⁸. Међутим, арбитражни суд је, између осталог, истакао да „није улога арбитражног суда да доноси одлуку о правној заштити која се

³⁹⁵ У случају *Middle East Cement Shipping v Egypt* налазимо поступање арбитражног суда када је он сматра да постоји хијерархија извора у клаузули БИТ-а о меродавном праву. Овде је арбитражно веће најпре утврдило да га прва реченица члана 42(1) ИКСИД конвенције обавезује да примени релевантну одредбу из БИТ-а закљученог између Египта и Грчке. Она је предвиђала да ће се осим правила БИТ-а, примењивати национално право држава уговорница или правила међународног права која постоје између њих, уколико предвиђају повољнији третман за улагача. Арбитражни суд је због тога сматрао да би, *argumentum a contrario*, примену националног права требало забранити уколико оно ограничава било који тужбени захтев за који арбитражни суд сматра да постоји по основу БИТ-а; види: *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пара. 87.

³⁹⁶ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, 1991 (члан 8, став 6).

³⁹⁷ Осим тога, примењен је и чл. 3, ст. 5 БИТ-а- *If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.*

³⁹⁸ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003, пара. 398, 399.

пружа страном улагачу за његово улагање према Грађанском законнику Чешке и грађанском судском поступку”³⁹⁹. Наиме, према мишљењу арбитражног суда, на основу чл. 8, ст. 6 БИТ-а, ниједном од наведених извора није дата предност у примени у односу на остале, а сама клаузула је довољно широко постављена и арбитражном суду даје дискреционо право да слободно одлучи који ће извор применити на суштину спора⁴⁰⁰. У делимичној одлуци, приликом одлучивања о постојању одговорности тужене државе, арбитражни суд није разматрао право Чешке које је у клаузули БИТ-а, поред других извора, било предвиђено као меродавно. Касније је ипак другачије поступио. Наиме, у коначној одлуци је, између осталог, истакао да је „штета утврђена према правичној тржишној вредности тужиоцевог улагања коју је оно имало пре повреде БИТ-а” и нагласио да је то „у складу са чланом 443. Грађанског законика Чешке према којем се штета процењује према вредности коју је [улагање] имало када је штета настала, а да је то у складу и са обичајним међународним правом, одредбама билатералних инвестиционих споразума и ставом арбитражних судова да се примени међународно право”⁴⁰¹. Исто тако, на питање периода за израчунање камате и каматне стопе арбитражни суд је сматрао да би требало да разматра одредбе Споразума, право Чешке и начела међународног права⁴⁰².

Приступу који постоји у делимичној одлуци, где је арбитражни суд примарно применио међународно право, а стране су се претходно споразумеле (у БИТ-у)

³⁹⁹ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, пара. 476.

⁴⁰⁰ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003, пара. 402.

⁴⁰¹ *Ibid.*, пара. 492.

⁴⁰² *Ibid.*, пара. 627, 631. Чешка је поднела захтев за поништај ове арбитражне одлуке истичући да је, приликом утврђивања меродавног права дошло до прекорачења овлашћења арбитражног суда. Апелациони суд у Стокхолму је то одбио сматрајући да је „довољно разјаснити да ли је арбитражни суд применио било који извор права наведен у клаузули о меродавном праву или није засновао своју одлуку ни на једном праву...”; *Czech Republic v CME Czech Republic B.V.*, Svea Court of Appeal, Case No. T 8735-01, 15 May 2003, стр. 94. Сматрамо да ни у овом случају није поштована аутономија воље уговорних страна.

да се примени и национално и међународно, упућују се критике које се заснивају на томе да је арбитражни суд дужан да размотри сва права која су као меродавна предвиђена БИТ-ом⁴⁰³. Међутим, Кјос сматра да оправданост таквог избора зависи од природе тужбеног захтева: када је основ тужбеног захтева БИТ, арбитражни суд може да примени међународно право без обзира да ли постоји споразум страна да се примени међународно и национално право⁴⁰⁴. То значи да она заступа став да је арбитражни суд исправно поступио и у делимичној одлуци јер му природа тужбеног захтева омогућава да примени само међународно право.

И у спору *BG Group Plc. v. Argentina*, чији приказ следи, арбитражни суд је применио онај извор предвиђен у БИТ-у који је сматрао одговарајућим. Наиме, овде је он дао предност одредбама билатералног споразума, али није занемарио ни остале изворе из клаузуле БИТ-а. БИТ је предвиђао да су за суштину спора меродавне одредбе БИТ-а, право државе уговорнице у спору, укључујући и њена правила о сукобу закона, одредбе било ког посебног споразума у вези са таквим улагањем и начела међународног права која се могу применити у овом спору⁴⁰⁵. Арбитражни суд је сматрао да је БИТ меродаван за питање квалификације појма „улагача”, различитих имовинских права која чине улагање, као и за материјалноправне стандарде третмана и нагласио да обе стране признају супериорност БИТ-а као *lex specialis*-а, за питања која су изричито покривена БИТ-ом⁴⁰⁶. Затим је изнео да је „неспорно да се појам имовине која се односи на улагање утврђује према праву Аргентине јер је самим БИТ-ом тако предвиђено”⁴⁰⁷. Потом је истакао још једну чињеницу: пошто је надлежност

⁴⁰³ Hege Elisabeth Kjos, *op. cit.*, стр. 235 [За наведену критику је ауторка цитирала: V.C. Igbokwee, ‘Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations’ (2006) 23(4) *J. Int’l Arb.*, стр. 299].

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 December, 2007, пара. 89.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, пара. 91.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, пара. 92.

арбитражног суда заснована на БИТ-у, а између страна у спору не постоји уговор, меродавно право на суштину спора су одредбе БИТ-а као примарног правног извора⁴⁰⁸. Коначно је закључио да „иако је БИТ примарни извор правила за утврђивање одговорности тужене, БИТ није самодовољан правни оквир, изолован од међународног и националног права”⁴⁰⁹. Према мишљењу арбитражног суда, БИТ се примењује за оспоравање надлежности које је Аргентина захтевала по основу самог споразума, а у делу у којем је утврђена надлежност, право Аргентине се користи приликом утврђивања садржине имовинских права која су заштићена БИТ-ом. На све остало, како је истакао, се примењује БИТ, док се друга релевантна начела међународног права примењују уколико се стране на њих позову. Додао је и да је арбитражни суд имао на уму регулаторни правни оквир Аргентине у вези са релевантним питањима у спору⁴¹⁰.

Арбитражни суд је, дакле, у овом случају одлучио да на питање одговорности државе примени одредбе БИТ-а, а правила аргентинског права да примени када је то неопходно за конкретизовање обавеза које постоје по БИТ-у.

На анализираним случајевима смо показали да у случају непостојања утврђене хијерархије извора права у БИТ-у приликом утврђивања меродавног права арбитражни судови примењују онај систем права који сматрају одговарајућим. При томе су на питање постојања одговорности према страном улагачу применили примарно одредбе БИТ-а, као извора међународног права. Овде се, заправо, ради о питању односа унутрашњег и међународног права у инвестиционим споровима, о којем још не постоје чврсти ставови⁴¹¹.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, пара. 95.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, пара. 100.

⁴¹⁰ *Ibid.*, пара. 102.

⁴¹¹ Види V део рада.

IV ОДРЕЂИВАЊЕ МЕРОДАВНОГ ПРАВА У ОДСУСТВУ СПОРАЗУМА СТРАНА У СПОРУ

1. Одредбе релевантних правних извора о одређивању меродавног права у одсуству споразума странака

У претходном поглављу је приказано да међународне конвенције у области арбитражног права, национални закони и правилници арбитражних институција признају право странкама да слободно изаберу право/правна правила која ће бити меродавна за суштину њиховог спора. Међутим, странке често не искористе ово своје право да, непосредно или посредно, одреде меродавно право. Дакле, претпоставка да би арбитражни суд могао да одлучује које право применити у меритуму је недвосмислено одсуство споразума странака и тада то постаје један од најзначајнијих његових задатака. Он тада има обавезу да утврди меродавно право према правилима која се налазе у националним законима или према правилима арбитражне институције пред којом се води арбитражни поступак. То значи да утврђивање меродавног права зависи и од врсте форума, односно арбитражних правила на основу којих је и сама арбитража заснована, те је и *lex arbitri* значајно. Разликујемо два приступа која се користе приликом одлучивања о овом питању. Први је **директни метод**, који подразумева да арбитражни суд непосредно примењује одређено право или правна правила. Други је **индиректни**, где он путем колизионих норми одређује меродавно право или правна правила за суштину спора⁴¹². У овом случају је арбитражни суд ограничен на избор одговарајућих колизионих норми, док код директног метода арбитражи нису ограничени на примену правила о решавању сукоба закона, већ непосредно примењују одговарајућа правила међународних конвенција,

⁴¹² Jones Doug, Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 2014, стр. 911.

права државе пријема, *lex mercatoria* и слично⁴¹³ и омогућено им је да разматрају и друге битне елементе приликом одлучивања, као на пример, уговор, околности случаја, захтеве странака и слично⁴¹⁴.

1.1. Одредбе националног законодавства, међународних конвенција и аутономних извора о одређивању меродавног права у одсуству споразума страна

У Закону о арбитражи Републике Србије је предвиђено да уколико странке нису одредиле меродавно право или правна правила, арбитражни суд у међународној арбитражи то **право, односно правила** одређује на основу колизионих правила које оцени прикладним⁴¹⁵. Ово је формулација која је у наш закон унета на основу Модел-закона УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи (члан 28(2))⁴¹⁶. Дакле, наш законодавац се определио за утврђивање права или правних правила и то путем **индиректног**, колизионоправног метода. Овај метод је коришћен и у енглеском Закону о арбитражи из 1996. године (*Arbitration Act*), али је арбитражни суд овде ограничен на примену **права** одређеног на основу колизионих правила која он сматра меродавним⁴¹⁷. Слично је предвиђено и, на пример, у законодавству Русије⁴¹⁸ и Словачке⁴¹⁹.

⁴¹³ UNCTAD, *Dispute Settlement International Commercial Arbitration, Law Governing the Merits of the Dispute*, 2005, стр. 17-21.

⁴¹⁴ Jones Doug, *op. cit.*, стр. 914.

⁴¹⁵ Члан 50, став 3. Закона о арбитражи („Сл. Гласник РС”, бр. 46/2006).

⁴¹⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, With amendments as adopted in 2006; доступно на:

https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

⁴¹⁷ Чл. 46(3), *Arbitration Act*, текст доступан на:

[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents;_\[\(3\) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable\].](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents;_[(3) If or to the extent that there is no such choice or agreement, the tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable].)

⁴¹⁸ Члан 28, тач. 2 Russian Federation Law on International Commercial Arbitration, The Law No 5338-1 (in force since July 7, 1993 As amended on December 3, 2008; December 29, 2015) [*Failing*

Индириктан метод, у којем је предвиђена најтешња веза са спором као тачка везивања, налазимо у законодавству Немачке⁴²⁰, Италије⁴²¹, Јапана⁴²², Хрватске⁴²³. Насупрот томе, у француском законодавству⁴²⁴ и законодавству Аустрије⁴²⁵ је предвиђен **директан** метод, који у том случају прописује да арбитражни суд примењује правна правила која сматра одговарајућим. Коначно, постоје и закони који предвиђају комбинацију ова два приступа (**мешовити метод**), као на пример Закон о арбитражи Дубаија: „У одсуству било каквог одређења странака, арбитражни суд примењује право утврђено на основу колизионих норми које сматра меродавним, с тим да су странке слободне да се писмено споразумеју да арбитражни суд може применити право или правна правила за која сматра да највише одговарају чињеницама и околностима

any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable].

⁴¹⁹ Члан 31. [Slovak] Act No. 244/2002 of 3 April 2002 on Arbitration (Amended by: Acts No.: 521/2005 Coll., 71/2009 Coll., 336/2014 Coll.) [... *If the parties fail to agree on the governing law in legal relationships with an international element (commercial or civil), the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance the rules of law determined by the conflict of laws rules that it considers appropriate*].

⁴²⁰ Члан 1051 (2), Article 1, No. 7 of the Arbitral Proceedings Reform Act: Tenth Book of the Code of Civil Procedure Arbitration Procedure [*Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law of the State with which the subject-matter of the proceedings is most closely connected*]; доступно на: <http://www.sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>.

⁴²¹ Члан 834. Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure [...*If the parties are silent, the law with which the relationship has its closest connection shall apply*]; доступно на: <http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc.html>.

⁴²² Члан 36(2) Japanese Arbitration Law (Law No. 138, 2003) [...*the arbitral tribunal shall apply the substantive law of the State with which the civil dispute subject to the arbitral proceedings is most closely connected*]; доступно на: <http://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>.

⁴²³ Члан 27(2) Zakona o arbitraži Hrvatske NN 88/01 [*Ako странке не поштују у складу с одредбама ставка 1. овога чланка, арбитражни суд ће судити по праву за које сматра да је са спором у најужој вези*].

⁴²⁴ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage; текст доступан на: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>; [Art. 1511.-*Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées*].

⁴²⁵ Члан 603(2) Austrian Arbitration Act, SEC 577-618 Austrian Code of Civil Procedure (in force as of 1 January 2014); [*Failing any designation by the parties of the applicable statutory provisions or rules of law, the arbitral tribunal shall apply the statutory provisions it considers appropriate*].

спора”⁴²⁶.

Што се тиче међународних конвенција, ни у њима ово питање није једнообразно регулисано. У Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи, у члану VII је прописано да су стране слободне да изаберу **право** које ће бити меродавно за суштину спора, а уколико то не учине, *арбитри примењују право одређено на основу колизионе норме за коју они сматрају да одговара случају у питању*⁴²⁷. Овде је, као што се види, реч о индиректном методу. Члан 42. Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава⁴²⁸, прописује да у случају непостојања сагласности странака о овом питању, арбитражни суд примењује **право државе уговорнице која је странка у спору (укључујући и њена правила о сукобу закона) и релевантна правила међународног права.**

Другачије решење налазимо у Резолуцији о арбитражи између држава, државних предузећа или државних органа и страних предузећа⁴²⁹ (чл. 6), која није правно обавезујућа. Њу је 1989. године усвојио Институт за међународно право и она предвиђа да *арбитражни суд, у делу у којем странке нису одредиле меродавно право примењује релевантна правила и начела проистекла из следећих правних извора: права које су изабрале странке, права на које упућује међународно приватно право које су странке одредиле, опитих начела међународног јавног или међународног приватног права, опитих начела*

⁴²⁶ Члан 35 (2) DIFC Law n. 1 of 2008,

текст доступан на: https://www.difc.ae/files/9014/5449/8249/DIFC_Arbitration_Law_2008_0_1.pdf.

⁴²⁷ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964); Превод: Маја Станивуковић, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, Службани гласник, 2013, стр. 344.

⁴²⁸ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965, Washington, USA.

⁴²⁹ Institute of International Law, Resolution on Arbitration between states, state enterprises or state entities, and foreign enterprises;

текст доступан на: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF.

међународне арбитраже, или права које би применили судови на територији на којој се налази седиште арбитражног суда.

1.2. Одредбе арбитражних правила и правилника арбитражних институција о одређивању меродавног права у одсуству споразума странака

Директан приступ налазимо у Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а⁴³⁰, где је у члану 35. предвиђено да арбитражни суд примењује **право** које сматра одговарајућим, као и у Арбитражним правилима Међународне трговинске коморе⁴³¹, у члану 21. (меродавна правна правила) која прописују да арбитражни суд у овом случају примењује **правна правила** која сматра одговарајућим. Исто тако, Арбитражна правила Арбитражног института привредне коморе Стокхолма, у члану 27 (1)⁴³², и Арбитражна правила суда за међународну арбитражу у Лондону, у члану 22.3.⁴³³ прописују да арбитражни суд примењује **право (права) или правна правила** која сматра одговарајућим.

У свим наведеним арбитражним правилима је, дакле, заступљен директан модел. Они се, међутим, разликују по томе да ли предвиђају примену права, примену правних правила, или примену права или правних правила која сматрају одговарајућим. Поставља се питање шта разликовање између примене права и/или правних правила представља када су у питању инвестициони спорови. Чини се да формулација да арбитражни суд може да изабере *правна правила* (уместо права) пружа много већу могућност избора, јер тиме он није ограничен

⁴³⁰ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), 2011, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

⁴³¹ International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2012, as amended in 2017, доступно на: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>.

⁴³² Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2017; доступно на: http://sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf.

⁴³³ London Court of International Arbitration Arbitration Rules (2014), текст доступан на: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 22.

на примену права ниједне, одређене државе. То значи да у овом случају арбитражни судови могу да примењују и недржавна правна правила. Са друге стране, примена *права* које арбитражни суд сматра одговарајућим у одсуству споразума страна, у контексту инвестиционе арбитраже указује да они могу да одреде и међународно и национално право као меродавно, зависно од околности конкретног случаја.

Из приказаног се може закључити да је у арбитражним правилима најзначајнијих арбитражних институција доминантан директан модел избора меродавног права у одсуству споразума страна. Насупрот томе, у већини националних закона о арбитражи је заступљен индиректан модел избора меродавног права у одсуству споразума страна. Томе је допринео и Модел-закон УНЦИТРАЛ-а, који је послужио као основ приликом креирања многих националних законодавстава. Са друге стране, приметан је тренд модернизације националних закона путем имплементације правила арбитражних институција⁴³⁴. Осим тога, кроз праксу арбитражних судова се јавила и идеја о стварању и примени међународноправних колизионих норми⁴³⁵, али се она још увек само разматра. У сваком случају, већина аутора је сагласна да не постоји јасна граница и да се смањује практични значај у разликовању и примени директног или индиректног метода, те да би фокус приликом одређивања меродавног права у одсуству споразума странака требало померити на смисао и циљ овог начина решавања спорова⁴³⁶.

Као што се из наведених формулација може видети, једино се у другој реченици

⁴³⁴ Jones Doug, *op. cit.*, стр. 917.

⁴³⁵ Види више: *ibid.*, стр. 918-923.

⁴³⁶ *Ibid.*, стр. 931. Yas Banifatemi, *op. cit.*

члана 42(1) ИКСИД конвенције, у случају непостојања сагласности странака о меродавном праву, предвиђа и примена релевантних правила *међународног* права. То би значило да су арбитражни судови који делују под окриљем ИКСИД-а *дужни* да примењују и национално и међународно право. Према Извештају извршних директора Међународне банке за обнову и развој о ИКСИД конвенцији, израз „међународно право“ који се користи у овом контексту треба схватити у смислу које му је дато чланом 38 (1) Статута Међународног суда правде, узимајући у обзир чињеницу да је члан 38 креиран да се примењује на међудржавне спорове⁴³⁷. Специфична формулација члана 42(1) ИКСИД конвенције (изричито инсистирање на примени међународног права) може се објаснити чињеницом да је једино ИКСИД систем настао специјално ради решавања спорова у којима је једна од страна држава, док су остала наведена правила креирана имајући у виду првенствено трговинске спорове између приватноправних субјеката. Међутим, разлика у формулацијама нема већи практични значај и свакако не значи да арбитражни судови који поступају по, на пример, Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, Арбитражним правилима Међународне трговинске коморе или Арбитражним правилима Привредне коморе Стокхолма, у случају непостојања споразума страна о примени меродавног права, не могу да примењују правила међународног права, што ће бити приказано у наредним поглављима.

⁴³⁷ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, пара. 40; доступно на: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf, стр. 47.

2. Поступање арбитражних судова изван система ИКСИД у случају одсуства споразума о меродавном праву

Поступање арбитражних судова приликом одређивања меродавног права у случају да не постоји споразум странака се временом мењало. Због тога ћемо се у овом делу најпре осврнути на старију арбитражну праксу која се тиче поступања арбитражних судова изван ИКСИД система.

Спор настао због повреда одредби уговора који није садржао клаузулу о меродавном праву, закљученог између *Petroleum Development Corporation Ltd* и *Sheikh of Abu Dhabi*⁴³⁸, који је у то време био под протекторатом Велике Британије, је један од најзначајних у ранијој пракси арбитражних судова. Уговором је компанија *Petroleum Development* стекла ексклузивно право на експлоатацију минералних уља у одређеној области Абу Дабија, а одредбом члана 17. је истакнуто да обе стране поступају у доброј вери и искреном уверењу, као и да се одредбе уговора тумаче на разуман начин⁴³⁹. Сматрајући да је њено искључиво право на експлоатацију минералних сировина на целокупној територији шеиката, односно одређеној територији под водом, доведено у питање, поменута компанија је поднела захтев за арбитражу, на основу арбитражне клаузуле у уговору⁴⁴⁰. Овде је реч о *ad hoc* арбитражи у којој арбитар приликом одлучивања о меродавном праву није био везан никаквим упутствима или правилима (као што данас, на пример, садрже правилници арбитражних институција или Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а). Арбитар појединац је у погледу овог питања најпре истакао да уколико би било које национално право требало да буде меродавно - то је несумњиво право Абу

⁴³⁸ *Petroleum Development Corporation (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi, International Comparative Law Quarterly*, vol. 1, 1952, стр. 247 и даље.

⁴³⁹ *Ibid.*, стр. 250.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, стр. 247.

Дабија, јер је уговор закључен и у потпуности се извршава у овој држави⁴⁴¹. Међутим, сматрао је да такво право не постоји јер „владар на основу Курана спроводи потпуно дискрециону правду” и да би „било нереално очекивати да у таквом примитивном региону постоји систем правних начела који би се могао применити...”⁴⁴². Позивајући се на поменуту клаузулу уговора, закључио је да се не може применити ни неко друго национално право. Према мишљењу арбитра, одредба 17 уговора је предвиђала примену „начела која почивају на здравом разуму и уобичајеној пракси већине цивилизованих народа - једној врсти савременог природног права”⁴⁴³. Сматрао је да се национално право Енглеске није могло применити као такво, али да би примена појединих његових правила била оправдана јер се тиме остварује оно што је предвиђено у члану 17 Уговора⁴⁴⁴. Овакво поступање арбитра је било предмет критика. Тако, на пример, Манирузамен сматра да одредба члана 17. Уговора јасно указује да стране нису желеле примену било ког националног права. Међутим, он истиче да арбитар појединац није на одговарајући начин тумачио ову одредбу, односно да је спровео „вештачко” тумачење јер се сви уговори, без обзира да ли је меродавно право национално или не-национално, заснивају и тумаче разумно, у доброј вери и искреном уверењу. То, према његовом мишљењу, не може да се схвати као тумачење које несумњиво указује на меродавно право⁴⁴⁵. Овај аутор, дакле, сматра да је арбитар појединац приликом тумачења користио аргументе на основу којих се не може закључити које право одредити као меродавно⁴⁴⁶.

Корак даље је учинио арбитар Кавин (*Cavin*) одлучујући у спору *Sapphire v National Iranian Oil Company*. Овде су канадска компанија *Sapphire Petroleum*

⁴⁴¹ *Ibid.*, стр. 250.

⁴⁴² *Ibid.*, стр. 251.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Munir Maniruzzaman, State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques - A Critical Appraisal, *Journal of International Arbitration*, vol. 15, No. 3, 1998, стр. 73.

⁴⁴⁶ Види и *Ruler of Qatar v International Marine Oil Company*, Award, June 1953, 20 ILR, 1953, стр. 534 и даље.

Ltd. и иранска национална нафта компанија (*NIOC*) закључиле уговор у чијој преамбули је истакнута жеља *NIOC*-а да прошири производњу и извоз нафте и способност *Sapphire*-а да то технички, организационо и финансијски реализује. Стране су се обавезале да ће уговор спроводити у доброј вери и вољи⁴⁴⁷. Приликом одређивања меродавног права арбитар је најпре констатовао да, за разлику од судије, није везан колизионим нормама Швајцарске, државе у којој се налази седиште арбитраже. Према његовом мишљењу, битно је утврдити заједничку намеру странака, као и тачке везивања које се користе у доктрини и пракси арбитражних судова, при чему би требало занемарити националне особености⁴⁴⁸. С обзиром на то да уговор не садржи изричит избор меродавног права, арбитар је сматрао да је он тај који утврђује који систем права би требало применити, узимајући у обзир намеру странака и одредбе уговора⁴⁴⁹. Затим је указао на то да, пошто је уговор закључен у Техерану и већим делом извршен у Ирану, и *lex loci contractus* и *lex loci executionis* указују на примену права Ирана. Међутим, ове тачке везивања, према његовом схватању, нису биле нужно одлучујуће⁴⁵⁰. У вези са тим је арбитар истакао да је овај уговор фундаментално различит од класичног уговора трговинског права и да се, по природи ствари, очекује да улагања буду заштићена од било које промене националног законодавства. То се, како је навео, страним улагачима не може гарантовати уколико би се право Ирана у потпуности применило⁴⁵¹. Такође је сматрао да се не може прихватити да су странке имале намеру да се примени материјално право седишта арбитражног суда (швајцарско право) јер у време закључења уговора оне нису могле ни знати који арбитражни суд ће бити надлежан за решавање спора с обзиром на то да је арбитражна клаузула предвиђала да било који спор који настане решава арбитар кога одреди председник Врховног суда

⁴⁴⁷ *Sapphire International Petroleum Ltd v National Iranian Oil Company*, Arbitral Award, March 15, 1963, ILR 35, стр. 137, 140.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, стр. 170.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, стр. 171.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ *Ibid.*

Швајцарске, Данске, Шведске или Бразила. Осим тога, држава у којој се налази седиште арбитраже није ни у каквој вези са другим елементима из уговора.

Даље је указао на то да, пошто не постоји позитивна, могуће је пронаћи негативну намеру страна, односно намеру да оне не дозволе искључиву примену права Ирана на уговор⁴⁵². Арбитар се осврнуо на члан 38 уговора који потврђује намеру већ истакнуту у преамбули и у неколико арбитражних одлука (*Lena Golfield, Petroleum Development v Ruler of Abu Dhabi, Ruler of Qatar v International Marine Oil Company Limited*) у којима је таква клаузула протумачена тако да би требало применити **општа правна начела** прихваћена у пракси цивилизованих држава, уместо националног права одређене државе. Према мишљењу арбитра, позивање на начело добре вере уз одсуство упућивања на било који национални систем права указује на то да би требало утврдити разумно значење одредби уговора. Стога је сматрао да је сасвим легитимно закључити да **намера странака није била да се примењују правила одређеног правног система, већ да је потребно ослоњити се на правна правила која су заједничка цивилизованим народима**. Она се помињу као извор међународног права у члану 38 Статута Међународног суда правде и коришћена су и објашњена у бројним одлукама међународних судова, те је истакао да је њихова примена у овом случају посебно оправдана јер је у питању уговор закључен између државног органа и стране компаније који је у одређеним деловима регулисан јавним правом⁴⁵³. Арбитар је указао и на то да је примена општих правних начела оправдана због члана 37 уговора који се односи на вишу силу, а којим је предвиђено да се она у уговору схвата у складу са начелима међународног права⁴⁵⁴. Наиме, према његовом схватању, стране у уговору у вези са вишом силом нису предвиделе примену ни права Ирана (иако иранско право садржи одредбе о вишој сили) нити било ког другог националног

⁴⁵² *Ibid.*, стр. 172.

⁴⁵³ *Ibid.*, стр. 173.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

права, па је закључио да су оне имале намеру да се на ово питање примењују општа правна начела⁴⁵⁵.

Другачији приступ приликом решавања овог питања је имало арбитражно веће у случају *Wintershall v Qatar*. Тужилац, компанија из Западне Немачке, је сматрао да је Катар прекршио одредбе уговора о нафтном истраживању и подели производње и извршио експропријацију његових права и интереса у супротности са правом Катара и међународним правом⁴⁵⁶. У уговору није постојала клаузула о меродавном праву. Веће се одлучило за примену начела најближе везе, те утврдило да је право Катара меродавно за суштину спора, а у случају да нађе да је за неко питање меродавно међународно право, примениће правила овог права⁴⁵⁷. Пошто је сматрао да међународно право није релевантно за спорна питања у овом случају, арбитражни суд је закључио да је меродавно право Катара⁴⁵⁸, те се није ни бавио односом ова два права.

У овом спору су се стране споразумеле да се на арбитражни поступак примењују Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а, осим уколико су у супротности са императивним одредбама Закона о арбитражи Холандије, које се у том случају примењују. Арбитражни суд је закључио да је и приликом утврђивања надлежности и приликом одлучивања у меритуму поступио у складу са овим правилима (и једним и другим)⁴⁵⁹. Међутим, приликом одређивања меродавног права се није позивао на ова правила, односно на тада важећи чл. 33 Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а који је предвиђао да у случају непостојања

⁴⁵⁵ *Ibid.*, стр. 174. Види и *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO)*, Award, 23 August 1958, *International Law Reports*, vol. 27, 1963, стр. 117-233; у овом случају је одлучено да се, због непостојања правила у законодавству Саудијске Арабије у вези са експлоатацијом нафте, примене општа правна начела.

⁴⁵⁶ *Wintershall A.G. v Government of Qatar*, Partial Award of 5 February 1988; Final Award of 31 May 1988, ILM, vol. 28, 1989, стр 800.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, стр. 802.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*, стр. 801.

споразума страна о меродавном праву, арбитражни суд примењује право утврђено на основу колизионих правила која сматра одговарајућим. Ипак, он јесте поступио у складу са овом одредбом - истакао је да би требало применити начело најближе везе са спором, што представља колизионо правило које је он сматрао одговарајућим.

Сличан приступ налазимо и у случају *SPP v Egypt* који се решавао пред арбитражним судом Међународне трговинске коморе. Поменута компанија из Хонг Конга је 1974. године закључила уговор (*Heads of Agreement*) са египатским министарством за туризам и египатском организацијом за туризам и хотеле у вези са развојем два међународна туристичка комплекса - један пројекат је био везан за развој подручја на којем се налазе пирамиде, а други за медитеранску обалу. Накнадно је закључен уговор којим су детаљније регулисани његови услови. У уводном делу, који се сматра делом уговора, је било предвиђено да је уговор сачињен у складу са правом Египта⁴⁶⁰. У каснијем уговору је додато да је он сачињен у складу са још једним законом, док је у свему осталом био готово идентичан са претходним⁴⁶¹. Када је настао спор јер је Египат предузео мере које су водиле престанку овог развојног пројекта, тужилац је поднео захтев за његово решавање арбитражном суду МТК⁴⁶². Арбитражно веће је сматрало да уговори не садрже изричиту клаузулу о избору меродавног права⁴⁶³, те утврдило да би право Египта требало применити као меродавно. Свој став је арбитражни суд засновао на чињеницама да су уговори закључени у Египту, да се у потпуности реализују у овој држави, као и да се у

⁴⁶⁰ *SPP (Middle East) Limited and Southern Pacific Properties Limited v Arab Republic of Egypt and Egyptian General Company for Tourism and Hotels*, International Chamber of Commerce, Award No. 3493, 16 February 1983, пара. 12 [...*This agreement is issued in accordance with law No 1 for the year 1973 relating to Hotels, Installations and Tourism, and law No 2 for the year 1973 relating to the supervision by the Ministry of Tourism on touristic sites and the development of such areas, and Law 43 for the year 1974 relating to Arab and foreign funds invested in the Arab Republic of Egypt...*]

⁴⁶¹ *Ibid.*, пара. 21.

⁴⁶² *Ibid.*, пара. 28.

⁴⁶³ *Ibid.*, пара. 49.

њима налазе бројна позивања на право Египта⁴⁶⁴. Тада важећи члан 13 (тачка 3) Арбитражних правила МТК је предвиђао да, у одсуству споразума страна, арбитар примењује право које је утврђено као меродавно на основу колизионог правила које он сматра одговарајућим⁴⁶⁵. Сматрамо да се арбитражно веће одлучило за примену начела најближе везе, као колизионог правила које је сматрало одговарајућим, те да је поступило у складу са наведеним чланом Арбитражних правила МТК.

Приликом одређивања меродавног права, овај арбитражни суд је приказао и своје схватање **односа националног и међународног права**. Наиме, арбитражно веће је сматрало да би требало размотрити да ли се може прихватити став да право Египта садржи општа начела међународног права⁴⁶⁶, те је нашло да су **начела међународног права**, *pacta sunt servanda* и исплата правичне накнаде у случају експропријације, **саставни део права Египта**. То је поткрепило схватањима стручњака за египатско право, као и чињеницом да Закон 43 који се односи на арапска и страна средства која су инвестирана у Египту упућује на ИКСИД конвенцију којој је Египат приступио и која је на снази у тој држави. Коначно, веће је закључило да се „упућивање на право Египта мора схватити тако да оно укључује она начела међународног права која се могу применити и да се на законе Египта може позвати само у оној мери у којој нису у супротности са наведеним начелима”⁴⁶⁷. Тиме је арбитражно веће у овом случају показало да прихвата супериорност међународног права у односу

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ ICC Rules of Conciliation and Arbitration 1975, члан 13, тачка 3: ”... *In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate*”; доступно на: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf>.

⁴⁶⁶ *SPP (Middle East) Limited and Southern Pacific Properties Limited v Arab Republic of Egypt and Egyptian General Company for Tourism and Hotels*, International Chamber of Commerce, Award No. 3493, 16 February 1983, пара. 49.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

на национално право.

Осврнућемо се и на један новији случај који се односи на поступање арбитражних судова изван ИКСИД система када не постоји споразум страна о меродавном праву. Реч је о спору *Iurii Bogdanov v Moldova* у којем је руски држављанин покренуо арбитражни поступак према Арбитражним правилима арбитражног института привредне коморе у Стокхолму, по основу БИТ-а закљученог између Молдавије и Русије. Тужилац је у захтеву навео да је дошло до повреде начела забране ретроактивне примене закона. Правни основи на које се позвао тужилац су право Молдавије (посебно Закон о страним улагањима), БИТ и Конвенција из Минска о заштити права инвеститора закључена између Молдавије и Русије, 1997. године⁴⁶⁸. Арбитар појединац је у погледу питања меродавног права навела да **„арбитражни суд примењује БИТ и право Молдавије како би оценио тврдње које је изнео тужилац. Право Молдавије је меродавно по основу других одредби БИТ-а, наводима тужиоца и по основу правила о меродавном праву садржаном у члану 24 Арбитражних правила арбитражног института привредне коморе Стокхолма (право државе пријема улагања које се обавезно примењује на питања која се односе на приватизацију државне имовине)”**⁴⁶⁹. Овде се, дакле, арбитар позвала на релевантни члан Арбитражних правила арбитражног института привредне коморе Стокхолма који у одсуству споразума страна о меродавном праву предвиђа да арбитражни суд примењује право или правна правила која сматра одговарајућим⁴⁷⁰. Арбитар Кордеро Мос (*Cordero Moss*) се најпре одлучила за примену права Молдавије јер је нашла да је то право одговарајуће с обзиром да је у питању био уговор (између тужиоца и туженог) који је регулисао приватизацију у Молдавији и због тога што се тужилац у својим обраћањима

⁴⁶⁸ *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova, SCC, Arbitral Award, 22 september 2005, пара. 1.3, 4.1.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*, пара. 3.2.

⁴⁷⁰ Члан 24 Арбитражних правила арбитражног института привредне коморе Стокхолма, 1999.

арбитражном суду позивао на право Молдавије. Она се, дакле, прво бавила једином тврдњом коју је тужилац изнео (да је законодавство Молдавије примењено ретроактивно и да је то супротно праву ове државе) и закључила да Молдавија није повредила сопствено право⁴⁷¹. Даље је арбитар указала на то да се тужилац није позвао на конкретну повреду БИТ-а, али да га је навео као меродавно право, те је сматрала да би арбитражни суд требало да процени да ли акти државе представљају повреду овог извора⁴⁷². Због тога је она утврђивала да ли поступања на која је указао тужилац представљају повреде одредби БИТ-а - начела пружања пуне заштите, обавезу пружања поштеног и правичног третмана улагања, и забране индиректне експропријације⁴⁷³. Анализом ових поступања је закључила да је повређен само један стандард из БИТ-а - обавеза пружања поштеног и правичног третмана улагању, док остали нису⁴⁷⁴. Коначно, арбитар је сматрала да Конвенција из Минска није примењива у овом случају јер члан 15 ове конвенције искључује решавање спорова који су у вези са приватизацијом путем арбитраже. Осим тога, истакла је да свакако ни један члан Конвенције из Минска није прекршен у овом случају⁴⁷⁵.

У овом случају је, дакле, арбитар заступала став да арбитражни суд није везан правним аргументима страна у спору, те је због тога сматрала да је неопходно да се поступање Молдавије мора процењивати и према њеном националном праву и према БИТ-у. Тиме је у овом случају, заправо, поступање државе подвргнуто дуплом тесту (прво да ли представља повреду права Молдавије, а затим и да ли представља повреду БИТ-а).

⁴⁷¹ *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova, SCC, Arbitral Award, 22 september 2005, пара. 4.1.*

⁴⁷² *Ibid.*, пара. 4.2.2.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*, пара. 4.2.3.; 4.2.4.; 4.2.5.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, пара. 4.3.

И у случају *Alps Finance and Trade AG v The Slovak Republic* који је решаван пред *ad hoc* арбитражним судом је разматрана примена и међународног и националног права. Тужилац је истакао да Словачка није пружила заштиту његовом улагању у погледу потраживања које је имао према једној приватној словачкој компанији. Наиме, према тврдњама тужиоца, ради се о новчаним износима које је њему, као старом повериоцу (цеденту) дужан да исплати дужник, који је у време преузимања потраживања био у стечају, а словачко судство - посебно одлука коју је донео регионални суд у Братислави - су то дефинитивно онемогућили. Због тога, како је навео, није могао да реализује потраживања која је стекао према дужнику, а поменуте одлуке нису биле донете у складу са меродавним правом Словачке (Законик о грађанском судском поступку, Закон о стечају) и довеле су до одузимања његових имовинских права у погледу потраживања која је имао по основу уговора о преузимању потраживања, који је закључио са овом словачком компанијом⁴⁷⁶. Сматрао је да тиме Словачка није пружила поштен и правичан третман и пуну заштиту и безбедност и да је извршила експропријацију улагања⁴⁷⁷.

Тужилац је по основу члана 9 БИТ-а закљученог између Чехословачке и Швајцарске покренуо арбитражни поступак, захтевајући накнаду која одговара вредности потраживања која се нису могла извршити, камату и трошкове⁴⁷⁸. Како није постојао споразум странака о меродавном праву за суштину спора, оне су биле позване да се о томе изјасне. Међутим, тужилац и тужени нису имали исти став о овом питању. Тужилац је тврдио да БИТ не садржи одредбу о меродавном праву, те да би требало применити право Словачке, укључујући и БИТ као део словачког правног система. Он је даље истакао да према словачком законодавству и уставу, на спорове који настану због поступања државних

⁴⁷⁶ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, *ad hoc* arbitration, Award, 5 March, 2011 (Annex C, Preliminary redacted version of the Award dated March 5, 2011), пара. 131.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, пара. 2.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, пара. 3.

органа или ентитета (као што су судови) може да се примењује само исто то законодавство и устав⁴⁷⁹. Са друге стране, тужени је истакао да тужбени захтев и спор проистичу из међународног споразума, те да су сам БИТ и релевантна правила међународног права правни извори који допуњују правило одлучивања које арбитражни суд мора да примени. Међународно право је, према мишљењу туженог, примењиво на основне елементе било које одлуке као што су тумачење овог инвестиционог споразума, дефиниције појмова који се у њему користе - улагање, улагач, експропријација, правичан и поштен третман итд; утврђивање да ли је улагач испунио терет доказивања својих права и повреда државе према конкретном споразуму; дефиниција штете која може бити надокнађена улагачу у случају да је држава пријема одговорна за повреде споразума⁴⁸⁰. Тужени је указао на то да право Словачке остаје релевантно, али само у смислу да могућа повреда одредби националног права од стране државе пријема представља чињеницу која може или не може представљати повреду одредбе споразума или повреду било ког релевантног правила међународног права које се примењује на заштиту страних улагача⁴⁸¹. Као што се види из изнетог, стране нису имале исто мишљење у погледу примене меродавног права на суштину спора. Тужилац је сматрао да арбитражни суд треба да примени право Словачке, док је тужени сматрао да би спор требало решити по међународном праву - обичајном међународном праву и БИТ-у⁴⁸².

Међутим, стране у спору и арбитрари су се на прелиминарном састанку **договорили** да уколико арбитражни суд буде утврђивао питање меродавног права, он ће то учинити **„узимајући у обзир аргументе обе стране и међународну праксу арбитражних судова у погледу инвестиционих спорова”**⁴⁸³. Ово је, према мишљењу арбитражног суда, само по себи било

⁴⁷⁹ *Ibid.*, пара. 74.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, пара. 76.

⁴⁸¹ *Ibid.*, пара. 77.

⁴⁸² *Ibid.*, пара. 193.

⁴⁸³ *Ibid.*, пара. 194.

довољно да он предност у примени да међународном праву јер је сматрао да само одређење „међународна пракса инвестиционих спорова” заправо указује да правила међународног права - било правила споразума или обичајног међународног права - не могу бити занемарена приликом решавања спорова између страног улагача и државе пријема који су настали због наводне повреде инвестиционог споразума од стране државе пријема⁴⁸⁴. Арбитражни суд је заузео став да се на појмове улагача и улагања који се штите у БИТ-у примењује искључиво сам БИТ и правила обичајног међународног права која се експлицитно или имплицитно односе на БИТ, а уколико арбитражни суд треба да тумачи БИТ једини правни извор којем прибегава су правила тумачења предвиђена чланом 31 Бечке конвенције о уговорном праву⁴⁸⁵. Након тога је истакао да то не значи да арбитражни суд може да занемари примену словачког права или начин на који су га словачки судови применили у поступку стечаја који је, према мишљењу тужиоца, био штетан за његово пословање у Словачкој. Потом је арбитражни суд нагласио две битне ствари. Прво, да се у погледу надлежности, одређивање услова које улагач и улагање треба да испуне да би имали заштиту из споразума не утврђује на основу права Словачке; према његовом мишљењу, ово се може одредити само применом правила међународног права, а БИТ је примарни извор. Друго је да је национално право и начин на који су га применили државни органи такође релевантно за меритум спора; чак и у таквом контексту национално право није „меродавно” право већ представља чињеничне околности које се разматрају приликом утврђивања да ли је држава пријема починила повреду својих међународних дужности приликом примене свог права, односно да ли је држава пријема одговорна за повреду међународне обавезе из релевантног споразума или опшег међународног права⁴⁸⁶. Коначно, закључио је да један међународни арбитражни суд не може да избегне примену међународног права, било независно или као средство да би утврдио да ли

⁴⁸⁴ *Ibid.*, пара. 195.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, пара. 196.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, пара. 197.

повреда националног правног правила или било која мера државе повлачи међународну одговорност државе⁴⁸⁷. Због свега изнетог арбитражни суд је заузео став да у овом случају међународно право има преовлађујућу улогу⁴⁸⁸.

У овом случају се арбитражни суд није позвао нити је споменуо тада важећи члан 33 Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а по којем би арбитражни суд који примењује ова правила требало да утврди меродавно право у одсуству споразума страна. Овде је арбитражни суд директно изабрао меродавно право које сматра одговарајућим, што је супротно чл. 33 који је, као што је већ наведено, предвиђао индиректни метод одређивања меродавног права, преко одговарајућег колизионог правила. Могуће је да се арбитражни суд одлучио на овакво одређење меродавног права због постојања поменутог договора који су стране и арбитражни суд постигли да ће арбитражни суд утврдити меродавно право узимајући у обзир аргументе обе стране и међународну праксу арбитражних судова у погледу инвестиционих спорова. Због тога у овом случају можемо сматрати да је арбитражни суд заузео став да је извршена модификација тадашњег члана 33 Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а у смислу члана 1 (став 1) ових Правила који предвиђа да уговорне стране које постигну писани споразум да се спорови у вези са уговором решавају према Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, могу ова Правила писменим споразумом модификовати (изменити)⁴⁸⁹.

На основу приказаних случајева можемо закључити да су арбитражни судови који делују ван ИКСИД система имали различит приступ када је у питању одређивање меродавног права за суштину спора у одсуству споразума страна. У најстаријим одлукама, где арбитражни судови нису били везани никаквим

⁴⁸⁷ *Ibid.*, пара. 198.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, пара. 199.

⁴⁸⁹ The UNCITRAL Arbitration Rules, 1976;

доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>

правилима која би требало да им дају упутства како да одреде меродавно право, доминирају покушаји арбитражних судова да утврде вољу/намеру странака и примена права које су сматрали одговарајућим (општа правна начела - *Petroleum Development Corporation Ltd* и *Sheikh of Abu Dhabi* и *Sapphire v National Iranian Oil Company*). У овим одлукама су, дакле, арбитражни судови примењивали директан метод избора меродавног права у одсуству споразума страна. У старијим одлукама арбитражних судова када је било предвиђено да они примењују правила различитих арбитражних институција, меродавно право су утврђивали на индиректан начин (начело најближе везе као тачка везивања) јер су тако прописивала тадашња правила ових институција (*Wintershall v Qatar* - арбитражни суд је применио начело најближе везе јер је то колизионо правило сматрао одговарајућим, што је било у складу са тада важећим чл. 33 Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а; *SPP v Egypt* - арбитражни суд је применио начело најближе везе као колизионог правила које је сматрало одговарајућим, што је било у складу са тада важећим Арбитражним правилима МТК). Коначно, у новијим одлукама примењујемо да арбитражни судови примењују директан модел избора меродавног права у одсуству споразума страна. Приказали смо два начина на који они то чине: у првом случају су сама арбитражна правила предвиђала примену директног метода (*Iurii Bogdanov v Moldova*), а у другом је арбитражни суд сматрао да је споразумом страна дошло до модификације одредбе правилника арбитражне институције који је предвиђао индиректну примену, те да није било препрека за директну примену права које је сматрао меродавним (*Alps Finance and Trade AG v The Slovak Republic*). Данас ово питање нема велики практични значај јер готово сви правилници арбитражних институција предвиђају директан метод приликом одређивања меродавног права у одсуству споразума страна⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ Види поднаслов: Одредбе правилника арбитражних институција о одређивању меродавног права у одсуству споразума странака.

Анализиране одлуке арбитражних судова који делују изван ИКСИД система показују и да се схватање односа међународног и националног права као меродавног временом мењало. Углавном се у старијим одлукама није ни постављало питање односа ова два права (*Petroleum Development Corporation Ltd* и *Sheikh of Abu Dhabi, Sapphire v National Iranian Oil Company, Wintershall v Qatar*). У каснијим одлукама је разматран овај однос. Тако је у једној одлуци арбитражни суд указао на супериорност међународног права у односу на национално право (*SPP v Egypt* - одлука из 1983. године), док је у последњем анализираном случају, *Alps Finance and Trade AG v The Slovak Republic* (одлука из 2011. године), арбитражни суд претежно применио међународно право, док је национално право само узето у обзир као чињеница приликом утврђивања да ли поступање државе према правилима сопственог права утиче на закључак о повреди међународноправне норме.

Можемо закључити и да арбитражни судови који делују ван ИКСИД-а у случају непостојања споразума страна о меродавном праву по правилу прибегавају примени међународног права, без обзира да ли је основ надлежности арбитражног суда уговор или БИТ. У готово свим анализираним случајевима у којима је основ надлежности био уговор, арбитражни судови су полазили од примене националног права, али су након тога разматрали и примену међународног права, те су међународно право искључиво применили (*Petroleum Development Corporation Ltd* и *Sheikh of Abu Dhabi* и *Sapphire v National Iranian Oil Company*) или су га применили заједно са националним правом (*SPP v Egypt*). У случају *Wintershall v Qatar*, у којем је такође основ надлежности уговор, је арбитражни суд сматрао да би требало применити и међународно и национално право, али међународно право није применио јер је утврдио да оно није било релевантно ни за једно спорно питање.

Примена међународног права у случају непостојања споразума страна је још очигледнија када су у питању спорови покренути по основу БИТ-а. Можемо

рећи да је тада готово немогуће избећи његову примену. То потврђују и анализирани случајеви (*Jurii Bogdanov v Moldova* - БИТ је примењен иако се тужилац уопште није позивао на конкретну повреду БИТ-а, већ га је само навео као релевантан извор; *Alps Finance and Trade AG v The Slovak Republic* - спор је решаван применом БИТ-а и других правила међународног права, а национално право је представљало само чињеничне околности које се разматрају приликом утврђивања да ли је држава пријема починила повреду својих међународних дужности приликом примене свог права, односно да ли је држава пријема одговорна за повреду међународне обавезе из релевантног споразума или опшег међународног права).

Детаљна анализа арбитражних одлука у којима се разматра садејство националног и међународног права у инвестиционим споровима, односно питања у спору на која се примењује једно и/или друго право је предмет истраживања V дела рада.

3. Поступање ИКСИД арбитражних судова у случају непостојања споразума страна о меродавном праву

Приликом утврђивања начина на који поступају арбитражни судови који делују под окриљем ИКСИД-а када се ради о одређивању меродавног права за суштину спора у одсуству споразума страна, најпре ће бити приказана детаљнија анализа друге реченице члана 42(1) ИКСИД конвенције. Након тога, да бисмо дошли до савременог начина поступања арбитражних судова који делују у оквиру ИКСИД система, анализирани су теорије и арбитражна пракса које су релевантне за проблем одређивања меродавног права.

Под анализом друге реченице члана 42(1) ИКСИД конвенције се првенствено мисли на њене измене током израде ИКСИД конвенције, када су се о њеној формулацији водиле расправе и заузимала различита мишљења.

У радној верзији⁴⁹¹ је друга реченица члана 42(1) ИКСИД конвенције гласила: „У одсуству било каквог споразума између странака у погледу меродавног права... арбитражни суд решава спор на основу *оних правних правила, било националних или међународних, која сматра меродавним*”. У преднацрту (Preliminary draft, Article IV, Section 4(1)) из 1963. године је одредба о меродавном праву остала иста као у радној верзији⁴⁹², док је у првом нацрту (First draft, article 45(1)) она измењена у делу да арбитражни суд у том случају примењује *она правила националног и међународног права која сматра меродавним*. Осим тога, истакнуто је да се „међународно право” схвата у смислу члана 38. Статута међународног суда правде. Коначно, ревидираном верзијом нацрта (Revised draft, Article 42(1)) постигнута је сагласност да ова одредба гласи онако како је данас налазимо у Конвенцији⁴⁹³.

Навешћемо само нека од питања, сугестија и коментара који су се јављали у овом процесу, а тичу се питања одређивања меродавног права у одсуству споразума странака. Она су се, пре свега, односила на то како помирити примену националног и међународног права у оваквој ситуацији.

⁴⁹¹ Working paper, Article VI, Section 5(1).

⁴⁹² Antonio Parra, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012, стр. 44.

⁴⁹³ History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, Vol I, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1970, стр. 190-192;

доступно

на:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>.

На петом заседању, 19. фебруара 1964. године је председавајући, Брошес (*Broches*), истакао да је питање права које би арбитражни суд требало да примењује веома битно⁴⁹⁴, а његово утврђивање остављено арбитражним судовима⁴⁹⁵. Различити су били ставови представника развијених држава и држава у развоју. Тако је представник Турске истакао потребу да се појасни термин „национално право” који се користи у делу 4(1). Наиме, по његовом мишљењу, начин на који је формулисан члан указује на могућу примену националног права државе извознице капитала, док је он сматрао да се једино национално право државе увознице капитала може примењивати⁴⁹⁶. И делегат Шпаније је истакао да је неопходно јасно истаћи да је национално право које се примењује право државе пријема. Он је сматрао да арбитражни судови морају имати овлашћење да примењују међународно право, али да када је у питању примена националног права - ниједно друго национално право осим права државе пријема се не може применити у инвестиционом спору⁴⁹⁷. Представник Индије је истакао да би, уколико не постоје посебне повластице које се страном улагачу гарантују споразумом, требало нагласити да се страни улагач мора повinovати праву државе пријема и да се то право примењује, осим уколико није другачије уговорено са државом пријема⁴⁹⁸.

Интересантно је приметити запажање делегата Италије, који се сложио са тим да је „питање које право би требало применити, национално или међународно, кључно”. Сматрао је да би требало утврдити основна начела међународног

⁴⁹⁴ History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, Vol II-1, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968, стр. 418;

доступно

на:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, стр. 419.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, стр. 418.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, стр. 419.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, стр. 505.

права која би арбитражни судови требало да примењују, као што су начело заштите у случају дискриминаторног третмана и обавеза поступања у доброј вери. Истакао је и да би, када је у питању спор настао због повреда уговора, традиционално међународно право могло бити допуњено општим начелима облигационог права која су призната у правима држава уговорница. То би и држави пријема и страном улагачу пружило већу правну заштиту⁴⁹⁹. Сличан став је имао и представник Израела сматравши да би требало прецизније дефинисати начела на основу којих арбитражни суд утврђује меродавна правна правила, уколико то странке нису учиниле⁵⁰⁰.

Са друге стране, представник Немачке је истакао да је најбитније посматрати међународно право с обзиром на то да оно предвиђа додатну заштиту за страног улагача. Делегат Аустрије је, пак сматрао да би требало обратити пажњу и на национално и на међународно право, а да је осетљиво питање у којем обиму странке имају право да одреде као меродавно једно или друго. Према његовом мишљењу, било би корисно прецизирати да би међународно право требало примењивати само на међународне аспекте који се појављују у спору⁵⁰¹. Коначно, представник Француске је тај који је предложио да се „било национално или међународно” промени у „национално и међународно”⁵⁰².

На једној од расправа о овом питању је наведено да дужност арбитражног суда да утврди меродавно право, било национално или међународно, може довести до тога да он мора да изврши избор између више националних права. Закључено је да у таквој ситуацији, он утврђује меродавно право применом општеприхваћених правила о избору меродавног права, односно правила међународног приватног права⁵⁰³.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, стр. 419.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, стр. 469.

⁵⁰¹ *Ibid.*, стр. 421.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, стр. 570.

Посебно су истакнуте две чињенице везане за однос националног и међународног права. Пре свега, с обзиром на то да је реч о међународном арбитражном суду који има међународну надлежност, овај арбитражни суд је овлашћен да примењује међународно право. Даље је наведено да је чак и међународни арбитражни суд у обавези да *примарно* примени национално право државе пријема, а да се примени међународног права може окренути *само ако* је национално право у супротности са међународним (ако нормативно решење из националног права крши међународно право)⁵⁰⁴.

На једном од наредних састанака председавајући Брошес је истакао примарни значај националног права државе пријема и чињеницу да само међународно право најчешће упућује на њега. Указао је да је ранији нацрт садржао формулацију „национално или међународно”, док садашњи користи везник „и” како би се избегао утисак да би међународно право увек требало примењивати или да је нужно питање избора између ова два права⁵⁰⁵. Између осталог, делегат из Кине је желео да се прецизира ово становиште. Он није био за потпуно искључење међународног права, али је желео да нагласи да се у случају непостојања посебног споразума између странака, право државе пријема

⁵⁰⁴ *Ibid.*, стр. 571 [As regards the issue of national vs. international law two points should be noted. In the first place, the basic feature of the Working Paper is the establishment of an international jurisdiction and it is reasonable to provide that an international tribunal will have the power to apply international law, unless specifically restricted. Secondly, even an international tribunal would in the first place have to look to national law, since the relationship between the investor and the host State is governed in the first instance by national law, and it would only be in those instances in which national law was in violation of international law that the tribunal would, in the application of international law, set aside national law. Therefore, it can be said with justification that the rule stated in Section 4(1) in fact covers not just a majority but all the cases which may be submitted for arbitration under the auspices of the Center].

⁵⁰⁵ History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, SID/LC/SR/14 (December 30, 1964) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, December 7, Vol II-2, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968; стр. 800 ; доступно на:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>.

примарно примењује⁵⁰⁶.

Коначно, Брошес је након разматрања и дискусије са делегатима ставио садашњи текст одредбе Конвенције на гласање и истакао да се расправа водила о два проблема: **први је питање које је национално право меродавно, а други да ли и под којим околностима би требало примењивати међународно право**⁵⁰⁷. За први део друге реченице који се односи на меродавно национално право је гласало 31, а 1 представник је био против. Одредба која се односи на међународно право (којом би се омогућила његова примена у случају правне празнине у националном праву као и у случају несагласности ова два права) је изгласана са 24 гласа за и 6 против⁵⁰⁸. У свом објашњењу Брошес је истакао да „уколико су странке пропустиле или нису могле да постигну споразум, или зато што сматрају да је арбитражни суд најквалификованији да утврди меродавно право, додатно правило у члану 42(1) намеће арбитражном суду да посматра два извора - на првом месту је то национално право и нарочито право државе на чијој територији је страна улагање предузето; и друго - међународно право, уколико би га требало применити”⁵⁰⁹.

На основу свега изнетог можемо закључити да текст члана 42(1) оставља простор за различита схватања, те да због тога постоје нејасноће у погледу међусобног односа међународног и националног права. Као последица тога, у вези са питањем одређивања меродавног права за суштину спора у одсуству

⁵⁰⁶ *Ibid.*, види мишљења и других делегата: стр. 801 и даље.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, стр. 803, 804.

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, SID/65-5 (February 25, 1965) Memorandum of the Meeting of the Committee of the Whole, February 23, 1965, Discussion of Chapters III and IV, Vol II-2, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968; стр. 984; доступно на: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>.

споразума страна су се јављала различита становишта у арбитражној пракси и правној доктрини. У раду ћемо се даље држати класификације ових теорија коју су установили Гајар и Банифатеми (*Gaillard, Banifatemi*) коју ћемо употпунити праксом арбитражних судова који делују под окриљем ИКСИД-а:

1. Теорија према којој би примена међународног права требала да буде ограничена на случајеве када постоји правна празнина у праву државе пријема о одређеном питању које се појави пред арбитражним судом или када право државе пријема није у сагласности са међународним правом;
2. Теорија према којој се међународно право примењује само да би кориговало она правила националног права која су у супротности са фундаменталним нормама међународног права;
3. Теорија према којој се међународно право примењује као независан систем правила која се могу применити без пролажења кроз „филтер” националног права државе пријема⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review*, vol. 18, issue 2, 2003, стр. 381.

3.1. Теорије о међусобном односу међународног и националног права у случају непостојања споразума страна о меродавном праву за суштину спора

3.1.1. Теорија о допунској и корективној примени међународног права у случају непостојања споразума страна о меродавном праву

Допунска и корективна улога међународног права се у праву страних улагања најчешће везује за поступање *ad hoc* комитета по захтеву за поништај одлуке арбитражног суда у случају *Klöckner v Cameroon*.

Овде је немачко привредно друштво *Klöckner* закључило неколико уговора о заједничком улагању у изградњу и управљање фабриком ђубрива са Камеруном. Како је друштво пословало са губитком, Камерун је одлучио да затвори фабрику. Улагач је поднео захтев за решавање спора пред ИКСИД-ом, на основу клаузуле из уговора, захтевајући исплату разлике између износа уложеног у фабрику и оног што му је до тог тренутка исплатила тужена држава. Камерун је потом поднео противтужбу захтевајући накнаду штете настале услед прекида овог пројекта⁵¹¹. У својој одлуци, арбитражно веће је навело члан 42(1) ИКСИД конвенције и истакло да је неопходно да утврди правни систем или право које је меродавно за ове уговоре. Закључило је да је „то, по природи ствари, грађанско и привредно право које се примењује у Камеруну”⁵¹². Наиме, одлучујући о захтевима тужбе и противтужбе, арбитражни суд је сматрао да се у Камеруну примењују два правна система - Француски грађански законик и енглески „*common law*”. Како је пројекат у питању био везан за источни део државе, требало би применити **онај део права Камеруна који се заснива на француском праву**⁵¹³.

⁵¹¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21 October 1983, 144 ILR, стр. 153, 154.

⁵¹² *Ibid.*, стр. 207, 208.

⁵¹³ *Ibid.*, стр. 208.

Арбитражни суд је одбио и тужбени захтев и захтев из противтужбе⁵¹⁴. Што се тиче тужбеног захтева, арбитражни суд је утврдио да је Камерун платио компанији *Klöckner* 30% укупне цене фабрике, што је било приближно уделу њених планираних производних капацитета и приближно вредности компоненти које је компанија *Klöckner* испоручила. Због тога је он сматрао да је ова компанија имала право на исплату, али да је она већ учињена, те да Камерун није у обавези да изврши додатна плаћања⁵¹⁵.

У погледу захтева противтужбе, арбитражни суд се концентрисао на чињеницу да *Klöckner* није поступао у складу са начелима искрености и лојалности који се захтевају у тако комплексним међународним уговорним односима, као и на приговор неиспуњења уговора⁵¹⁶. Приговор неиспуњења уговора је разматрао и нашао да је потврђен у француском, енглеском и међународном праву⁵¹⁷, док је у вези са првим питањем истакао да је начело по којем лице које је у уговорним односима који се заснивају на поверењу, мора поступати према партнеру на искрен и лојалан начин, основно **начело француског грађанског права**, али и других националних закона⁵¹⁸.

Klöckner је поднео захтев за поништај одлуке истичући, између осталог, да је дошло до прекорачења овлашћења, по основу члана 52(1)(б) Вашингтонске конвенције, због повреде члана 42(1) Конвенције. Према мишљењу тужиоца арбитражни суд је, поштујући члан 42. Конвенције, требало да примени право Камеруна које се заснива на француском праву, као што је уосталом и он сам закључио. Међутим, тужилац је сматрао да је арбитражно веће то „игнорисало и поступило изван својих овлашћења”⁵¹⁹.

Одлучујући о захтеву за поништај ове одлуке *ad hoc* комитет је, као што је већ

⁵¹⁴ *Ibid.*, стр. 226.

⁵¹⁵ *Ibid.*, стр. 155.

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ *Ibid.*, стр. 210 и даље.

⁵¹⁸ *Ibid.*, стр. 208.

⁵¹⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, 114 ILR, стр. 266.

истакнуто, установио нову улогу међународног права коју оно има приликом решавања спорова, у одсуству споразума странака о меродавном праву. Наиме, *ad hoc* комитет је констатовао да је арбитражни суд у својој одлуци дошао до закључка да „примењује меродавно право на основу члана 42 Конвенције, тј право државе уговорнице, „право Камеруна које се заснива на француском праву” или чак „Француски грађански законик”⁵²⁰. Међутим, у захтеву за поништај је истакнуто да одлука „није заснована на начелима француског права, већ на некој врсти декларације, која је подједнако и општа и непрецизна, на начелима која су наводно универзално призната”⁵²¹. Због тога је *ad hoc* комитет анализирао текст одлуке. Тако се осврнуо на део одлуке где је арбитражни суд истакао да је *начело по којем лице које је у уговорним односима, који се заснивају на поверењу, мора поступати према партнеру на искрен и лојалан начин, основно француског грађанског права, као што је то, заправо, случај и са другим националним законима који су му познати. Ad hoc* комитет је у вези са тим истакао да се „одмах може приметити да овде арбитражни суд не тражи да се са сигурношћу утврди постојање (правила или начела), већ тврди или узима као истинито постојање начела за које (након што је постулирао његово постојање) арбитражни суд претпоставља или узима здраво за готово да је то основно начело француског грађанског права”⁵²².

Комитет је затим истакао да је немогуће утврдити да „основно начело” које се наводи у одлуци арбитражног суда у вези са обавезом потпуног обелодањивања (*duty of full disclosure*) има свој основ у позитивном праву (односно Француском грађанском закону) с обзиром на то да се арбитражни суд уопште није позвао на неки законски текст, на судску праксу или доктрину како би са сигурношћу утврдио да то начело постоји као део француског права⁵²³. Према мишљењу *ad hoc* комитета, арбитражни суд је сматрао да је утврђивање постојања овог начела у позитивном праву било непотребно⁵²⁴.

⁵²⁰ *Ibid.*, стр. 269.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*, стр. 270.

⁵²⁴ *Ibid.*

Став *ad hoc* комитета је да арбитражни суд није у својој одлуци одговорио на неколико битних питања. Прво, да ли обавеза потпуног обелодањивања (*duty of full disclosure*) постоји у овом позитивном праву. Потом, уколико постоји, како, према којим правилима и под којим условима се оно примењује и у којим границама. Према схватању *ad hoc* комитета ова обавеза без сумње потиче из општег начела поступања у доброј вери, из обавезе искрености и лојалности, али је сматрао да се у одлуци арбитражног суда не говори о томе да ли се она може прихватити као таква без било каквог ограничења и да ли је тако широко постављена у било ком правном систему⁵²⁵.

У делу образложења који се може сматрати кључним, Комитет је указао да члан 42. Вашингтонске конвенције јасно предвиђа да у одсуству споразума странака, арбитражни суд примењује право државе уговорнице која је страна у спору (укључујући и њена правила о сукобу закона) и релевантна начела међународног права и заузео став да „*ово даје овим начелима (можда искључујући случајеве у којима би требало утврдити да ли је национално право у складу са међународним правом) двоструку улогу - допунску (у случају постојања правне празнине у националном праву) или корективну, у случају да право државе пријема није по свим питањима у сагласности са начелима међународног права. У оба случаја, арбитри могу да примене “начела међународног права” једино након испитивања и утврђивања садржаја права државе која је страна у спору (што се не може свести на једно начело, чак и основно) и након примене релевантних правила националног права”*⁵²⁶. Комитет је истакао да члан 42(1) не дозвољава арбитру да заснива своју одлуку искључиво и једино на „правилима” или „начелима међународног права”⁵²⁷ и

⁵²⁵ *Ibid.*, стр. 271.

⁵²⁶ *Ibid.*, стр. 270.

⁵²⁷ *Ibid.*

закључио да је арбитражни суд очигледно прекорачио своја овлашћења у смислу члана 52(1)(б) Вашингтонске конвенције⁵²⁸.

У овом случају је, дакле, *ad hoc* комитет заузео став да арбитражни суд не може једноставно да изабере да ли ће одлуку засновати на начелима међународног права или на националном праву на основу тога који извор сматра релевантним јер је то супротно члану 42. ИКСИД конвенције. Према схватању *ad hoc* комитета арбитражни суд мора применити национално право, а начела међународног права су релевантна као допуна тог националног права или као његов коректив (ако је неко решење из националног права супротно међународном праву).

Многи арбитражни судови су следили овакав начин одлучивања и прихватили допунску или корективну улогу међународног права у процесу утврђивања меродавног права за суштину спора.

Већ је *ad hoc* комитет, одлучујући о захтеву за поништај одлуке донете у случају *Amco v Indonesia* навео да члан 42(1) Конвенције овлашћује арбитражни суд да примени правила међународног права само како би попунио празнине у меродавном националном праву и обезбедио примат у примени нормама међународног права уколико су правила меродавног националног права у супротност са таквим нормама⁵²⁹. Комитет је нагласио и да је допунска и корективна улога међународног права у односу на право државе пријема подржана у пракси арбитражних судова, литератури, као и приликом израде ИКСИД конвенције⁵³⁰.

⁵²⁸ *Ibid.*, стр. 273.

⁵²⁹ *Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986, пара. 20.

⁵³⁰ *Ibid.*, пара. 22.

Овај случај сматрамо интересантним јер је у њему *ad hoc* комитет указао на разлику која постоју у погледу његових овлашћења у случају да арбитражни суд није применио меродавно право и у случају да је применио меродавно право, али неправилно. У том смислу је истакао следеће: „*Ad hoc* комитет ограничава себе на то да утврди да ли је арбитражни суд применио право које је био обавезан да примени у спору. Пропуст да примени такво право, за разлику од погрешне примене таквог права, доводи до очигледног прекорачења овлашћења арбитражног суда и представља основ за поништај одлуке по основу члана 52(1)(б) Конвенције. *Ad hoc* комитет је приступио овом питању са опрезом, разликујући пропуштање да се примени меродавно право као основ за поништај и погрешну примену меродавног права као основ за поновно испитивање одлуке (одлучивање по жалби)“⁵³¹. Овде је, дакле, указано на то да уколико арбитражни суд не одреди правилно и не примени одговарајуће меродавно право, то представља прекорачење овлашћења арбитражног суда које доводи до поништаја његове одлуке. Са друге стране, уколико арбитражни суд правилно утврди које је право меродавно за суштину спора, али погрешно у примени тог права - то није разлог за поништај одлуке, већ за одлучивање у поступку по жалби (што ИКСИД конвенцијом није предвиђено)⁵³².

У случају *LETSCO v Liberia* арбитражни суд је истакао да се право Либерije несумњиво примењује јер „странке нису изабрале ниједан други правни систем

⁵³¹ *Ibid.*, пара. 23. У овом спору је арбитражни суд применио право Индонезије и релевантна правила међународног права, на основу друге реченице члана 42(1) ИКСИД конвенције. *Ad hoc* комитет је поништио ову одлуку јер је сматрао да је арбитражни суд очигледно прекорачио своја овлашћења јер није применио меродавно право, односно релевантну одредбу права Индонезије. Међутим, арбитражни суд је, заправо, применио право Индонезије да утврди износ инвестиције, тако да се одлука Комитета доводи у питање. Овде је, дакле, арбитражни суд поништио одлуку иако није испуњен услов да би се одлука могла поништити, тј. није била у питању непримена меродавног права, већ њена погрешна примена. Види: Nicolette Butler, *op. cit.*, стр. 185 ; Taida Vegic, *op. cit.*, стр. 174-178.

⁵³² Види и *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985, 114 ILR, стр. 267.

или правна правила; а чак и да не постоји ...*изричит* избор странака да се примењује либеријско право, јасно је да га арбитражни суд мора применити у овом случају. Једино питање је да ли се право Либерије примењује самостално (као право које су изабрале странке) или заједно са релевантним правилима међународног права⁵³³. Арбитражни суд је због одсуства изричитог споразума странака о меродавном праву разматрао примену друге реченице члана 42(1) ИКСИД конвенције. Потом је арбитражно веће истакло да је „примена права државе уговорнице најзначајнија на њеној територији, али у сваком случају подлеже контроли међународног права”. Даље је арбитражни суд закључио да је „улога међународног права као „регулатора” националних система била предмет многих расправа, а посебно у делу који се тиче неслагања националног и међународног права о одређеном питању”. У овом случају, према мишљењу арбитражног суда не постоји такав проблем јер су релевантна правила и начела права Либерије у сагласности са општеприхваћеним начелима међународног јавног права⁵³⁴. И овде је, дакле, арбитражни суд имао став да међународно право, генерално посматрано, има корективну улогу у односу на национално право државе пријема.

Можемо закључити да су, у наведеним одлукама, арбитражни судови сматрали да је примена међународног права могућа само у случају постојања правне празнине у националном праву или несагласности ова два система права. То значи да су они примењивали национално право, а само у наведеним случајевима се прибегавало примени међународног права. И у правној доктрини је корективна и допунска улога међународног права уживала подршку⁵³⁵. Може се рећи да примену схватања о корективној улози међународног права налазимо још у одлукама *Petroleum Development v Ruler of Abu Dhabi* и *Sapphire v National*

⁵³³ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/ 2, Award, 31 March 1986, Rectification 10 June 1986, 89 *ILR*, стр. 329.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *op. cit.*, стр. 393 и фуснота 65.

Iranian Oil Company, које су донете значајно раније у односу на одлуку *ad hoc* комитета у случају *Klöckner v Cameroon* и формулисање доктрине корективне и допунске улоге међународног права. Наиме, у овим одлукама су арбитри најпре покушали да примене национално право, али како су нашли да је оно непримењиво, одлучили су се за примену општих правних начела.

У пракси ИКСИД арбитражних судова је, међутим, било и одлука које су одступале од до тада увреженог схватања. Пример налазимо у спору *SPP v Egypt* који је решаван пред ИКСИД арбитражним судом у којем је тужени истакао да су се странке прећутно споразумеле да је меродавно право Египта те да би требало применити прву реченицу члана 42(1)⁵³⁶. Тужилац је, пак, сматрао да такав споразум не постоји и да би требало применити другу реченицу члана 42(1) ИКСИД конвенције⁵³⁷. Према схватању арбитражног суда, несагласност странака на који начин применити члан 42 није од великог практичног значаја⁵³⁸. Суд је закључио да „**чак и да се усвоји да међу странкама постоји прећутан споразум о примени права Египта, он не може да искључи у потпуности директну примену међународног права у одређеним ситуацијама. Право Египта, као и сви национални правни системи, није потпуно, и када постоји правна празнина не може се рећи да постоји споразум о примени правних правила која, ex hypothesis, ни не постоје. У том случају се мора констатовати да постоји „одсуство споразума” и применити друга реченица члана 42(1)**”⁵³⁹. Овде је, заправо, реч о томе да је арбитражни суд сматрао да се међународно право има применити и онда када су стране у спору постигле сагласност о меродавности националног права. Дакле, овим се примена међународног права проширује и на оне ситуације када постоји споразум (а у случају правних празнина).

⁵³⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, пара. 75.

⁵³⁷ *Ibid.*, пара. 77.

⁵³⁸ *Ibid.*, пара. 78.

⁵³⁹ *Ibid.*, пара. 80.

И следећа одлука представља одступање од схватања допунске и корективне улоге међународног права, али на другачији, много директнији, начин. Реч је о спору *Santa Elena v Costa Rica*, где је арбитражни суд применио међународно право, а да претходно није размотрио решење за спорно питање предвиђено националним правом. Арбитражни суд је у овом случају имао задатак да утврди износ накнаде коју је Костарика дужна да плати због извршене експропријације земљишта које је припадало компанији *Compañía del Desarrollo de Santa Elena*⁵⁴⁰. Утврђивање меродавног права је било од изузетног значаја јер се према праву Костарике вредност експроприсане имовине утврђује на основу њене правичне тржишне вредности у време доношења одлуке (2000. година), док се према правилима међународног права она утврђује на основу правичне тржишне вредности коју је имала када је експропријација извршена (1978. година)⁵⁴¹.

Због тога је тужилац истицао да би, пошто не постоји споразум страна о меродавном праву, на основу друге реченице члана 42(1) ИКСИД конвенције требало применити право Костарике, а правила међународног права само уколико постоји празнина у праву Костарике или уколико је оно у супротности са међународноправним начелима поступања у доброј вери и *pacta sunt servanda*. Према мишљењу тужиоца, несагласност ова два права није постојала, те би требало применити право Костарике⁵⁴². Тужени је, пак, тврдио да би на суштину спора требало применити међународно право јер је сматрао да постоји споразум страна о примени међународног права, додуше не изричит, али да он произлази, између осталог, из захтева и сагласности за ИКСИД арбитражу и појединих

⁵⁴⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, пара. 56.

⁵⁴¹ Charles Brower, Jarrod Wong, *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena y International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (ed. By Todd Weiler), Cameron May, 2005, стр. 747 и даље.

⁵⁴² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, пара. 61.

извештаја који имају везе са овим спором у којима је указано на примену међународног права⁵⁴³.

Након што је утврдио да не постоји споразум странака о меродавном праву⁵⁴⁴, арбитражни суд је навео да га утврђује на основу друге реченице члана 42(1)⁵⁴⁵ ИКСИД конвенције. Даље је истакао да су, што се тиче спорних питања, правила и начела права Костарике углавном у сагласности са признатим начелима међународног јавног права, а у случају када би постојала несагласност, примењивала би се правила међународног права⁵⁴⁶. Арбитражни суд је потом закључио да „очигледно различити ставови страна, у суштини, доводе до истог закључка, то јест, да међународно право има доминантну улогу”, те да је на основу друге реченице члана 42(1) оно меродавно у овом спору⁵⁴⁷. У складу са тим је вредност експроприсане имовине утврдио према оној коју је она имала 1978. године⁵⁴⁸, односно према правилима међународног права.

Ова одлука одступа од допунске и корективне улоге међународног права (према којој се прво мора применити национално право, па тек онда међународно) јер је арбитражни суд директно применио међународно право. Овде је арбитражни суд заузео став да се међународно право свакако примењује - и када је национално право сагласно са међународним правом и када није. Због тога можемо закључити да ова одлука не само што одступа од доктрине допунске и корективне улоге међународног права, него је у њој арбитражни суд међународном праву дао сасвим другачију улогу.

Противнике теорије допунске и корективне улоге међународног права налазимо

⁵⁴³ *Ibid.*, пара. 62.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, пара. 63.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, пара. 64.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*, пара. 65.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, пара. 83.

и у делу правне доктрине. Тако су, на пример, Гајар и Банифатеми заступали став да у историји настанка ИКСИД конвенције није подржана допунска и корективна улога међународног права, већ да је намера преговарача била да међународно право буде једна од опција која је на располагању арбитражним судовима када не постоји споразум страна о меродавном праву⁵⁴⁹. Такође, постоје и мишљења да се међународно право допунски и корективно примењује само када су у питању спорови настали због повреда уговора, док је у арбитражним поступцима покренутим по основу БИТ-а међународно право неопходно применити јер ови споразуми чине део међународног права⁵⁵⁰.

У сваком случају, тренд да је међународно право имало допунску и корективну улогу у инвестиционим споровима је трајао до доношења одлуке *ad hoc* комитета ИКСИД-а у случају *Wena v Egypt*. Пре тога, указаћемо на још једну теорију у вези са овим питањем.

3.1.2. Рајсманова теорија о примени међународног права као меродавног у случају непостојања споразума страна о меродавном праву за суштину спора

Теорију која не искључује корективну и допунску улогу међународног права, већ за коју се може рећи да представља њену разраду и појашњење је установио професор Рајсман (*Reisman*). Према његовом схватању, ИКСИД арбитражни судови могу да примене међународно право у следећим случајевима:

⁵⁴⁹ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *op. cit.*, стр. 383.

⁵⁵⁰ Annie Leeks, The Relationship between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach, University of Toronto, *Faculty of Law Review*, Vol. 65(2), 2007, стр. 19.

- уколико су се стране тако споразумеле;
- уколико право државе уговорнице упућује на примену међународног права, укључујући и обичајно међународно право;
- уколико је за спорно питање међународно право директно примењиво, на основу споразума закљученог између државе пријема капитала и државе чији је држављанин страни улагач;
- уколико примена права државе уговорнице у спору представља **повреду међународног права**. Овде међународно право има корективну улогу у односу на национално право⁵⁵¹.

Прва три случаја у којима се међународно право може применити нису спорна, тако да ћемо се задржати само на последњем.

Рајсман сматра да друга реченица члана 42(1) указује на допунску и корективну улогу међународног права, али пошто првенствено упућује на примену права државе уговорнице, поставља се питање оправданости примене међународног права⁵⁵². Због тога ћемо приказати његова схватања у погледу обе улоге међународног права - и допунске и корективне.

Професор Рајсман истиче да у случају постојања правне празнине, што је могуће и у најразвијенијим правним системима, арбитражни суд примењује међународно право⁵⁵³. Међутим, он сматра да непостојање правног средства (*remedy*) не значи нужно и постојање правне празнине. Наиме, према његовом схватању, непостојање правног средства може да представља свесну одлуку да одређено питање остане нерегулисано или да је регулисано на другачији начин. Због тога наводи да у праву одређене државе постоји правна празнина једино

⁵⁵¹ Michael Reisman, The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold, 15 *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, 2000, стр. 380.

⁵⁵² *Ibid.*, стр. 366.

⁵⁵³ *Ibid.*, стр. 371.

ако је држава укључена у одређени правни однос који у њеном правном систему још увек није правно уређен, односно да празнина постоји у случају постојања друштвено-правног раскорака⁵⁵⁴. Он даље истиче да уколико постоји правна празнина у праву државе пријема, чак и *истинска*, члан 42(1) не овлашћује арбитражни суд да одмах примени међународно право, већ је он у том случају у обавези да испита како би се у праву државе пријема она попунила. И то, према мишљењу Рајсмана, не сме да уради механички, већ да систематично истражи како је одређено питање у том правном систему уређено и да је попуни у том оквиру⁵⁵⁵. Он сматра да **само уколико у праву државе пријема постоји празнина за коју право државе пријема не предвиђа метод за попуњавање, арбитражни суд може да приступи примени међународног права**⁵⁵⁶.

Са друге стране, да би се применило међународно право (у својој корективној улози) неопходно је постојање „истинске колизије” између ова два права. Несагласност националног права са међународним, само по себи, не значи примену међународног права. **Неопходно је да примена права државе пријема представља кршење основних норми међународног права.** Он наводи да су то императивне норме општег међународног права (*jus cogens*) које су, према Бечкој конвенцији о уговорном праву, норме које је прихватила и признала целокупна међународна заједница држава као норме од којих никакво одступање није допуштено и које се не могу изменити новом нормом општег међународног права истог карактера⁵⁵⁷.

Професор Рајсман, дакле, сматра да се национално право у инвестиционим споровима примарно примењује јер то одсликава вољу држава уговорница

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ *Ibid.*, стр. 374.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*, стр. 375; Члан 53. Бечке конвенције о уговорном праву (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), потписана 23. марта 1969. године у Бечу.

ИКСИД конвенције које су се у члану 42(1) тако споразумеле. Према његовом мишљењу, примена међународног права је у инвестиционим споровима оправдана само уколико у националном праву постоји правна празнина или уколико примена права државе пријема представља кршење императивних норми међународног права.

3.1.3. Савремено схватање улоге међународног права у случају непостојања споразума странака

Одлука *ad hoc* комитета у случају *Wena v Egypt* представља прекретницу у погледу утврђивања меродавног права за суштину спора у међународним инвестиционим споровима.

Случај се односио на спор између *Wena Hotels Ltd*, британске компаније, основане 1982. године по праву Енглеске и Велса, и *Egyptian Hotel Company (ECH)*, египатске компаније у државном власништву. Ове компаније су закључиле уговор о закупу два хотела, у Каиру и Луксору. Инвеститор, *Wena Hotels Ltd*, је поднео захтев ИКСИД арбитражном суду тврдећи да је Египат извршио незакониту експропријацију инвестиције и на тај начин повредио одредбе БИТ-а између Уједињеног Краљевства и Египта, правила међународног права, као и права Египта. Осим тога, ова компанија је истакла да је Египат повредио одредбе БИТ-а као и друга правила међународног права јер није пружио заштиту овом улагању⁵⁵⁸. Приликом одлучивања о меродавном праву, арбитражни суд је навео да међу странкама постоји сагласност да се овај случај тиче наводне повреде БИТ-а, те да и он сматра да је БИТ, за ово питање, примарни извор који треба применити⁵⁵⁹. Према схватању Египта, требало је

⁵⁵⁸ *Wena Hotels Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, 8 December 2000, Award, пара. 75.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, пара. 78.

применити право ове државе, док је став компаније *Wena* био да треба применити и право Египта и међународно право, на основу члана 42(1) ИКСИД конвенције. Арбитражни суд је закључио да је, осим одредби БИТ-а, меродавно и право Египта („право државе уговорнице у спору”) и „она правила међународног права која се могу применити у датом случају”⁵⁶⁰.

Египат је поднео захтев за поништај одлуке јер је, између осталог, сматрао да је арбитражни суд прекорачио своја овлашћења у смислу члана 52(1) ИКСИД конвенције јер није применио право Египта, што је у супротности са чланом 42(1) Конвенције⁵⁶¹. Подносилац захтева за поништај одлуке се позвао на три ситуације у којима је арбитражни суд требало да примени право Египта. Прва се односила на пуноважност уговора о закупу због наводног постојања корупције или сукоба интереса који је постојао јер је исто лице, док је председавало у *ЕНС*, било ангажовано као консултант од стране друштва *Wena*. Комитет је сматрао да се ова чињеница не односи на питање меродавног права, те се не може разматрати као основ за поништај одлуке арбитражног суда због прекорачења овлашћења, већ да се ради о чињеници чији значај процењује арбитражни суд када одлучује у меритуму⁵⁶². Следећи аргумент који је подносилац захтева истакао је да права улагача из уговора о закупу треба разматрати по египатском праву. Комитет је истакао да је постојао спор између *Wena* и *ЕНС* у погледу обавеза из уговора о закупу где су се стране међусобно оптуживале да нису поступале по уговореним одредбама. Став Комитета је био да је то врста спора на који се примењује право Египта и који је поднет на решавање арбитражи по основу уговора о закупу, а не спор који је поднет на арбитражно решавање спора по основу ИКСИД конвенције и БИТ-а⁵⁶³. При том је комитет истакао да однос између два спора може бити релевантан и да је у том погледу арбитражни

⁵⁶⁰ *Ibid.*, пара. 79.

⁵⁶¹ *Wena Hotels Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, пара. 21.

⁵⁶² *Ibid.*, пара. 47.

⁵⁶³ *Ibid.*, пара. 48.

суд приликом одлучивања о накнади штете по основу повреде БИТ-а узео у обзир делимично обештећење које је досуђено у домаћој арбитражи због повреде одредби уговора како би спречио двоструку накнаду у корист страног улагача. Међутим, реч је о два спора која су још увек одвојена⁵⁶⁴. Коначно, трећа област у којој је подносилац захтева сматрао да је арбитражни суд требало да примени право Египта је утврђивање камате⁵⁶⁵. Комитет је у вези са тим разматрао питање да ли је арбитражни суд, када је одлучио да примењује БИТ - а он не садржи одредбе о утврђивању камате - требало да примени право Египта или, као што је он то урадио, да примени међународно право и релевантну праксу ИКСИД арбитражних судова⁵⁶⁶. Тада се Комитет осврнуо на члан 5 БИТ-а који предвиђа да накнада за извршену експропријацију мора бити „благовремена, адекватна и ефикасна” као и да износ „накнаде одговара тржишној вредности експроприсаног улагања коју је имало непосредно пре експропријације”. Он је стао на становиште да се ова одредба, иако се не односи на камату, мора схватити као да садржи одређење камате које је компатибилно са ова два начела, а посебно да накнада не може бити умањена протеком времена или смањењем тржишне вредности, те да одлука о камати која одсликава такву међународну пословну праксу испуњава ова два циља⁵⁶⁷.

У кључном делу образложења одлуке о поништају, Комитет је, као што је већ наведено, констатовао да постоји разлика између уговора о закупу (за које је меродавно право Египта) и захтева поднетог на решавање ИКСИД-у због повреде БИТ-а. Како у БИТ-у није постојала клаузула о меродавном праву, сматрао је да би о томе требало одлучити на основу друге реченице члана 42(1), као и да је неопходно утврдити њено значење, као и **питање односа националног и међународног права** у том смислу⁵⁶⁸. Он је при том истакао да се не може заузети генерални став да ли се приклонити широј примени

⁵⁶⁴ *Ibid.*, пара. 49.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, пара. 50.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, пара. 51.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, пара. 52.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, пара. 36, 37.

међународног права и ограничити улогу националног права или обрнуто, јер то зависи од околности сваког случаја. Осим тога, комитет је указао да реч „може” (енгл. *may*) у другој реченици члана 42(1) ИКСИД конвенције указује да не постоји јасна линија разграничења поља примене међународног и националног права⁵⁶⁹. Даље је истакао да је „**смисао и значај преговора који су водили усвајању друге реченице члана 42(1) омогућавање примене оба правна система. Право државе пријема може бити примењено заједно са међународним правом, уколико је то оправдано. Такође, међународно право може бити самостално примењено, уколико се одговарајуће правило налази у оквиру овог права**”⁵⁷⁰.

Као допунски аргумент, Комитет је истакао да приликом примене правила БИТ-а арбитражни суд у овом случају није прекорачио своја овлашћења⁵⁷¹ јер примена БИТ-а као примарног правног извора није одступање нити је у супротности са правом Египта. У вези са тим је истакао да су, заправо, ИКСИД конвенција и двострани инвестициони споразуми посебно поменути у египатским извештајима о стратегији страних улагања у Египту⁵⁷². Коначно, на крају је изнео следеће: „Комитет сматра да је арбитражни суд заузео став у оквиру својих овлашћења. Међународно право и пракса ИКСИД арбитражних судова, за разлику од права Египта, пружају различите могућности које су компатибилне са овим циљевима [да накнада мора бити благовремена, адекватна и ефикасна и да представља тржишну вредност експроприсаног улагања коју је оно имало непосредно пре експропријације]... **Није на Комитету да оцењује да ли је арбитражни суд изабрао могућност која највише одговара датим околностима јер је то питање које се поставља када се одлучује о меритуму спора. Штавише, то је дискрециона одлука**

⁵⁶⁹ *Ibid.*, пара. 39.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, пара. 40.

⁵⁷¹ *Ibid.*, пара. 46.

⁵⁷² *Ibid.*, пара. 45.

арбитражног суда. Чак и да се утврди да арбитражни суд није применио критеријуме који највише одговарају [остварењу ових циљева] то не доводи до прекорачења овлашћења које би резултирало поништењем⁵⁷³.

Према овом тумачењу је, дакле, арбитражном суду остављена могућност да на неко питање примени национално или међународно право, према свом нахођењу. При том он може међународно право да примени самостално или заједно са националним правом.

Следило је доношење одлука у којима је прихваћено овакво мишљење. У одлуци *CMS v Argentina*, арбитражно веће је истакло да је то „више прагматичан, а мање доктринаран приступ, који дозвољава примену и националног и међународног права, уколико је то на основу одређених чињеница у спору оправдано. Више се не ради о томе да је једно од ових права супериорно у односу на друго или да би их требало изузети од примене, већ да оба ова извора имају своју улогу”⁵⁷⁴ у овом процесу.

Одлука ИКСИД арбитражног суда из децембра 2016. године потврђује да је овај приступ доминантан у савременој арбитражној пракси. Реч је о случају *Churchill Mining v Indonesia*, где је истакнуто да арбитражни суд у овом случају примењује, „осим два БИТ-а⁵⁷⁵, и право Индонезије и међународно право када је

⁵⁷³ *Ibid.*, пара. 53.

⁵⁷⁴ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пара. 116. Види и *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, пара. 140 и даље; *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пара. 65-67; *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пара. 203-209; *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пара. 128-141.

⁵⁷⁵ Компанија *Churchill Mining Plc*, основана по праву Енглеске и Велса је 22. маја 2012. године поднела захтев за решавање спора пред ИКСИД арбитражним судовима због повреде БИТ-а закљученог између Велике Британије и Индонезије. Неколико месеци касније је компанија *Planet Mining Pty Ltd*, основана у Аустралији и у власништву компаније *Churchill Mining Plc*,

одговарајуће. Арбитражни суд је сматрао да друга реченица члана 42(1) ИКСИД конвенције не додељује спорна питања ниједном праву, те да је **на арбитражном суду да утврди да ли се на одређено питање примењује национално или међународно право**⁵⁷⁶. Даље је у вези са тим истакао: „**Када примењује право (било национално или међународно) арбитражни суд сматра да га не обавезују аргументи и извори на које се позивају странке. Начело *iura novit curia*, или боље *iura novit arbiter* дозвољавају арбитражном суду да формира своје сопствено мишљење... али не на начин који би био изненађујући за странке у смислу да се односи на правну теорију која није предмет расправе и у којој странке не могу да учествују**”⁵⁷⁷.

Међутим, било је и одлука које нису у потпуности подржале приступ установљен у одлуци *ad hoc* Комитета у *Wena v Egypt*. Тако је, на пример, арбитражни суд у случају *Aucoven v Venezuela* истакао: „Улога међународног права у пракси ИКСИД арбитражних судова није у потпуности јасна. Несумњиво је да међународно право може да попуни правне празнине у националном праву (тзв. допунска функција). Такође је утврђено да оно може да коригује примену националног права у случају када је национално право у супротности са међународним правом (корективна функција). Да ли се улога међународног права проширује и изван ових функција? Скорашња одлука ИКСИД *ad hoc* Комитета у *Wena v Egypt* прихвата шири приступ приликом утврђивања улоге међународног права... **Без обзира на улогу међународног права по основу друге реченице члана 42(1), овај арбитражни суд сматра да, у овом случају, не постоји разлог, а посебно узимајући у обзир да је у**

поднела такође захтев за решавање спора пред арбитражним судовима који делују под окриљем ИКСИД-а, али због повреда БИТ-а Аустралије и Индонезије. У марту 2013. године су се поменуте компаније и Индонезија сагласиле да споје ова два поступка; *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Award, 6 December 2016, пара. 2-7.

⁵⁷⁶ *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Award, 6 December 2016, пара. 235.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, пара. 236.

питању арбитражни поступак покренут због повреда одредби уговора, а не споразума о подстицању и заштити улагања, ићи изван корективне и допунске улоге међународног права”⁵⁷⁸. Слично је било и размишљање арбитражног већа приликом доношења одлуке о надлежност у *Duke Energy v Peru*: „...чак и ако би се право Перуа сматрало меродавним за тумачење уговора [*DEI Bermuda LSA*], арбитражни суд има **право и дужност да перуанско право подвргне контроли међународног права**”⁵⁷⁹. У *Sempra Energy v Argentine* је арбитражни суд истакао да „иако су аутори текстова и одлуке склони да национално и међународно право посматрају као међусобно некомпатибилне приликом њихове примене, то је далеко од тога што је заправо случај, јер оба права имају улогу приликом решавања спора”⁵⁸⁰. Међутим, у наставку разматрања њиховог односа је указао да „у обиму у којем постоји несагласност права Аргентине и споразума који су на снази, **међународно право је супериорно**, као што је то утврђено Уставом Аргентине и чланом 27 Бечке конвенције о уговорном праву”⁵⁸¹.

Могли бисмо закључити да су у наведеним одлукама арбитражни судови сматрали да међународно право *задржава своју корективну улогу* приликом утврђивања меродавног права у инвестиционим споровима. Наиме, у одлуци *ad hoc* комитета у случају *Klöckner v Cameroon* је заузет став да се национално право примарно примењује и оно се увек мора применити, док се међународно право примењује само у својој допунској и корективној улози. Са друге стране, у наведеним одлукама су арбитражни судови сматрали да су у начелу слободни да одлуче за које питање је релевантан који систем права. То би, заправо,

⁵⁷⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ('Aucoven') v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September, 2003, пара. 102.

⁵⁷⁹ *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006, пара. 162.

⁵⁸⁰ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пара. 236.

⁵⁸¹ *Ibid.*, пара. 238.

значило да, према њиховом схватању, арбитражни суд може у границама својих овлашћења да у конкретном случају за одређено питање утврди да је меродавно национално право, али је и тада дужан да води рачуна да ли је национално право сагласно са међународним, те због тога оно и даље има корективну улогу.

Савремена пракса арбитражних судова који делују у ИКСИД систему показује да се одредба члана 42 став 1 Конвенције тумачи на начин који доводи до сталног проширивања поља примене и значаја међународног права у инвестиционим споровима. С тим у вези је потребно указати на још једну групу случајева – случајеве у којима је јасно да стране у спору нису постигле **изричит споразум** о примени међународног права, али се до његове примене долази екстензивним тумачењем прећутне аутономије воље.

Пример оваквог схватања арбитражних судова налазимо у случају *MTD v Chile*. Овде је тужилац тврдио да се „повреда коју је наводно учинио тужени разматра по међународном праву јер члан 3(1) БИТ-а [стандард поштеног и правичног третмана и клаузула најповлашћеније нације] закљученог између Чилеа и Данске интернационализује обавезе туженог из уговора о страном улагању”⁵⁸². Арбитражни суд је прихватио тврдње тужиоца да је за примену релевантно међународно право јер се то намеће на основу чињенице да су се стране договориле да се њихова арбитража спроводи по БИТ-у⁵⁸³, односно да пошто је „арбитражни суд установљен по основу БИТ-а, он је обавезан да примењује одредбе БИТ-а и тумачи их у складу са правилима тумачења која су утврђена у Бечкој конвенцији о уговорном праву...”⁵⁸⁴. Овај случај показује да арбитражни судови налазе да, заправо, постоји прећутна аутономија воље страна о примени међународног права као меродавног јер је арбитражни поступак покренут по

⁵⁸² *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, пара. 86.

⁵⁸³ *Ibid.*, пара. 87.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, пара. 112. Види и *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пара. 91-94.

основу БИТ-а. Сматрамо, међутим, да се овде не ради о прећутној аутономији јер чињеница да је арбитражни суд установљен по основу БИТ-а не указује на јасан и недвосмислен избор меродавног права и одступа од онога што је предвиђено ИКСИД конвенцијом - примена друге реченица члана 42(1). Наиме, слажемо се са ауторима који истичу да се оваквим схватањем избегава примена националног права и фаворизује тужилац који може да одлучи да ли ће спор да покрене по основу БИТ-а и тиме обезбеди примену међународног права⁵⁸⁵.

Фаворизовање примене међународног права у инвестиционим споровима налазимо и у случајевима када арбитражни судови сматрају да постоји прећутна аутономија воље страна о примени међународног права као меродавног на основу понашања странака у самом арбитражном поступку.

Овакво поступање арбитражног суда налазимо у случају *AAPL v Sri Lanka*. Тужилац у овом спору је поднео захтев за решавање спора пред ИКСИД-ом због повреда одредби БИТ-а Уједињеног Краљевства и Шри Ланке. Овај БИТ није садржао клаузулу о меродавном праву. Арбитражно веће је истакло да „стране у спору нису имале могућност да искористе своје право избора меродавног права унапред и одреде правила која би се примењивала на различите аспекте њиховог могућег спора”⁵⁸⁶ и да се „у том случају меродавно право утврђује након што спор настане, на основу поступања странака у току поступка”⁵⁸⁷. У вези са тим је арбитражни суд истакао да су „у овом случају обе стране поступале на начин који показује њихов заједнички споразум да се разматрају одредбе БИТ-а Шри Ланке и Уједињеног Краљевства као примарног извора меродавних правних правила. Ову основну претпоставку на коју се ослања тужилац, у потпуности је прихватио тужени који је не само засновао своје

⁵⁸⁵ Види: Петар Ђундић, Меродавно право за суштину спора пред арбитражним судовима ИКСИД: члан 42(1) ИКСИД Конвенције и улога националног права, стр. 1633-1635.

⁵⁸⁶ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, пара. 19.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, пара. 20.

главне аргументе на одредбама овог БИТ-а, већ се и позвао на члан 157 Устава Шри Ланке нагласивши да је Споразум постао примењив као део права Шри Ланке⁵⁸⁸. Даље је у овом случају арбитражни суд сматрао да „поднесци обе стране јасно указују да постоји њихов споразум” да се на поједина питања примењује опште обичајно међународно право, друга посебна правила међународног права која су постала меродавна приликом примене клаузуле најповлашћеније нације, као и право Шри Ланке⁵⁸⁹. Поменути поднесци су се тicali основа тужиоачевог тужбеног захтева у којем је навео да се одговорност Шри Ланке односи и на накнаду штете према правилима обичајног међународног права о одговорности државе и одговора туженог⁵⁹⁰.

Арбитражни суд је сматрао да не постоји у овом случају никакав проблем јер су се обе стране сагласиле у току поступка да се примарно примењује БИТ као *lex specialis* и релевантна правила међународног и националног права као додатни извор на који упућује сам БИТ⁵⁹¹. У прилог томе је истакао да „упркос тужиоачевом противљењу да се примене правила обичајног међународног права и његовом одбијању да прихвати примену права Шри Ланке као основног меродавног права на основу члана 42 ИКСИД конвенције који се примењује у случају да не постоји сагласност странака о избору меродавног права, он је у току арбитражног поступка дошао до сличног закључка као и тужени”, а да се то нарочито види из поменутих поднесака⁵⁹².

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ *Ibid.*, пара. 21-24.

⁵⁹⁰ *Ibid.* Арбитражни суд је истакао и да “БИТ није самодовољан затворени правни систем који предвиђа примену само супстанцијалних материјалних правила која се директно примењују, већ га треба посматрати у ширем јурисдикционом контексту где су правила других извора интегрисана посредно или он директно упућује на примену одређених допунских правила, било међународноправне или националне природе. Оваква примена произлази из релевантних одредаба овог БИТ-а” (пара. 21).

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² *Ibid.*, пара. 7 и 10.

Овде је, дакле, арбитражни суд сматрао да постоји прећутни избор меродавног права. До таквог закључка је дошао путем разматрања намере странка у спору на основу њиховог понашања у току поступка. Са оваквим поступањем арбитражног суда се, као и у претходном случају, не слажемо, те сматрамо да не постоји прећутна аутономија воље странака у спору. У том смислу ћемо се сложити са ставовима Банифатеми која сматра да избор меродавног права мора да буде јасан и недвосмислен јер у супротном арбитражни суд разматра намеру страна што је у супротности са тумачењем саме ИКСИД конвенције⁵⁹³. На то указује и Шројер у свом Коментару ИКСИД конвенције, где истиче да је из историје доношења Конвенције јасно да споразум о меродавном праву мора бити подвргнут „стриктном стандарду доказивања“⁵⁹⁴. У случају *AAPL v Sri Lanka* би, како истиче овај аутор, дошло до другачијег исхода спора да је арбитражни суд применио другу реченицу члана 42(1) ИКСИД конвенције јер би тиме била омогућена примена права Шри Ланке. У том смислу Шројер сматра да је исправна критика арбитра Асанта (*Samuel K.B. Asante*) који је у издвојеном мишљењу истакао да Шри Ланка није имала другог избора осим да одговори на аргументе тужиоца који су се заснивали на БИТ-у. Заправо, то што је Шри Ланка добијала тврдње тужиоца које су се заснивале на БИТ-у не значи да је тиме прећутно учествовала у споразуму о меродавном праву, односно о примени БИТ-а меродавног права⁵⁹⁵. Закључак арбитражног суда о постојању прећутног споразума је спречио примену права које би иначе било меродавно – право тужене државе⁵⁹⁶ - и тиме показао још један начин како се у инвестиционом спору може умањити значај овом извору права.

⁵⁹³ *Ibid.*, пара. 24.

⁵⁹⁴ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 574-575.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, стр. 574. Види: *Asian Agricultural Products Ltd. v Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Dissenting Opinion of Samuel K.B. Asante, 15 June 1990, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, issue 2, 1991, стр. 577.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, стр. 574.

Приликом разматрања ИКСИД арбитражне праксе указали смо на две теорије које почивају на **примарној примени националног права**. Једна је теорија о допунској и корективној улози међународног права која полази од тога да се међународно право примењује након примене националног права и то само у случајевима када постоји правна празнина у националном праву или када национално право није у сагласности са међународним. Друго је схватање професора Рајсмана који сматра да, пошто су се државе уговорнице споразумеле да се национално право има применити примарно, она питања која се јављају у инвестиционим споровима, а која нису предмет императивних норми међународног права, би требала да буду регулисана националним, а не међународним правом.

Са друге стране, постоје и одлуке арбитражних судова у којима је **међународно право имало примарну улогу** (*Santa Elena v Costa Rica*). Такође, чини се да арбитражни судови, у случају када не постоји споразум страна о меродавном праву, оправдање за ширу примену међународног права нарочито налазе када је у питању арбитража покренута због повреда одредби споразума о подстицању и заштити улагања због саме природе тужбеног захтева (*Aucoven v Venezuela*). Наиме, арбитражни судови налазе да, заправо, постоји прећутна аутономија воље страна о примени међународног права као меродавног јер је арбитражни поступак покренут по основу БИТ-а (*MTD v Chile*) или се то може закључити на основу понашања странака у току арбитражног поступка (*AAPL v Sri Lanka*).

У савременој арбитражној пракси и то како арбитражних судова који делују под окриљем ИКСИД-а, тако и у пракси арбитражних судова који делују изван ИКСИД система, преовлађује став да се у одсуству споразума страна **међународно и национално право истовремено примењују као меродавна права** у међународним инвестиционим споровима. Ниједно од њих у том

смислу није супериорно и не постоји услов правне празнине/несагласности да би се међународно право уопште узело у разматрање. Примена једног или другог права зависи од квалификације/врсте спорног питања. То значи да је доминантан приступ приликом решавања инвестиционих спорова да је арбитражни суд у начелу слободан да одлучи за које питање је релевантан који систем права. Међутим, у анализираним одлукама запажамо да ово схватање није и једино. Са једне стране постоје одлуке које подржавају овај приступ али наглашавају да, када арбитражни суд утврди да је за неко питање меродавно национално право, међународно право и даље задржава своју корективну улогу (улогу контроле). Са друге стране, теорија допунске и корективне улоге међународног права није у потпуности напуштена.

V САДЕЈСТВО МЕЋУНАРОДНОГ И НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА

Арбитражни судови су, према савременом схватању, слободни да, према сопственом уверењу, одлуче да ли ће на одређено питање на суштину спора да примене правила националног или међународног права. Циљ овог дела рада је утврђивање како се према данашњем стању ствари арбитражни судови опредељују за један или други систем права приликом одлучивања о конкретном спорном питању. Дакле, овде је реч о садејству примене правила међународног и националног права на суштину истог инвестиционог спора. Класификација је учињена на следећи начин: најпре је дат приказ стандарда третмана страних улагања у споразумима о подстицању и заштити улагања за које је меродавно **међународно право**; затим су обрађена питања за које је примена правила **обичајног међународног права** релевантна, а потом и примена **општих правних начела** на суштину спора; коначно, посебан део се односи на питања на која се примењује **национално право**.

1. Питања у инвестиционом спору за која је релевантно међународно право

Примена међународног права у инвестиционим споровима се првенствено везује за повреде одредби билатералних споразума о подстицању и заштити улагања. Већ смо указали на то да су у многим случајевима арбитражни судови сматрали да се на суштину спора примењује БИТ због чињенице да је сам спор покренут на основу одредби БИТ-а, односно поводом тврдњи тужиоца да је БИТ повређен. Дакле, улагачи се у својим тужбама позивају на то да је повређен неки од материјалноправних стандарда третмана који је предвиђен БИТ-ом, па арбитражни судови налазе да је ноторна ствар да би предметни спор требало решити применом одредби споразума за који се наводи да је повређен.

У наставку рада ћемо анализирати стандарде третмана страних улагања који су присутни у поменутиим међународним споразумима.

1.1. Стандарди третмана страних улагања

Споразуми о подстицању и заштити улагања садрже одредбе о материјалноправним стандардима третмана којима се пружа заштита страном улагачу. Реч је о одредбама у којима су прописане обавезе државе пријема, односно права страног улагача, а чијом повредом држава пријема крши своју међународноправну обавезу што доводи до њене међународноправне одговорности.

Стандарди третмана се углавном класификују на апсолутне и релативне⁵⁹⁷. Апсолутни стандарди третмана су независна правна правила, која се примењују када год је то предвиђено и то без обзира на постојање или упућивање на третман који се примењује у односу на неко друго улагање или улагача⁵⁹⁸. Насупрот томе, примена релативног стандарда третмана зависи од постојања неког другог третмана улагања. Наиме, они јесу предвиђени споразумима о подстицању и заштити улагања, али сама њихова садржина се одређује у односу на права и чињенице које постоје ван тог споразума⁵⁹⁹.

У апсолутне стандарде третмана спадају обавеза поштовања поштеног и правичног третмана улагања, забрана незаконите експропријације, обавеза пружања пуне заштите и безбедности, обавеза омогућавања слободног

⁵⁹⁷ Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD, 2007, стр. 28.

⁵⁹⁸ Zouhair Krönfol, *Protection of Foreign Investment, A Study in International Law*, A. W. Sijthoff International Publishing Company, 1972, стр. 45. Аутор стандарде третмана класификује на зависне и независне (енг. *contingent* и *non-contingent*).

⁵⁹⁹ *Ibid.*

трансфера средстава улагања⁶⁰⁰. Релативни стандарди третмана су обавеза пружања националног третмана и обавеза пружања третмана најповлашћеније нације.

1.1.1. Апсолутни стандарди третмана улагања

1.1.1.1. Забрана незаконите експропријације

Експропријацију бисмо могли одредити као одузимање одређеног имовинског добра његовом титулару, које предузима држава ради остварења неког јавног циља и које је праћено исплатом одговарајуће накнаде. У једном од случајева из арбитражне праксе је истакнуто да се овај појам „мора тумачити у светлу праксе држава, споразума о подстицању и заштити улагања, као и правним схватањима заузетим у случајевима из области међународног права”, те да се односи на „одузимање имовинског права неког лица од стране власти државног типа уз трансфер власничких права на друго лице, а најчешће власт која је спроводи има *de jure* и *de facto* моћ да изврши одузимање”⁶⁰¹.

Разликују се две основне врсте експропријације - **директна**, која је праћена формалним одузимањем имовинског добра и променом титулара, и **индиректна**, када држава пријема предузима мере којима онемогућава управљање и коришћење добара, као и остваривање профита, односно мере којима долази до умањивања/уништавања вредности улагања као резултат акта индиректне експропријације, чак и када имовинско право није одузето, односно када није

⁶⁰⁰ У апсолутне стандарде третмана спада и обавеза пружања минималног стандарда третмана (утврђеног обичајним међународним правом).

⁶⁰¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, UNCITRAL, 13 November 2000, пара. 280.

дошло до промене титулара⁶⁰². Као подврста индиректне експропријације се јавља тзв. **пузајућа експропријација** (енг. *creeping expropriation*) која се одређује као постепена повреда једног или више имовинских права страног улагача која резултира потпуним или значајним умањењем вредности његовог улагања или га лишава контроле над његовом инвестицијом. Реч је о различитим мерама које држава пријема предузима, у одређеном временском периоду, које појединачно посматране не би довеле до индиректне експропријације, али то представљају када се посматрају као саставни делови јединственог третмана улагања или страног улагача⁶⁰³. У вези са тим је у одлуци у случају *Tecmed v Mexico* истакнуто: „...Иако ови облици експропријације немају јасну или недвосмислену дефиницију, општеприхваћено је да се они остварују кроз деловања или понашања која експлицитно не изражавају да им је сврха лишење неког права или ствари, али заправо имају тај ефекат. Ова врста експропријације не мора да се одвија постепено или кришом - појам „пузајућа” се односи само на једну врсту индиректне експропријације - и може се остварити једном радњом, кроз низ поступака предузетих у кратком временском периоду или предузимањем више радњи истовремено. Стога би се могла направити разлика између пузајуће и *de facto* експропријације, иако обе обично представљају део ширег концепта „индиректне експропријације” и иако обе могу да се остваре на различите начине који морају бити преиспитани од случаја до случаја да би се закључило да ли је неки од њих довео до експропријације”⁶⁰⁴.

Битно је нагласити да у међународном праву, експропријација није сама по себи незаконита. Неспорно је да држава има право да изврши експропријацију

⁶⁰² ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, стр. 3, 4.

⁶⁰³ Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, стр. 11.

⁶⁰⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пара. 114.

имовине како својих држављана, тако и имовине странаца на својој територији, али да би се то спровело на законит начин неопходно је да буду испуњени одређени услови⁶⁰⁵. Они су углавном веома јасно предвиђени и у споразумима о подстицању и заштити улагања, који пружају страном улагачу заштиту у вези са овом проблематиком⁶⁰⁶.

У билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања се углавном налазе клаузуле које као услове за закониту експропријацију предвиђају:

1. да су мере које је држава пријема предузела у јавном интересу
2. да нису у питању дискриминаторне мере
3. да се предвиђа исплата благовремене, адекватне и ефективне накнаде
4. да су мере предузете у законитом поступку.

Пример овакве клаузуле налазимо у Споразуму који је Република Србија закључила са Словенијом:

1. Улагања извршена од стране улагача било које Стране уговорнице на територији друге Стране уговорнице, неће бити национализована, експроприсана, нити подвргнута мерама по дејству једнаким национализацији или експропријацији (у даљем тексту: „експропријација“) осим у јавном интересу, на недискриминаторној основи, уз дужну примену закона и уз брзу, ефективну и адекватну накнаду.

⁶⁰⁵ Christoph Schreuer, The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, (C. Ribeiro ed.), *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, Issue 3, 2005, стр. 109, 110.

⁶⁰⁶ Обичајно међународно право, такође, садржи правила којима се пружа заштита страном улагачу у случају незаконите експропријације. Она се примењују или као додатна правила у случају да у споразумима о подстицању и заштити страних улагања постоји правна празнина или када се захтева одређено тумачење. О овом види више у делу о примени обичајног међународног права.

2. Накнада из става 1 овог члана ће се обрачунавати на бази тржишне вредности улагања непосредно пре експропријације или пре него је експропријација постала опште позната чињеница, зависно од тога шта је било пре. Накнада ће бити извршена у конвертибилној валути без одлагања и укључиваће камату на тржишној основи или ЛИБОР од дана експропријације до датума плаћања, и биће слободно трансферабилна и могућа за реализацију.

3. Улагач чија су улагања експроприсана ће имати право, у складу са законом о експропријацији Стране уговорнице, на то да судско или друго надлежно тело те Стране уговорнице изврше неодложно разматрање његовог случаја и вредновање његовог улагања у складу са принципима дефинисаним у овом члану⁶⁰⁷.

Као што видимо, поменути споразум предвиђа да улагање неће бити национализовано, експроприсано, нити подвргнуто мерама по дејству једнаким национализацији или експропријацији осим у јавном интересу, на недискриминаторној основи, уз дужну примену закона и уз брзу, ефективну и адекватну накнаду. Сматра се да мере по дејству једнаке национализацији или експропријацији обухватају забрану индиректне експропријације и да није неопходно то посебно нагласити, што је и потврђено у случају *Middle East Cement Shipping v Egypt*: „Када мере које је предузела држава имају ефекат да лишвају улагача коришћења или користи које има од свог улагања, чак и када је он остао номинални ималац одређених права, те мере се често односе на „пузајућу” или „индиректну” експропријацију или, као што је то у БИТ-у наведено, мере „које имају дејство једнако експропријацији”. Заправо, улагач је таквим мерама лишен дела вредности свог улагања. Такав случај је и овде, те стога арбитражни суд сматра да такво одузимање представља експропријацију у

⁶⁰⁷ Члан 4 Споразума са Словенијом.

смислу члана 4 БИТ-а и да је тужени, у складу са тим, обавезан да плати накнаду”⁶⁰⁸. Понекад је и у самом БИТ-у наглашено да „мера која је по свом ефекту еквивалентна експропријацији или национализацији означава индиректну експропријацију”⁶⁰⁹.

Обично се у одредбама споразума о подстицању и заштити улагања не прецизирају мере које представљају експропријацију⁶¹⁰. Међутим, БИТ модел Сједињених Америчких Држава у анексу садржи детаљније објашњење, али и упућује на **обичајно међународно право**:

“Анекс Б

Експропријација

Стране потврђују свој заједнички став да:

1. Члан 6(1) се односи на обичајно међународно право у вези са обавезом држава у погледу експропријације
2. Понашање или више активности стране уговорнице не представљају експропријацију све док не представљају њено ометање коришћења телесних и бестелесних имовинских права или имовинских интереса улагања.
3. Члан 6(1) се односи на две ситуације. Прва је директна експропријација, где је улагање национализовано или на други начин директно експроприсано кроз формални пренос права својине или непосредно одузимање.

⁶⁰⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пара. 107. Види и *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пара. 114: “Generally, it is understood that the term “...equivalent to expropriation...” or “tantamount to expropriation” included in the Agreement and in other international treaties related to the protection of foreign investors refers to the so-called “indirect expropriation” or “creeping expropriation”, as well as to the above-mentioned *de facto* expropriation”.

⁶⁰⁹ Agreement between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Protection of Investments, 2011 (чл. 6, тач. 1).

⁶¹⁰ Види супротно: Члан 6, тач. 3 Споразума са Кувајтом; Споразум са Канадом, Анекс Б 10, у вези са чланом 10.

4. Друга ситуација се односи на индиректну експропријацију, где једна или више радњи стране уговорнице имају ефекат еквивалентан директној експропријацији без формалног преноса права својине или директног одузимања.

(а) утврђивање да ли нека или више радњи у конкретној ситуацији представљају индиректну експропријацију се врши кроз испитивање од случаја до случаја, које је засновано на чињеницама и које, између осталог, обухвата:

(i) економски утицај мере или низа мера, иако сама чињеница да мера или низ мера једне Стране има штетно дејство на економску вредност улагања не значи да је индиректна експропријација извршена,

(ii) обим у којој су мере државе супротне конкретним, разумним и на улагању заснованим очекивањима, и

(iii) природу мера државе

(б) осим у изузетним случајевима, недискриминаторна мера Стране која је прописана и примењена да би се заштитили легитимни циљеви социјалне политике, као што су здравље, безбедност и животна средина, не представља индиректну експропријацију⁶¹¹.

Битно је напоменути овде да управо одређење какво налазимо у БИТ моделу Сједињених Америчких Држава (анекс Б, тач. 4(а)) значајно смањују ризик да се регулаторне мере државе сматрају индиректном експропријацијом⁶¹².

⁶¹¹ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment; види и чл. 6 Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Protection of Investments, 2011.

⁶¹² Bassant El Attar, Bo-Young Li, Didier Kessler, Miguel Burnier, Expropriation clauses in International Investment Agreements and the appropriate room for host States to enact regulations: a practical guide for States and Investors, Research paper, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, 2009, стр. 24.

Одредбе мултилатералних споразума о заштити од незаконите експропријације су у великом делу сличне онима које се налазе у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања. У Уговору о енергетској повељи, НАФТА споразуму, као и Свеобухватном инвестиционом споразуму који су закључиле државе Савеза држава југоисточне Азије (*ASEAN - The Association of Southeast Asian Nations*)⁶¹³ предвиђена је заштита од директне и индиректне експропријације, као и услови за законитост експропријације - да је предузета у јавном интересу, на недискриминаторној основи, у законитом поступку и уз плаћање накнаде. У Уговору о енергетској повељи и Свеобухватном инвестиционом споразуму се истиче да је у питању благовремена, адекватна и ефективна накнада, док у НАФТА није прецизирано⁶¹⁴. НАФТА, као услов законите експропријације, предвиђа да је она спроведена у складу са законитим поступком и чланом 1105(1) који се односи на минимални стандард третмана и предвиђа да „држава уговорница улагањима улагача друге државе уговорнице пружа третман у складу са **међународним правом**, укључујући поштен и правичан третман и пуну заштиту и безбедност”. Сва три споразума предвиђају да је исплаћена накнада еквивалентна правичној тржишној вредности непосредно пре предузимања експропријације⁶¹⁵ или када је постала јавно позната, односно када је настала⁶¹⁶, и не одсликава промену вредности насталу због тога што је експропријација раније постала позната⁶¹⁷. Исто тако, сва три споразума предвиђају плаћање камате за период од извршене експропријације до дана плаћања накнаде. У Свеобухватном инвестиционом споразуму је то „одговарајућа камата у складу са законима и правилима државе чланице која је

⁶¹³ Државе чланице овог Савеза су Индонезија, Малезија, Филипини, Сингапур, Тајланд, Брунеји, Камбоџа, Лаос, Мјанмар и Вијетнам; <http://asean.org/>.

⁶¹⁴ Види чл. 13(1) Уговора о енергетској повељи, члан 1110 НАФТА, члан 14(1) Свеобухватног инвестиционог споразума.

⁶¹⁵ Члан 1110, тач. 2 НАФТА, члан 13(1) Уговора о енергетској повељи, члан 14, тач. 2(б) Свеобухватног инвестиционог споразума.

⁶¹⁶ Члан 14, тач. 2(б) Свеобухватног инвестиционог споразума.

⁶¹⁷ Члан 1110, тач. 2 НАФТА, тач. 2(ц) Свеобухватног инвестиционог споразума.

извршила експропријацију”⁶¹⁸, док се у НАФТА и Уговору о енергетској повељи камата утврђује према „комерцијалној стопи утврђеној по тржишној основи”⁶¹⁹, односно „комерцијално разумној стопи”⁶²⁰. Коначно, једино Свеобухватни инвестициони споразум у посебном одељку садржи одредбе везане за појашњење директне и индиректне експропријације, на начин сличан као у наведеном БИТ моделу Сједињених Америчких Држава⁶²¹.

1.1.1.2. Обавеза пружања поштеног и правичног третмана

Сматра се да је обавеза поштеног и правичног третмана страних улагања потиснула у други план забрану незаконите експропријације и тако постала најзначајнији стандард заштите страних улагања, на чију се повреду страни улагач позива у готово свакој инвестиционој арбитражи⁶²².

Иако већина споразума о подстицању и заштити улагања садржи стандард поштеног и правичног третмана, дебате и различита мишљења о границама његове примене, као и о његовој садржини, су и даље присутни. Један од главних разлога за то представља начин формулисања ове обавезе. Наиме, у неким споразумима о подстицању и заштити улагања је она доведена у везу са минималним стандардом третмана који предвиђа обичајно међународно право,

⁶¹⁸ Члан 14, тач. 3 Свеобухватног инвестиционог споразума.

⁶¹⁹ Члан 13(1) Уговора о енергетској повељи.

⁶²⁰ Члан 1110, тач. 4 НАФТА.

⁶²¹ Види Анекс 2 Свеобухватног инвестиционог споразума и Споразум између Републике Србије и Канаде.

⁶²² Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment, у: *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration – Diversity and Harmonisation* (А. К. Hoffmann ed.), 2010, стр. 125. За супротно мишљење види: Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011, стр. 308-310; аутор сматра да стандард поштеног и правичног третмана није ништа значајнији од других стандарда третмана страних улагања. Осим тога, истиче да је клаузула којом се предвиђа правичан и поштен третман флексибилна и општа, те да је не би требало сматрати апсолутном облигацијом, стр. 305.

док је у другим реч о аутономном стандарду (који једноставно предвиђа да улагање ужива поштен и правичан третман)⁶²³. Осим тога, поставља се питање да ли се ради о једном или је реч о два одвојена стандарда⁶²⁴. Исто тако, понекад се стандард поштеног и правичног третмана сматра помоћним средством за попуњавање правних празнина, након примене осталих одредби споразума о подстицању и заштити улагања. То је и потврђено у случају *PSEG v. Turkey*, у којем је истакнуто да „стандард поштеног и правичног третмана у инвестиционој арбитражи заузима истакнуто место захваљујући чињеници да други стандарди који су традиционално предвиђени међународним правом не могу у сваком случају бити у потпуности одговарајући. Ово је нарочито случај када чињенице у спору нису у потпуности у складу са захтевом за директну експропријацију...”⁶²⁵. И Долцер и Шројер истичу ову сврху стандарда поштеног и правичног третмана (и то након примене других, прецизнијих стандарда), како би се постигао ниво заштите који је предвиђен споразумом о подстицању и заштити улагања⁶²⁶. Са друге стране, Клегер (*Kläger*) сматра да се ово не може прихватити јер се стандард поштеног и правичног третмана примењује паралелно са другим стандардима у споразумима о подстицању и заштити улагања⁶²⁷. Наиме, повреда овог стандарда третмана у неком случају може да постоји и уколико постоји нека друга повреда. Тако је, на пример, у случају *Metalclad v Mexico*⁶²⁸, према закључку арбитражног суда, постојала и повреда

⁶²³ Fair end Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, стр. 17.

⁶²⁴ Преовлађујуће схватање је да је реч о једном стандарду третмана; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 133.

⁶²⁵ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пара. 238.

⁶²⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer *op. cit.*, стр. 132.

⁶²⁷ Roland Kläger, *op. cit.*, стр. 307. Аутор истиче и да се стандард правичног и поштеног третмана примењује по одређеним правилима, а не да би попунио правне празнине, стр. 308.

⁶²⁸ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

поштеног и правичног третмана и индиректна експропријација⁶²⁹.

Примену стандарда поштеног и правичног третмана улагања компликује и чињеница да не постоји његова општеприхваћена дефиниција⁶³⁰. Било је, додуше, покушаја да се он дефинише⁶³¹. Према схватању Шројера, такве дефиниције су биле или прешироке или преуске, те он сматра да је утврђивање значења овог стандарда најбоље вршити одређивањем карактеристичних ситуација на које би се овај стандард могао применити⁶³².

Стандард поштеног и правичног третмана у себи обухвата обавезу обезбеђивања транспарентног и стабилног правног оквира, поштовања легитимних очекивања страног улагача, забрану арбитрарног и дискриминаторног понашања државе пријема, обавезу обезбеђивања законитог поступка, обавезу поступања у доброј вери, без примене мера принуде⁶³³.

⁶²⁹ *Ibid.* Пара. 101: “Трибунал стога сматра да *Metalclad* није третиран правично и поштено према НАФТА и усвојен је тужбени захтев на основу члана 1105”; пара. 112: “ Коначно, Трибунал сматра да је Мексико извршио индиректну експропријацију улагање *Metalclad*-а, без пружања накнаде. Мексико је повредио члан 1110 НАФТА-е”.

⁶³⁰ То је истакао и арбитражни суд у случају *LG&E v Argentina*, наводећи да „Споразум не дефинише шта се подразумева под поштеним и правичним третманом”, те да „арбитражни суд мора да тумачи ову одредбу у доброј вери, у складу са уобичајеним значењем који ови термини имају, и у смислу њиховог предмета и циља, као што се то захтева по члану 31(1) Бечке конвенције”, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пара. 122.

⁶³¹ Види: *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial award, 17 March 2006, пара. 309. Понекад се и у БИТ-овим може наћи његово ближе одређење; види, на пример, члан 5, тач. 2. БИТ-а Кине и Узбекистана из 2011. године (Agreement between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Protection of Investments: *Fair and equitable treatment*” requires that investors of one Contracting Party shall not be willfully rejected to fairly judicial proceedings by the other Contracting Party or be treated with obvious discriminatory or arbitrary measures).

⁶³² Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment, стр. 126; види: *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пара. 152-154.

⁶³³ О овом види детаљније у Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, стр. xiii и даље.

Указано је већ на основну разлику која постоји у одредбама споразума о подстицању и заштити улагања која се тиче стандарда поштеног и правичног третмана - да ли се ова одредба доводи у везу са минималним стандардом третмана утврђеним међународним правом или не. Сматра се да обавеза пружања поштеног и правичног третмана у БИТ-у предвиђена као аутономан стандард пружа већу заштиту него када се доводи у везу са минималним стандардом третмана утврђеним обичајним међународним правом. Наиме, одредба БИТ-а у којој је овај стандард повезан са минималним стандардом третмана утврђеним обичајним међународним правом лимитира обим обавезе пружања поштеног и правичног третмана, а улагач мора да докаже шта се подразумева под овим стандардом на основу опште и доследне праксе држава када истиче да је дошло до његове повреде у конкретном случају⁶³⁴.

Осим тога, често остаје нејасно какво поступање се према овом стандарду захтева. У том смислу не можемо рећи ни да се предвиђањем аутономног стандарда постиже много јер се тада оставља простор арбитражним судовима да преиспитују поступања државе пријема по, такође, неодређеним стандардима поштења и правичности⁶³⁵.

Када је обавеза пружања поштеног и правичног третмана у БИТ-у предвиђена у вези са међународним правом, у начелу нема одступања од оног што важи када се та обавеза доводи у везу са минималним стандардом третмана утврђеним обичајним међународним правом, осим што он тада мора бити одређен позивањем на све изворе међународног права⁶³⁶.

Већина одредби билатералних споразума о подстицању и заштити улагања које

⁶³⁴ John Anthony VanDuzer, Penelope Simons, Graham Mayeda, *Integrating Sustainable Development Into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, Commonwealth Secretariat, 2013, стр. 148, 149.

⁶³⁵ *Ibid.*, стр. 149.

⁶³⁶ *Ibid.*, стр. 148.

је Република Србија закључила, а у којима је предвиђена обавеза поштеног и правичног третмана, спада у оне које нису повезане са минималним стандардом третмана⁶³⁷, а у овом облику, као самосталан стандард, га налазимо и у БИТ-овима које су друге државе закључиле⁶³⁸. Осим тога, овај стандард третмана се обично наводи у истој клаузули са обавезом пружања пуне заштите и безбедности⁶³⁹.

Са друге стране, Споразум између Србије и Кувајта предвиђа: „Улагања улагача било једне или друге Стране уговорнице ће у свако доба уживати правичан и равноправан третман и пуну заштиту и безбедност на територији друге Стране уговорнице, на начин који је у складу са признатим принципима међународног права и одредбама овог споразума. Ни једна ни друга Страна

⁶³⁷ Види, на пример, члан 3, тачка 1. Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом.

⁶³⁸ Види, на пример, Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d’Albanie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 1992 (чл. 5(1)); Agreement between Australia and the Republic of Hungary on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1991 (чл. 3, тач. 2); Agreement between Australia and the Government of the Republic of Peru on the Promotion and Protection of Investments, 1995 (чл. 3, тач. 2); Agreement between the Government of Australia and the Government of Romania on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1993 (чл. 3, тач. 2).

⁶³⁹ Види, на пример: чл. 2, тач. 2, Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Кабинета министара Украјине о узајамном подстицању и заштити улагања, 2001; чл. 2, тач. 2 Споразума између Владе Републике Македоније и Савезне Владе Савезне Републике Југославије о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996; члан 2, тач. 2 Споразума са Аустријом, 2001; чл. 2, тач. 2 Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања, 2011; чл. 2, тач. 2 Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања, 2009; чл. 2, тач. 2 Споразума између Црне Горе и Србије, 2009; чл. 3, тач. 2 Споразума Србије и Португалије, 2009; чл. 3, тач. 1 Споразума између Србије и Уједињених Арапских Емирата, 2013; чл. 2, тач. 3 Agreement between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Federal Republic of Yugoslavia Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 1995. У Водичу Светске банке се чак истиче да је један од значајних аспеката стандарда поштеног и правичног третмана пружање заштите и безбедности; Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investments, Volume II, стр. 20, пара. 27; доступно на: <http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>. Сматрамо да су, ипак, у питању два одвојена стандарда третмана страних улагања.

уговорница неће ни на који начин неразумним и дискриминаторним мерама наносити штету коришћењу, руковођењу, управљању, пословању, ширењу или продаји или другом виду располагања улагањима”⁶⁴⁰, док у Споразуму са Албанијом стоји следеће: „Улагања улагача једне уговорне стране на територији друге уговорне стране, у сваком тренутку, уживају правичан и поштен третман и пуну правну заштиту и безбедност. Ни у једном случају Страна уговорница неће пружити тим улагањима **третман неповољнији од оног који се захтева по међународном праву**”⁶⁴¹. Поменути споразуми, дакле, доводе стандард поштеног и правичног третмана у везу са међународним правом. У првом случају је предвиђена примена начела међународног права приликом тумачења обавезе поштеног и правичног третмана, те арбитражни суд не може то да чини изван обима и значења које међународно право признаје овом стандарду⁶⁴². У другом случају се не ради о стриктној примени одредби међународног права, већ међународно право представља основ испод којег се стандард поштеног и правичног третмана не може тумачити⁶⁴³. Сличну одредбу садржи и Уговор о енергетској повели, у члану 10(1): „...*Ни у једном случају се таквим улагањима неће пружити третман неповољнији од оног који се захтева по међународном праву, укључујући и обавезе по основу споразума...*” .

Поред наведених, одредба споразума који је Србија закључила са Канадом најдетаљније говори о односу стандарда поштеног и правичног третмана и међународног права. Ради се о клаузули у којој је стандард поштеног и

⁶⁴⁰ Члан 3, тачка 1 Споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004.

⁶⁴¹ Члан 3, тач.1 Agreement between The Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia and The Council of Ministers of the Republic of Albania on the Reciprocal promotion and protection of Investments, 2002; сличну одредбу налазимо и у споразуму са Шпанијом (члан 3, тач. 1 Agreement between the Kingdom of Spain and the Federal Republic of Yugoslavia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2002).

⁶⁴² Fair end Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, стр. 22.

⁶⁴³ *Ibid.* стр. 23.

правичног третмана у вези са минималним стандардом третмана странаца који предвиђа **обичајно међународно право**:

Члан 6

Минимални стандард третмана

*1. Свака страна пружа обухваћеном улагању **третман у складу са минималним стандардом третмана странаца који предвиђа обичајно међународно право, укључујући правичан и поштен третман и пуну заштиту и безбедност.***

2. Појмови „правичан и поштен третман” и „пуна заштита и безбедност” у параграфу 1 не захтевају додатни третман или третман изван оног који се захтева према минималном стандарду третмана странаца по међународном обичајном праву.

Повреда друге одредбе овог Споразума, или другог међународног споразума не представља повреду овог члана⁶⁴⁴.

Понекад се обавеза поштеног и правичног третмана у билатералним споразумима предвиђа са **обавезом пружања заштите и безбедности, али уз упућивање на међународно право⁶⁴⁵**, а у неким споразумима се у истој клаузули наводе **стандарди поштеног и правичног третмана, националног**

⁶⁴⁴ Agreement between Canada and the Republic of Serbia for the Promotion and Protection of Investments, 2014.

⁶⁴⁵ Treaty between the United States of America and the Republic of Bulgaria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1992; види и: Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Croatia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1996 (чл. 2, тач. 3 (а)), Treaty between the United States of America and Jamaica concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1994 (чл. 2, тач 2(а)).

третмана и најповлашћеније нације⁶⁴⁶. Осим тога, могуће је да је обавеза поштеног и правичног третмана наведена у **преамбули** билатералног споразума о подстицању и заштити улагања⁶⁴⁷.

Постоје, међутим, споразуми о подстицању и заштити улагања који **не садрже** одредбу којом се предвиђа обавеза поштеног и правичног третмана⁶⁴⁸. Одсуство ове одредбе у БИТ-овима није доминантно али је могуће, посебно у случајевима када државе увознице капитала настоје да га искључе због његове неодређености и непредвидивости⁶⁴⁹. Поставља се питање да ли у том случају страни улагач може да се позове на минимални стандард третмана странаца. Одговор зависи од тога на који начин је формулисана клаузула о механизму за решавање спорова између државе пријема и страног улагача. Уколико је она постављена довољно широко, тако да обухвата све спорове који се тичу страног улагања, а не само оне који представљају повреду споразума, страни улагач може да поднесе тужбени захтев за повреду минималног стандарда третмана странаца утврђеног обичајним међународним правом⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ Члан 3, тач. 1. Agreement between the Government of Romania and the Federal Government of the Federal Republic of Yugoslavia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1995. Види и чл. 3, тач. 2. Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1994 и чл. 4. Споразума између Хрватске и Швајцарске у којем је предвиђена пуна заштита и безбедност, забрана предузимања неоправданих и дискриминаторних мера (1), национални третман и третман најповлашћеније нације (2,3), Agreement between the Republic of Croatia and Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1996.

⁶⁴⁷ Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investments between the Government of the Republic of Serbia and the Government of the Republic of Indonesia, 2011 (није на снази). Види и, на пример, Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 2003.

⁶⁴⁸ Види, на пример: Romania and Egypt Agreement on the promotion and mutual guarantee of capital investments (with protocol), 1976; Japan and Sri Lanka Agreement concerning the promotion and protection of investments (with agreed minutes), 1982.

⁶⁴⁹ VanDuzer, Simons, Mayeda, *op. cit.*, стр. 147.

⁶⁵⁰ Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, стр. 18,19.

Осим тога, примена стандарда поштеног и правичног третмана у спору у којем БИТ не садржи одредбу којом се он предвиђа, је могућа путем клаузуле најповлашћеније нације, као на пример у случају *ATA Construction v Jordan*: „*Арбитражни суд указује да, на основу члана II(2) Споразума (клаузула најповлашћеније нације), тужени има обавезу да пружи поштен и правичан третман улагању тужиоца (БИТ закључен између Велике Британије и Јордана) и третман који није неповољнији од оног који се захтева по међународном праву (БИТ између Шпаније и Јордана)*”⁶⁵¹. Дакле, у овом случају, БИТ између Турске и Јордана није садржао одредбу којом се предвиђа обавеза поштеног и правичног третмана, те се арбитражни суд на њену примену позвао на основу клаузуле најповлашћеније нације, односно одредбе БИТ-а који је Јордан закључио са Уједињеним Краљевством.

1.1.1.3. Обавеза пружања пуне заштите и безбедности страном улагању

Стандард пуне заштите и безбедности се традиционално односи на физичку заштиту ствари и лица који су повезани са страним улагањем. Она у том смислу може да обухвата и деловање полицијских снага и правног система како би се остварио овај циљ. Новија пракса показује да примена овог стандарда третмана превазилази оквире који се тичу само обезбеђења физичке заштите и односи се на пружање и правне сигурности улагачу и његовој инвестицији кроз осигурање поштовања правних услова под којим је улагање предузето, односно стабилности правног оквира државе пријема⁶⁵². Повреда стандарда пуне заштите и безбедности може да постоји „у случају да држава пропусти да спречи настанак штете, да успостави стање које је постојало пре наступања

⁶⁵¹ *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, фуснота 16, стр. 64.

⁶⁵² Giuditta Cordero Moss, Full Protection and Security у *Standards of Investment Protection*, ed. by August Reinisch, Oxford University Press, 2008, стр. 131, 132.

штете, или да казни лице које је нанело повреду. Повреду може да учини држава пријема, њен орган, или неко физичко лице”⁶⁵³.

Питање које је још увек актуелно у вези са овим стандардом третмана, као и са стандардом поштеног и правичног третмана, јесте да ли је он независан стандард који се налази у споразумима о подстицању и заштити улагања или представља стандард обичајног међународног права. Дебата се нарочито повела након обавезујућег тумачења члана 1105(1) Комисије НАФТА за слободну трговину где је истакнуто да овај члан одражава минимални стандард третмана утврђен обичајним међународним правом и да не захтева третман изван оног што се захтева обичајним међународним правом. Са друге стране, могли бисмо овај члан посматрати и као упућивање на примену општег међународног права јер то проистиче из самог наслова члана - Минимални стандард третмана, а и сам члан тако предвиђа: „Свака страна уговорница пружа улагањима улагача друге уговорне стране третман у складу са **међународним правом**, укључујући правичан и поштен третман и пуну заштиту и безбедност”. У сваком случају, ово тумачење су дужни да примењују само они арбитражни судови које обавезује НАФТА споразум и не односе се на тумачење других закључених споразума о подстицању и заштити улагања⁶⁵⁴.

Обавеза пружања пуне заштите и безбедности се често налази у истој одредби споразума о подстицању и заштити улагања као обавеза пружања поштеног и правичног третмана улагања, као на пример у члану 1105(1) НАФТА, те су арбитражни судови почели да разматрају питање да ли повреда стандарда поштеног и правичног третмана представља и повреду обавезе пружања пуне заштите и безбедности. Тако је, на пример, у случају *Occidental Exploration v*

⁶⁵³ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, пара. 355.

⁶⁵⁴ Christoph Schreuer, Full Protection and Security, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, стр. 10, 11.

Esaiador истакнуто: „Арбитражни суд, дакле, сматра да је тужени повредио своју обавезу пружања поштеног и правичног третмана из члана II (3) (a) Споразума. У овом контексту питање да ли постоји и повреда пружања пуне заштите и безбедности из овог члана постаје беспредметно с обзиром на то да третман који није поштен и правичан аутоматски обухвата и одсуство пуне заштите и безбедности улагања”⁶⁵⁵. У случају *Azurix v Argentina* арбитражни суд је сматрао да се ради о одвојеним, али међусобно повезаним стандардима третмана: „У неким билатералним инвестиционим споразумима, стандарди поштеног и правичног третмана и пуне заштите и безбедности се појављују као јединствени стандард, док су у другим то одвојени стандарди заштите. [Овај] БИТ спада у ову другу категорију;....⁶⁵⁶ Арбитражни суд је уверен у међусобну повезаност поштеног и правичног третмана и обавезе пружања улагачу пуне заштите и безбедности... пуна заштита и безбедност подразумева заштиту и безбедност која превазилази ону коју пружа полиција. Није реч само о физичкој безбедности; стабилност која се пружа безбедним инвестиционим окружењем је са тачке гледишта улагача такође битна. Арбитражни суд је свестан да се у скораињим споразумима о слободној трговини које су закључиле Сједињене Америчке Државе, на пример, са Уругвајем, пуна заштита и безбедност схвата као полицијска заштита која се предвиђа обичајним међународним правом. Међутим, када се појмови „заштита и безбедност” квалификују са „потпуна”, без неког другог придева или објашњења, они у свом уобичајеном значењу подразумевају да овај стандард превазилази физичку безбедност. Арбитражни суд закључује да, пошто тужени није пружао поштен и правичан третман улагању, такође је повредио и стандард пуне заштите и безбедности предвиђен БИТ-ом”⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Award, 1 July 2004, пара. 187.

⁶⁵⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пара. 407.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, пара. 408.

Коначно, поставља се питање да ли је обавеза пружања заштите и безбедности страном улагању апсолутна. У одлукама арбитражних судова налазимо да се не ради о апсолутној обавези. Тако је, на пример, у случају *Lauder v Czech Republic* истакнуто да споразум „предвиђа да улагање ужива пуну заштиту и безбедност, али не садржи даљу дефиницију ове обавезе, те арбитражни суд сматра да споразум обавезује стране да поступају са таквом дужном пажњом приликом заштите страног улагања која је разумна у датим околностима. Међутим, споразум не обавезује стране уговорнице на пружање заштите страном улагању у случају сваког могућег губитка вредности улагања који настане радњом лица која се не може приписати држави. Таква заштита би заправо довела до неограничене одговорности, што се држави не може наметнути, осим уколико је то изричито предвиђено одредбом споразума”⁶⁵⁸.

Већина билатералних споразума о подстицању и заштити улагања које је Република Србија закључила са другим државама садржи одредбе везане за овај стандард третмана страних улагања⁶⁵⁹. Међутим, различити су начини на који је ова обавеза у њима формулисана. Понекад је овај стандард повезан са националним третманом и третманом најповлашћеније нације⁶⁶⁰. У споразуму са Шпанијом је наведено да „такав инвестициони третман ни у ком случају *није неповољнији од оног који се захтева по међународном праву*”⁶⁶¹. У вези са овим је битно истаћи и одредбу Споразума са Кувајтом: „Улагања улагача било једне или друге Стране уговорнице ће у свако доба уживати правичан и равноправан

⁶⁵⁸ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001, пара. 308. Види и *Tecmed v Mexico*, Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пара. 177: „*Арбитражни суд се слаже...да гаранција пуне заштите и безбедности није апсолутна и не намеће неограничену одговорност државе која је пружа*”.

⁶⁵⁹ У Споразумима које је наша држава закључила са Шведском и Румунијом не налазимо одредбе које се односе на стандард пуне заштите и безбедности страних улагања.

⁶⁶⁰ Члан 4, тач. 1 Споразума са Ираном. Види и члан 2, тач. 2 споразума са Италијом који предвиђа да “улагања улагача једне стране уговорнице уживају поштен и правичан третман, пуну заштиту и безбедност на територији друге стране уговорнице, у складу са чланом 3 овог споразума”, а члан 3 се односи на национални третман и третман најповлашћеније нације.

⁶⁶¹ Члан 3, тач. 1 Споразума са Шпанијом.

третман и пуну заштиту и безбедност на територији друге Стране уговорнице, на начин који је у складу са признатим принципима међународног права и одредбама овог споразума...”⁶⁶². Коначно, већ помињана одредба Споразума са Канадом предвиђа да:

1. Свака страна пружа обухваћеном улагању третман у складу са минималним стандардом третмана странаца које предвиђа обичајно међународно право, укључујући правичан и поштен третман и пуну заштиту и безбедност.
2. Појмови „правичан и поштен третман” и „пуна заштита и безбедност” у параграфу 1 не захтевају додатни третман или третман (из)ван оног који се захтева према минималном стандарду третмана странаца по међународном обичајном праву...⁶⁶³.

Из изнетог се могу видети различити начини формулисања обавезе пружања пуне заштите и безбедности страном улагању у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања Републике Србије, а слична решења налазимо и у БИТ-овима које су друге државе закључиле⁶⁶⁴. Међутим, досадашња арбитражна пракса показује да то није утицало на њихову примену од стране арбитражних судова⁶⁶⁵.

⁶⁶² Члан 3, тач. 1 Споразума са Кувајтом.

⁶⁶³ Члан 6. Споразума са Канадом.

⁶⁶⁴ Види: Giuditta Cordero Moss, *op. cit.*, стр. 133, 134.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, стр. 135, 136.

1.1.2. Релативни стандарди третмана

1.1.2.1. Обавеза пружања националног третмана

Стандард националног третмана бисмо могли одредити као обавезу државе пријема да пружа страним улагачима третман који је *бар толико повољан*⁶⁶⁶ као третман који пружа домаћим улагачима у сличним околностима. На тај начин се остварује једнакост између ових улагача, односно конкурентност страног улагача према домаћим у држави пријема⁶⁶⁷. Имајући у виду да је једна од сврха БИТ-ова привлачење страних улагања, јасно је зашто се одредбе које се односе на национални третман сматрају веома битним⁶⁶⁸.

Одредбе које се односе на национални третман страних улагања у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања имају своје порекло у споразумима о трговини⁶⁶⁹, али се свакако по обиму и сврси од њих разликују. Наиме, главно питање у погледу примене националног третмана у инвестиционим споразумима је да ли се он примењује у свим фазама улагања, укључујући и прединвестициону⁶⁷⁰, што је настало као резултат постојања два

⁶⁶⁶ У БИТ-овим које је Република Србија закључила се обично наводи „третман који није неповољнији” (енг. *treatment no less favourable*), мада се могу пронаћи и другачији термини са истим значањем, као на пример у случају Споразума закљученог са Алжиром - „једнак третман” (енг. *equal treatment*).

⁶⁶⁷ National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, стр. 1.

⁶⁶⁸ Qianwen Zhang, Opening Pre-Establishment National Treatment in International Investment Agreements: An Emerging 'New Normal' in China?, *Asian Journal of WTO & Int'l Health Law & Policy*, Vol. 11, 2016, стр. 439.

⁶⁶⁹ National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, стр. 7. Сматра се да је стандард националног третмана страних улагања „скроман” уколико га посматрамо у односу на развој међународне трговине и инвестиција након Другог Светског рата; Don Wallace, David Bailey, The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions, *Cornell International Law Journal*, Vol. 31, Iss. 3, Article 7., 1998, стр. 615.

⁶⁷⁰ National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, стр. 7, 9.

модела ове одредбе у БИТ-овима: модел према којем се обавеза националног третмана односи на улагање након што је оно установљено и модел према којем се ова обавеза примењује и раније, у прединвестиционој фази⁶⁷¹.

У БИТ-овима Републике Србије се налазе и оне одредбе којима се не предвиђа обавеза пружања националног третмана у прединвестиционој фази и оне у којима је то обухваћено. Наиме, већина наших БИТ-ова не прописује да се ова обавеза односи на прединвестициону фазу, већ само, као у Споразуму са Украјином „...у погледу управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховим улагањима”⁶⁷². Од мултилатералних споразума, у ову групу спада одредба члана 10(7) Уговора о енергетској повељи: „Свака страна уговорница пружа на својој територији улагањима улагача друге уговорне стране, и са њима повезаним активностима укључујући управљање, одржавање, коришћење, уживање или располагање, третман који није мање повољан од оног који пружа улагањима домаћих инвеститора...”. Са друге стране, у Споразуму са Канадом (чл. 4, тач 1 и 2) је предвиђено да се ова обавеза односи и на прединвестициону фазу: „Свака страна ће обезбедити улагачима друге стране третман који је једнако повољан као третман који се на њеној територији обезбеђује, у датим околностима, сопственим улагачима у погледу **оснивања, стицања, ширења, управљања, спровођења, пословања, продаје или другог располагања улагањем.....**”. Исто тако, у Споразуму са Уједињеним Арапским Емиратима је прописано да „свака уговорна страна на својој

⁶⁷¹ Qianwen Zhang, *op. cit.*, стр. 440.

⁶⁷² Види на пример и: члан 3. Споразума Аустрије и Индије (Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1999); члан 4. Споразума између Босне и Херцеговине и Швајцарске (Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2003); члан 3. Споразума између Уједињених Арапских Емирата и Русије (Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2010); члан 3. Споразума између Мексика и Кине (Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008).

територији пружа улагачима друге уговорне стране у погледу **стицања**, развоја, управљања, одржавања, коришћења, проширења, продаје или другог располагања инвестицијом, третман који није неповољнији од оног који пружа домаћим улагачима или улагачима било које треће државе, у зависности од тога шта је за улагача повољније”⁶⁷³ или на пример, у Споразуму са Немачком: „Ни једна уговорна страна неће улагачима друге уговорне стране, у погледу њихових пословних активности у вези са инвестицијом, пружити третман који је мање повољан од оног који пружа домаћим улагачима или улагачима треће државе”⁶⁷⁴. Сматрамо да се и у наведеним споразумима ради о проширивању обавезе пружања националног третмана страном улагању и на прединвестициону фазу. Сличну одредбу садрже и БИТ-модел Сједињених Америчких Држава⁶⁷⁵ и БИТ модел Канаде⁶⁷⁶, а срећемо је и у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања закљученим између других држава⁶⁷⁷. Остаје да се види да ли ће се овај тренд наставити и приликом закључења нових билатералних споразума о подстицању и заштити улагања⁶⁷⁸.

⁶⁷³ Члан 4, тач. 2 Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима; види и чл. 3, тач. 1 Споразума са Финском.

⁶⁷⁴ Члан 3(2) Споразума са Немачком.

⁶⁷⁵ Члан 3. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

⁶⁷⁶ Члан 3 БИТ-модела Канаде, Agreement between Canada and _____ for the Promotion and Protection of Investments, 2004.

⁶⁷⁷ Види, на пример: чл. 3(2) Споразума између Кине и Немачке (Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2003): ...*(2) Each Contracting Party shall accord to investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment not less favourable than that accorded to the investments and associated activities by its own investors*; члан 4. Споразума између Јапана и Ирана (Agreement between Japan and the Islamic Republic of Iran on reciprocal promotion and protection of investment, потписан 2016, није на снази): *1. Each Contracting Party shall in its Territory accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favourable than that it accords in like circumstances to its own investors and their investments or to investors of any non-Contracting party and their investments with respect to investment activities, whichever is more favourable to the investor.*

⁶⁷⁸ Неопходно је напоменути да арбитражна пракса није уједначена по питању шта би требало поредити, односно који су критеријуми по којима се процењује да ли је дошло до повреде овог

У билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања које је Република Србија закључила, обавеза пружања националног третмана страним улагањима се углавном наводи са обавезом пружања третмана најповлашћеније нације⁶⁷⁹. Изузетак налазимо, на пример, у Споразуму закљученом са Канадом, где се она налази у посебном члану⁶⁸⁰.

1.1.2.2. Обавеза пружања третмана најповлашћеније нације

Обавеза пружања третмана најповлашћеније нације је, као и обавеза пружања националног третмана страном улагачу/улагању несамостални стандард третмана, јер је за његову примену неопходно постојање неког другог (повољнијег) третмана. На његову примену се страни улагач може позвати једино ако је он предвиђен у клаузули споразума о подстицању и заштити улагања или националном законодавству. Државе приликом закључивања БИТ-ова у великој већини прихватају ову обавезу. Ово је и разумљиво јер би у супротном то довело до различитог третмана улагача из различитих држава, што би често могло негативно да утиче на доношење одлуке о инвестирању у

стандарда; О овом види више у: Andrea Bjorklund, *National Treatment у Standards of Investment Protection* (ed. by August Reinisch), Oxford University Press, 2008, стр. 29-58.

⁶⁷⁹ Члан 3 Споразума са Украјином. Види и, на пример, чл. 3 Споразума са Алжиром; члан 3 Споразума са Босном и Херцеговином; члан 4 Споразума са Хрватском; чл. 3 Споразума са Чешком; чл. 3 и 4 Споразума са Данском; чл. 3 Споразума са Мађарском (где је посебно наглашено у тач. 3 (ц) „по основу било ког мултилатералног инвестиционог споразума чији је уговорна страна уговорница или то може да постане”); чл. 4 Споразума са Индијом; члан 3 Споразума са Израелом (тач. 3 (ц) „било који посојећи или будући билатерални или мултилатерални споразум који се односи на заштиту интелектуалне својине, (д) било који Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања закључен пре јула 2003. године између Израела и неке треће државе”); чл. 3 Споразума са Италијом; чл. 3 Споразума са Либијом; чл. 3 Споразума са Литванијом; чл. 3 Споразума са Црном Гором; чл. 3 Споразума са Мароком; чл. 3 Споразума са Пољском; чл. 4 Споразума са Португалијом (посебно је наглашено у тач. 3 да се третман најповлашћеније нације примењује приликом решавања спорова); чл. 3 Споразума са Словачком; чл. 3 Споразума са Словенијом; чл. 4 Споразума са Шпанијом; чл. 5 Споразума са Швајцарском.

⁶⁸⁰ Члан 4. Споразума са Канадом.

одређеној економији.

Клаузулом најповлашћеније нације се држава пријема обавезује да страном улагачу (или његовом улагању) пружи третман који није неповољнији од оног који пружа улагачу (или његовом улагању) неке треће државе. То заправо значи да се улагач који је држављанин државе која је са државом пријема закључила споразум о подстицању и заштити улагања (основни споразум) може позвати на примену релевантних одредби споразума о подстицању и заштити улагања који је држава пријема закључила са неком другом државом. Свакако да је реч о одредбама споразума које се односе на третман који је повољнији за улагача.

Правне карактеристике одредби које се односе на третман најповлашћеније нације би се могле свести на следеће:

1. Обавеза пружања третмана најповлашћеније нације мора бити предвиђена у конкретном споразуму о подстицању и заштити улагања.
2. Она подразумева упоређивање третмана који се пружа страним улагачима који су држављани, односно имају припадност две различите државе, у објективно сличним околностима.
3. Примена клаузуле најповлашћеније нације је заснована на принципу *eiusdem generis*, што значи да је могућа само уколико се ради о истој врсти правних односа која је предвиђена и у споразуму са трећом државом, на који се улагач позива.
4. Да би се доказала повреда третмана најповлашћеније нације, мање повољан третман мора да се заснива или произлази из држављанства страног улагача⁶⁸¹.

Неколико је питања која се постављају приликом анализе одредби споразума о подстицању и заштити улагања која се односе на третман најповлашћеније нације. Једна група се тиче домашаја његове примене - да ли су њиме

⁶⁸¹ Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on International Investment Agreement II, 2010, стр. xiii-xiv.

обухваћени и страни улагач и улагање, као и да ли се примењује и у прединвестиционој фази. У другу групу питања бисмо могли сврстати она која се односе на утврђивање у којој мери се примењују повољније одредбе споразума закљученог између државе пријема и треће државе које се тичу како материјалноправне заштите, тако и оних које се тичу процесноправне заштите.

Клаузула најповлашћеније нације се у БИТ-овима које је Република Србија закључила са другим државама најчешће налази у истој одредби у којој је предвиђена обавеза државе пријема да страним улагачима пружи национални третман⁶⁸². Међутим, може да стоји и одвојено од ње, као што је случај у Споразуму закљученом између Србије и Канаде. Осим тога, у нашим БИТ-овима је најчешће предвиђено⁶⁸³ да се третман најповлашћеније нације примењује и у односу на улагача⁶⁸⁴ и у односу на улагање⁶⁸⁵. Међутим, то не мора увек да буде случај. Наиме, понекад се **страни улагач искључује из примене** третмана најповлашћеније нације. Пример налазимо у Споразуму закљученом са Шведском, где је само наведено да се „улагањима држављана или компанија

⁶⁸² Види у делу који се односи на обавезу пружања националног третмана у БИТ-овима Републике Србије.

⁶⁸³ Види, на пример, чл. 3 Споразума са Кипром; чл. 3 Споразума са Чешком; чл. 3 Споразума са Данском; чл. 3 Споразума са Мађарском; чл. 3 Споразума са Израелом; чл. 3 Споразума са Италијом; чл. 3 Споразума са Казахстаном; чл. 3 Споразума са Корејом; чл. 3 Споразума са Либијом; чл. 3 Споразума са Литванијом; чл. 3 Споразума са Црном Гором; чл. 3 Споразума са Мароком; чл. 4 Споразума са Нигеријом; чл. 4 Споразума са Португалијом; чл. 3 Споразума са Словачком; чл. 3 Споразума са Словенијом; чл. 4 Споразума са Шпанијом; чл. 5 Споразума са Швајцарском; чл. 3 Споразума са Украјином; чл. 4 Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима; чл. 3 Споразума са Уједињеним Краљевством.

⁶⁸⁴ Понекад се у самом тексту споразума не користи термин „улагач”, него се наводи „држављани или правна лица друге уговорне стране” (чл. 3 Споразума са Малтом; види и чл. 4 Споразума са Ираном).

⁶⁸⁵ БИТ-ови Републике Србије углавном предвиђају да ради о „улагањима”. Међутим, нешто другачије одреднице налазимо, на пример, у Споразуму са Немачком (чл.3(1)) који истиче да ће „свака страна уговорница обезбедити улагањима улагача друге стране уговорнице или улагањима у којима учествују улагачи друге стране уговорнице...” или, још чешће - „улагањима и приходима од улагања” (нпр. чл. 3 Споразума са Словачком; чл. 3 Споразума са Уједињеним Краљевством; чл. 4 Споразума са Хрватском; чл. 3 Споразума са Чешком; чл. 3 Споразума са Босном и Херцеговином).

било које државе уговорнице, на територији друге државе уговорнице, неће пружити третман који је неповољнији од оног који се пружа улагањима држављана или компанија треће државе”⁶⁸⁶. Исто тако, могуће је да се примена третмана најповлашћеније нације односи само на страног улагача, док се улагање искључује из примене. Практичне последице оваквих одредби се огледају у томе да улагач и улагање имају различиту правну заштиту. То је и разумљиво с обзиром да су улагачи и улагања, иако међусобно повезани, формално различите категорије и могу уживати различита права према споразумима о подстицању и заштити улагања⁶⁸⁷.

У појединим БИТ-овима се наводи у којим случајевима се третман најповлашћеније нације примењује или, што је чешће, у којим случајевима се не примењује⁶⁸⁸. Тако је, на пример, у Споразуму са Италијом прописано да се одредбе које се односе на обавезу пружања третмана најповлашћеније нације неће тумачити тако да обавезују једну државу уговорницу да улагачима друге државе уговорнице даје било какву предност у третману, преференцијале или привилегије које прва држава уговорница може дати улагачима трећих земаља, на основу:

(1) чланства у економској унији, царинској унији, слободној трговинској зони, монетарној унији или сличног међународног споразума којим се оснивају такве уније или успостављају други облици међународне сарадње, чији потписник јесте или може постати било која Страна Уговорница, или

(2) било каквог међународног споразума или аранжмана који се у целости или делимично односи на избегавање двоструког опорезивања или на олакшавање локалне пограничне трговине⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Чл. 2(2) Споразума са Шведском; види и Споразум са Турском.

⁶⁸⁷ Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on International Investment Agreement II, 2010, стр. 19.

⁶⁸⁸ Види и Анекс II у вези са чл. 17(3) Споразума са Канадом.

⁶⁸⁹ Члан 3, тачка 4 Споразума са Италијом. Ова одредба се односи и на обавезу пружања националног третмана.

На питање да ли се примена третмана најповлашћеније нације односи и на прединвестициону фазу, можемо по аналогiji применити оно што је речено када је било речи о примени националног третмана на прединвестициону фазу.

На основу свега изнетог што се тиче питања домашаја примене клаузуле најповлашћеније нације можемо закључити следеће: примена третмана најповлашћеније нације може да се односи и на улагање и на улагача, а у неким БИТ-овима је предвиђена ова клаузула којом је искључена једна од ових категорија; примена третмана најповлашћеније нације може да се односи и на прединвестициону фазу, али у већини ових клаузула то није предвиђено.

Коначно, размотрићемо питање у којој мери арбитражни судови примењују повољнији третман предвиђен клаузулом најповлашћеније нације.

Већ је у претходним поглављима поменуто да у пракси арбитражних судова тужиоци често ову клаузулу користе како би остварили примену повољније клаузуле поштеног и правичног третмана из неког другог БИТ-а. Скорашњи спор између тужилаца - руског држављанина и две компаније које су основане по праву Русије, и Монголије у својству тужене државе, представља пример ове праксе. Тужилац је, позивајући се на клаузулу најповлашћеније нације у БИТ-у између Русије и Монголије, захтевао да се, у погледу поштеног и правичног третмана улагања, примењују одредбе БИТ-ова закључених између Сједињених Америчких Држава и Монголије, односно Данске и Монголије, које су за њега повољније јер су пружале ширу заштиту, без ограничења. Арбитражни суд је овакав захтев прихватио⁶⁹⁰.

У случају *Arif v Moldova* је арбитражни суд стао на становиште да је захтев тужиоца да, путем клаузуле најповлашћеније нације „уведе” **кишобран клаузулу**

⁶⁹⁰ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, пара. 242.

из другог БИТ-а оправдан. Арбитражни суд је најпре истакао да је то могуће учинити јер је „кишобран клаузула, по правној природи, клаузула којом се успоставља материјалноправна, а не процесноправна обавеза”⁶⁹¹. Након тога је закључио да члан 4 БИТ-а између Француске и Молдавије садржи клаузулу најповлашћеније нације која је „широко прописана и не ограничава њену примену на неку одређену материјалноправну обавезу предвиђену БИТ-ом. Због тога арбитражни суд сматра да клаузула најповлашћеније нације може да увезе кишобран клаузулу (материјалноправну, по својој природи) било из БИТ-а Молдавије и Уједињеног Краљевства или БИТ-а који је Молдавија закључила са Сједињеним Америчким Државама и тиме прошири примену повољнијег стандарда заштите по основу ње...”⁶⁹².

Наведени примери показују да арбитражни судови сматрају да је примена повољније одредбе споразума закљученог између државе пријема и треће државе често оправдана. Свакако, доминантно схватање у арбитражној пракси је да се приликом тумачења и примене клаузуле најповлашћеније нације треба водити текстом саме одредбе у конкретном БИТ-у и правилима тумачења предвиђеним у Бечкој конвенцији⁶⁹³. Због тога је јасно зашто арбитражни суд у спору између америчке компаније *CMS* и Аргентине није прихватио њену примену. Наиме, овде је тужилац, позивајући се на клаузулу најповлашћеније нације, сматрао да одредбу која за улагача није повољна не би требало применити јер таква одредба не постоји у споразумима које је Аргентина закључила са другим државама. Арбитражни суд је о томе заузео следећи став: *„Иако се тужилац позвао на примену клаузуле најповлашћеније нације коју Споразум садржи јер други споразуми које је Аргентина закључила не садрже одредбу која је слична одредби члана XI, арбитражни суд сматра да та*

⁶⁹¹ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, пара. 169.

⁶⁹² *Ibid.*, пара. 396.

⁶⁹³ Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, стр. 16.

клаузула нема никакву улогу у овом случају. **Према томе, уколико такви споразуми садрже друге одредбе које су исте врсте као она из члана XI, а предвиђају третман повољнији за улагача, могуће је позвати се на примену клаузуле најповлашћеније нације. Међутим, само непостојање такве одредбе у другим споразумима не иде у прилог овом ставу, а свакако представља повреду начела *eiusdem generis*, како је то исправно истакао тужени”** ⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пара. 377.

2. Примена обичајног међународног права

Уводна разматрања

Обичајна правила која се односе на заштиту страних улагања настају, мењају се и престају да постоје као и било која друга обичајна правила. Већина аутора сматра да је у питању динамична област права, која стално еволуира⁶⁹⁵, а такав став налазимо и у одлукама арбитражних судова⁶⁹⁶.

О примени правила међународног обичајног права у међународном праву страних улагања су се одувек водиле расправе и заузимали различити ставови. Сматра се да је то један од главних разлога због чега су се државе одлучивале на закључивање билатералних споразума о подстицању и заштити улагања⁶⁹⁷. Често се у том смислу говори као о својеврсном парадоксу који је појавио у међународном инвестиционом праву. Наиме, недостатак правила обичајног међународног права је довео до појаве БИТ-ова и њиховог интензивног закључивања. То би логично значило потискивање примене правила међународног обичајног права. Међутим, догодило се сасвим супротно: ширење мреже БИТ-ова је довело до поновног враћања обичајном међународном праву као извору међународног инвестиционог права⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ Tarcisio Gazzini, The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, No. 5, 2007, стр. 694.

⁶⁹⁶ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пара. 345; [Тужилац је истакао да је тужени свој аргумент у вези минималног стандарда засновао на стандарду из случаја *Neer* из 20-тих година прошлог века и да је он од тада еволуирао, на шта је и указано у случају *Mondev*: минимални стандард данас не може да буде ограничен садржајем обичајног међународног права које су примењивали арбитражни судови 1920. године...].

⁶⁹⁷ Jean d'Aspremont, International Customary Investment Law: Story of a Paradox, ACIL Research Paper No 2011-08, finalized 8 August 2011,

доступно на: https://pure.uva.nl/ws/files/1280481/137341_SSRN_id1916713.pdf, стр. 11 и даље.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, стр. 19.

Најзначајније питање које се поставља приликом примене правила обичајног међународног права јесте управо његов однос према билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања. Указаћемо на два схватања у вези са тим⁶⁹⁹.

Једно од схватања је да **БИТ представља *lex specialis***. Налазимо га у одлуци у случају *Amoco v Iran*, где је арбитражни суд истакао да „**споразум, као *lex specialis* има предност у примени у односу на примену обичајног међународног права, као *lex generalis*-а**. То, међутим, не значи да је обичајно међународно право ирелевантно у овом случају. Напротив, правила обичајног међународног права могу бити погодна за попуњавање празнина у споразуму, утврђивање значења недефинисаних термина у његовом тексту, или уопште, као помоћ у тумачењу и примени његових одредби”⁷⁰⁰. Газини (*Gazzini*) подржава ово схватање и сматра да је споразум о подстицању и заштити улагања *lex specialis* и када постоји јасно правило у споразуму нема потребе примењивати обичајно међународно право, а у случају сукоба има првенство у примени⁷⁰¹. Комисија за међународно право, такође, истиче да је споразум о подстицању и заштити улагања супериоран у односу на обичајно међународно право: „Иако формално не постоји хијерархија између извора међународног права, постоји, међутим, **неформална хијерархија** која настаје путем поступка којем правници приступају када утврђују меродавно право, полазећи од *lex specialis* ка *lege generali*, а то је обично од текста споразума ка обичајном праву и општим правним начелима”⁷⁰². Исто тако је и Институт за међународно право у вези са

⁶⁹⁹ Више види: José E. Alvarez, A Bit on Custom, *International Law and Politics*, vol. 42, 2009, стр. 17-80.

⁷⁰⁰ *Amoco International Finance Corporation v Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company*, Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 310-56-3, 14 July 1987, 83 ILR, стр. 541, пара. 112.

⁷⁰¹ Tarcisio Gazzini, The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment, стр. 697, 698.

⁷⁰² Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006; UN General

односом споразума и обичаја дао предност одредбама споразума:

„Споразум и обичај чине различите, међусобно повезане, изворе међународног права. Норма једног извора може да има утицај на садржај и тумачење норми другог извора...

Не постоји *a priori* хијерархија између споразума и обичаја као извора међународног права. Међутим, **приликом примене** међународног права, релевантне норме споразума ће бити супериорне у односима међу странкама у односу на норме обичајног права”⁷⁰³.

Још једну потврду *lex specialis* карактера БИТ-ова налазимо и у оном што је предвиђено приликом примене Правила о одговорности државе за међународно противправне акте (у даљем тексту: Правила о одговорности држава; Правила) који представљају кодификована правила обичајног међународног права: „Ови чланови се неће применити у случају и у оном обиму у коме су услови постојања неког акта противног међународном праву или садржина и остваривање међународне одговорности државе регулисане специјалним правилима међународног права”⁷⁰⁴.

Са друге стране, поједини аутори сматрају да БИТ-ови немају *lex specialis* карактер. Алварез (*Alvarez*) истиче да је погрешно посматрати инвестиционе споразуме као *lex specialis* који нису повезани са обичајним међународним правом и општим правним начелима⁷⁰⁵. У прилог томе је истакао да „постоје поједини аспекти БИТ-ова који су *lex specialis*. Међутим, постоје и многе друге

Assembly; Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the VCLT; доступно на: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf), пара. 463.

⁷⁰³ Problems Arising from a Succession of Codification Conventions on a Particular Subject, Institut de Droit International, Session of Lisbonne - 1995,

доступно на: http://www.justitiaepace.org/idiE/resolutionsE/1995_lis_01_en.pdf.

⁷⁰⁴ *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, General Assembly, Official Records, Fifty-sixth session, Supplement no. 10 (A/56/10), 2001, члан 55.

⁷⁰⁵ José E. Alvarez, *op. cit.*, стр. 20.

одредбе у БИТ-овима које се, посредно или непосредно, ослањају на опште међународно право или изражавају намеру њихових твораца да потврде традиционална начела одговорности државе према странцима⁷⁰⁶. Инвестициони споразуми, бар у једном делу, представљају изричит напор да се страним улагачима пружи традиционална заштита предвиђена међународним правом, укључујући међународни минимални стандард, пуну заштиту и безбедност и заштиту од ускраћивања правде. **Релевантним клаузулама је обухваћена и заштита предвиђена обичајним међународним правом, као део заштите предвиђене БИТ-ом; оне не искључују примену општих правних правила, као што то чини *lex specialis*”⁷⁰⁷**. Сандс (*Sands*), такође, сматра да је становиште по којем БИТ-ови имају *lex specialis* карактер у односу на правила обичајног међународног права спорно и указује да би требало поново размотрити примену члана 31(3)(ц) Бечке конвенције о уговорном праву, те га посматрати као основно средство које би омогућило примену каснијег обичајног правила у односу на споразум⁷⁰⁸.

Дамбери истиче да у теорији постоји и схватање да **БИТ-ови представљају ново обичајно међународно право** и да је садржај ова два извора (БИТ-ова и обичајног међународног права) у основи исти⁷⁰⁹. Он је, међутим, то веома јасно оспорио истичући да БИТ-ови не садрже два основна елемента обичајног међународног права: они не представљају доследну и уједначену праксу држава, са једне стране, а са друге им недостаје *opinio juris* - свест о правној обавезности јер се закључују првенствено из економских разлога⁷¹⁰. Сложићемо се да је прихватљиво његово схватање и у делу у којем истиче да БИТ-ови несумњиво

⁷⁰⁶ *Ibid.*, стр. 31.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, стр. 33.

⁷⁰⁸ Philippe Sands, Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 1, Iss. 1, Article 4, 1998, стр. 101, 105.

⁷⁰⁹ Patrick Dumbery, Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?, *Penn State International Law Review*, vol. 28:4, 2010, стр. 676.

⁷¹⁰ *Ibid.*, стр. 684 и даље.

обликују и преобликују обичајно међународно право и тиме утичу на његов развој. Према мишљењу Дамберија, БИТ-ови то чине на два начина. Један је путем „кодификације” - када се у одређеној одредби БИТ-а кодификује постојеће обичајно правило. Други начин је тај да одредба БИТ-а може да се посматра као подстицај или полазна тачка за стварање новог обичаја путем праксе држава, односно да пракса држава постане обичај. У овом случају БИТ-ови могу да допринесу да се нова правила обичајног међународног права „искристализују” у будућности⁷¹¹. Међутим, он сматра да БИТ-ови свакако не представљају нови обичај у међународном инвестиционом праву⁷¹². Потврду оваквог схватања налазимо и у једном новијем случају који је решаван пред Међународним судом правде у којем је истакнуто да „чињеница... да су различити међународни споразуми, као што су споразуми о подстицању и заштити улагања и Вашингтонска конвенција, утврдили посебан правни режим меродаван за заштиту улагања или да су одредбе у том смислу предвиђене у уговорима који су закључени директно између држава и страних улагача, **није довољна да укаже на то да је дошло до промене у обичајним правилима** о дипломатској заштити; то исто важи и обрнуто”⁷¹³.

У сваком случају, неспорно је да се ради о два различита извора права страних улагања и оба заузимају битна места у овом систему. Билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања су творевине међународног јавног права и њихова примена је чврсто везана за ово право⁷¹⁴. Међутим, они свакако имају утицаја на стварање нових правила обичајног међународног права. Са друге стране, примена обичајног међународног права може да ограничи дискреционо право арбитра приликом одлучивања о суштини спора, позивањем на примену

⁷¹¹ *Ibid.*, стр. 695, 696.

⁷¹² *Ibid.*, стр. 681.

⁷¹³ *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), International Court of Justice, Preliminary objections, Judgment of 24 May 2007, пара. 90.

⁷¹⁴ Campbell McLachlan, *Is There an Evolving Customary International Law on Investment?*, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, стр. 257.

обичајног међународног права уколико текст БИТ-а то дозвољава⁷¹⁵ и примењује се у више ситуација. У наведеној одлуци *Amoco v Iran* су наведене две улоге међународног обичајног права: **приликом тумачења БИТ-ова**, као међудржавних споразума и **попуњавање правних празнина** у случају када БИТ неко питање не уређује. Овоме бисмо додали и примену обичајног међународног права када између државе пријема капитала и државе чији је држављанин страни улагач уопште **не постоји билатерални споразум о подстицању и заштити улагања**, као и када сам **БИТ упућује на примену обичајног међународног права**⁷¹⁶, на шта је и указано у претходном поглављу.

2.1. Примена обичајног међународног права приликом тумачења споразума о подстицању и заштити улагања

Чланови 31-33 Бечке конвенције о уговорном праву одражавају примену обичајног међународног права на све споразуме закључене између држава, па тако и на билатералне споразуме о подстицању и заштити улагања. У случају *Phoenix Action Ltd v Czech Republic* је истакнуто: „Неспорно је да је за тумачење ИКСИД конвенције и БИТ-а меродавно међународно право, укључујући и обичајна начела о тумачењу садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву и општим начелима међународног права”⁷¹⁷. То значи да наведена правила тумачења чине део меродавног права када арбитражни судови примењују ове споразуме, и то и у случају да држава уговорница БИТ-а није приступила Бечкој

⁷¹⁵ *Ibid.*, стр. 258.

⁷¹⁶ Patrick Dumberry, Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?, стр. 698-700.

⁷¹⁷ *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009, пара. 75. Види и *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004, пара. 75, где је постојала несагласност странака у погледу примене члана 9(2) БИТ-а, те је арбитражни суд истакао да „спроводи тумачење овог члана у складу са члановима 31-33 Бечке конвенције о уговорном праву која представља израз обичајног међународног права”.

конвенцији⁷¹⁸.

Ови чланови гласе:

Одељак 3

ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА

Члан 31

Опште правило о тумачењу

1. Уговор се мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.

2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, увода и укључених прилога:

а) сваки споразум у вези са уговором који постоји између чланица приликом закључивања уговора;

б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихвате остале чланице као инструмент који се односи на уговор.

3. Као и о контексту, водиће се рачуна:

а) о сваком доцнијем споразуму између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредби;

б) о свакој доцнијој пракси у вези са применом уговора којим је постигнут споразум између чланица у погледу тумачења уговора;

ц) о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица.

4. Израз се узима у посебном смислу ако се утврди да је таква била намера страна уговорница.

Члан 32

⁷¹⁸ Види, на пример: *Rafat Ali Rizvi v The Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 July 2013, пара. 41.

Допунска средства тумачења

Може се позивати на допунска средства тумачења, посебно на припремне радове као и на околности у којима је уговор био закључен, у циљу да се потврди смисао који произилази из примене члана 31 или да се одреди смисао када је тумачење дато према члану 31:

- а) двосмислено или нејасно; или
- б) доводи до резултата који је очигледно апсурдан или неразуман.

Члан 33

Тумачење уговора оверених на два или више језика

1. Ако је један уговор оверен на два или више језика, његов текст је веродостојан на тим језицима, осим ако уговором није одређено или се чланице не договоре да у случају неслагања важи један одређени текст.
2. Превод уговора на неком другом језику осим језика на којима је текст оверен, сматра се веродостојним текстом само ако то уговор предвиђа или ако су се чланице о томе договориле.
3. Изрази у уговору сматра се да имају смисао у разним веродостојним текстовима.
4. Осим у случају када одређени текст има предност на основу тачке 1, ако упоређивање веродостојних текстова покаже разлику коју применом чланова 31 и 32 није могуће одстранити, усваја се смисао који, водећи рачуна о предмету и циљу уговора, најбоље усклађује ове текстове⁷¹⁹.

Текст Конвенције, дакле, садржи општа правила о тумачењу споразума. Осим тога, изричито је наведено да *travaux préparatoires*, као и околности у којима је уговор био закључен, представљају помоћни извор приликом тумачења, који се примењује након примене члана 31. Конвенције. Коначно, члан 33. се тиче

⁷¹⁹ Бечка конвенција о уговорном праву (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), ратификована и објављена у Сл. листу СФРЈ- Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72.

проблема тумачења споразума који су усвојени на два или више језика те имају исту веродостојност.

Широко је прихваћено да члан 31. Бечке конвенције представља јасан водич за тумачење споразума, те тиме доприноси доследности и предвидивости у међународном инвестиционом праву⁷²⁰. Његовом правилном применом могу се избећи несугласице које могу да доведу чак и до погрешне примене меродавног права⁷²¹. Он не садржи само правило, већ и **метод тумачења** споразума. Према једном аутору „*синтетички израз ове методе се налази у члану 31(1), из којег друге одредбе формирају концентричне кругове, али увек у вези са центром гравитације, тј. текстом који се тумачи*”⁷²². Дакле, језичко тумачење би требало првенствено примењивати. Међутим, то не значи чисто дословно тумачење, јер су контекст, предмет, и циљ споразума у сталној интеракцији са уобичајеним значењем одредби које се тумаче. Како се чланом 31. ствара оквир у којем се остварује дискреционо право тумача, на све поменуто би требало обратити пажњу⁷²³. Асенсио (*Ascensio*) истиче да је члан 31. доказао своју ефикасност у међународном праву и да је постигнут добар баланс односа и улога његових различитих елемената, те да би га требало тумачити једноставно и пажљиво⁷²⁴.

Са друге стране, постоји мишљење да правила Конвенције омогућавају арбитражним судовима да приликом тумачења споразума фаворизују различите методе тумачења или различите елементе (текст, контекст и циљ). У вези са тим је проф. Ђајић указала на један забрињавајући тренд који постоји у пракси арбитражних судова који одступа од општег правила о тумачењу. Реч је, како

⁷²⁰ Hervé Ascensio, Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, стр. 366.

⁷²¹ *Ibid.*, 366, 367.

⁷²² *Ibid.*, 386.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ *Ibid.*, стр. 387.

наводи, о томе да арбитражни судови дају предност циљном тумачењу у односу на текстуално јер се позивају на преамбулу БИТ-а у којој се обично налазе циљеви БИТ-а, и то користе као оправдање за своје ставове у корист улагача и на тај начин проширују његову заштиту. Она критикује овакву праксу јер се тиме нарушава равнотежа елемената (текст, контекст и циљ) који би требало да имају једнак значај приликом тумачења⁷²⁵.

Затим, у оквиру општих правила тумачења је у члану 31(3)(ц) предвиђено да се приликом тумачења води рачуна и о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица. Реч је, дакле, о осталим правилима међународног права која као помоћна средства могу да се користе приликом тумачења међународног уговора. Сматрамо да је овај члан формулисан довољно широко да обухвата примену обичајних правила, као помоћног средства у овом процесу. Често се истиче да је овај члан посебно користан да би се међународни правни поредак заштитио од фрагментације⁷²⁶. У вези са тим је Комисија за међународно право заузела неколико ставова⁷²⁷. Између осталог је истакнуто да „свака одредба споразума стиче правну обавезност по основу општег права, и садржи права и обавезе које постоје заједно са правима и обавезама које су предвиђене другим одредбама споразума

⁷²⁵ Види: Сања Ђајић, О циљном тумачењу међународних уговора о заштити страних улагања: од преамбуле до преамбуле, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, стр. 577–595.

⁷²⁶ Joost Pauwelyn, Manfred Elsig, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals* у *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (Jeffrey L. Dunoff, Mark A. Pollack), Cambridge University Press, 2013, стр. 448.

⁷²⁷ Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006; UN General Assembly; Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the VCLT; доступно на: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf ; пара. 410-480.

и правилима обичајног међународног права⁷²⁸”, као и да „принцип системске интеграције указује на потребу да се нормативно окружење шире посматра”⁷²⁹.

Што се тиче члана 32 (који се односи на допунска средства тумачења), концепт *travaux préparatoires* се односи на сва писана документа која су се донела у поступку који је водио закључењу споразума. То су, на пример, (успешни) нацрти споразума, записници о преговорима, састанци комисије и пленарна заседања итд⁷³⁰. Према самој његовој формулацији, нису искључена ни друга допунска средства тумачења. Међутим, он не говори ништа ни о питању да ли припремни радови мултилатералних конвенција могу да се примењују у поступку против држава које нису учествовале у преговорима, али су касније приступиле споразуму⁷³¹.

У погледу околности у којима је споразум закључен, сматра се да се оне односе на политичке, економске, социјалне и културне факторе, као и било које друге елементе или догађаје који су допринели да стране закључе споразум⁷³².

У наставку рада ћемо се бавити применом обичајног међународног права у случајевима постојања одговорности државе за акте супротне међународном праву. Најпре ћемо разматрати питање да ли се акти одређених правних лица/ентитета или појединаца могу приписати држави према правилима међународног права, те да ли држава може да буде одговорна за случај да ови акти представљају повреду међународноправне обавезе. Потом ћемо

⁷²⁸ *Ibid.*, пара. 414.

⁷²⁹ *Ibid.*, пара. 415.

⁷³⁰ Makane Moïse Mbengue, Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, стр. 389.

⁷³¹ *Ibid.*, стр. 390, 391.

⁷³² *Ibid.*, стр. 392. Већина арбитражних судова примењује овај члан на одговарајући начин, али има и оних који ова допунска средства користе на начин који није у сагласности са Бечком конвенцијом; *ibid.* стр. 412.

анализирати примену обичајног међународног права приликом утврђивања стандарда накнаде код незаконите експропријације, као и примену овог права у случајевима искључења одговорности државе за акте супротне међународном праву (стање нужде и виша сила). Коначно, последњи део који се односи на питање примене обичајног међународног права у инвестиционим споровима се тиче питања да ли искоришћеност локалних правних лекова представља услов за наступање повреде материјалноправног стандарда.

2.2. Примена обичајног међународног права у случајевима постојања одговорности државе за акте супротне међународном праву

2.2.1. Приписивост акта држави

Према члану 2. Правила о одговорности држава Комисије за међународно право неопходно је постојање два услова да би неки акт државе био противан међународном праву: да се акт може приписати држави по међународном праву, и да он представља кршење међународних обавеза те државе. Да ли се неки акт може приписати држави се утврђује према правилима **обичајног међународног права**⁷³³. Правила о одговорности држава садрже одредбе које се односе на ово питање, те ћемо на њих указати уз анализу одговарајуће арбитражне праксе.

Када су у питању акти **државних органа**, неспорно је да се њихови акти приписују држави према правилима међународног права. Члан 4. Правила о

⁷³³ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 216. Ретко се у споразумима о подстицању и заштити улагања налазе одредбе везане за ово питање. Изузетак, у коме је чак и сама држава признала одговорност налазимо у случају *Grand River Enterprises v America*. Тужиоци су истакли да поступања неколико америчких држава у вези са имплементацијом МСА (*Master Settlement Agreement*) представља повреду њихових права из главе 11 НАФТА споразума. Сједињене Америчке Државе су сматрале да, у складу са овим споразумом, постоји њена међународна одговорност за поступање ових држава; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, пара. 1.

одговорности држава о томе прописује: „1. Поступање било ког државног органа се сматра актом те државе према међународном праву, без обзира да ли орган врши законодавну, извршну, судску или неку другу функцију, без обзира на место које има у организацији државе и без обзира да ли има карактер органа централне власти или територијалне јединице државе. 2. Орган укључује и било коју особу или ентитет који има тај статус по унутрашњем праву државе”.

Примену овог правила налазимо у случају *Eureko v Poland*. Наиме, Државни трезор Пољске је са холандском компанијом *Eureko* закључио Уговор о куповини акција, а касније и Анекс уз њега. Када је настао спор између ових странака, поставило се питање приписивости акта држави. Тужени је истакао да према пољском праву, активности министра Државног трезора у погледу Уговора нису резултат вршења државне власти и стога се не могу приписати Пољској⁷³⁴. Према ставу арбитражног суда, овакво схватање би значило да ови уговори представљају грађанскоправне уговоре између два пословна партнера који спадају искључиво у област грађанског права и која нису повезана са вршењем државне власти Државног трезора⁷³⁵. Он то није прихватио, сматрајући да је супротно признатим правилима и начелима међународног права⁷³⁶. Најпре је указао на члан 4. Правила о одговорности државе, а потом и на коментар професора Крофорда (*Crawford*)⁷³⁷ који истиче да је за приписивост ирелевантно да ли државни орган поступа у комерцијалном својству или предузима „*acta jure gestionis*”, као и да ли је према националном праву посебно правно лице. Коначно је арбитражни суд закључио да „*без обзира на статус Државног трезора према праву Пољске, из перспективе међународног права, које је овај арбитражни суд обавезан да примењује, Република Пољска је одговорна за поступања Државног трезора према*

⁷³⁴ *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad hoc arbitration, Partial Award, 19 August 2005, пара. 123.*

⁷³⁵ *Ibid.*, пара. 124.

⁷³⁶ *Ibid.*, пара. 125.

⁷³⁷ *Ibid.*, пара. 128-132.

компанији *Eureko*. Оваква поступања су, уколико представљају акте који су супротни међународном праву, очигледно приписиви туженој...⁷³⁸.

Арбитражна пракса потврђује примену обичајног међународног права и када се **поступање органа нижег нивоа власти** приписује држави: „Према међународном праву... општеприхваћено је да су поступци политичке јединице федералне државе, као што је покрајина *Tucumán* у федералној држави Републици Аргентини, приписиви централној власти. Исто тако је јасно да национално уставно уређење било које државе не може да утиче на ове обавезе. Коначно, специјални извештач Комисије за међународно право... је указао на то да је „утврђено начело” да федерална држава „не може да се позива на федерални или децентрализовани карактер њене организације како би ограничила поље своје међународне одговорности”⁷³⁹.

Када је у питању **приписивост поступања одвојених ентитета**, арбитражни судови о томе одлучују примењујући обичајно међународно право - Правила о одговорности држава (чланови 5-8, односно поступања лица или ентитета који врше елементе државне власти; поступање органа којег је друга држава ставила на располагање; прекорачење овлашћења или понашање супротном упутствима; поступање којим управља или које контролише држава). Указаћемо на начин на који то чине.

У случају *Hamester v Ghana* је *Hamester*, компанија основана по праву Немачке и сукцесор немачке компаније *Schröder*, 1992. године закључила Уговор о заједничком улагању са *Cocobod*-ом⁷⁴⁰. Циљ Уговора о заједничком улагању је био обнова старе фабрике за прераду какаоа која је била у власништву

⁷³⁸ *Ibid.*, пара. 134.

⁷³⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000, пара. 49.

⁷⁴⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, пара. 22.

Cocobod-а како би она могла да користи најбољу технологију и успостави максимизацију производних капацитета какаоа у Гани. У ту сврху су уговорне стране основале компанију *Wamco*, по праву Гане⁷⁴¹. Арбитражни суд је приликом утврђивања да ли *Cocobod*, сукцесор *Cocoa Marketing Board*-а Гане представља државни ентитет према члану 5. Правила о одговорности држава (поступања лица или ентитета који врше елементе државне власти)⁷⁴², анализирао његове циљеве и функције које има према Закону и утврђивао који су привредни, а који су државни⁷⁴³. На основу тога је закључио да су *Cocobod*-у поверене јавне функције. Наиме, арбитражни суд је сматрао да „пошто *Cocobod* има, између осталог, задатак да регулише тржиште и извоз какаоа, кафе и шеа семена; да побољша развој свих аспеката производње и прераде какаоа, да се бори против болести какао семена, а да би остварио ове функције, дата су му државна овлашћења... Штавише, у случају кршења прописа које је донео *Cocobod*, могао је да изриче казне. Сва ова права јасно указују да је, поред економских и привредних циљева, снабдевен и елементима „*puissance publique*”⁷⁴⁴ (елементима јавних овлашћења). Арбитражни суд је на основу тога закључио да је *Cocobod* ентитет који врши елементе државне власти, као што је предвиђено чланом 5 Правила о одговорности држава⁷⁴⁵. Међутим, тиме питање приписивости још није било решено. Наиме, арбитражни суд је сматрао да мора да провери сваки акт на који се тужилац позива и да утврди да ли је *Cocobod* вршио елементе државне власти приликом предузимања ових аката⁷⁴⁶. Он је при том истакао да према члану 5. Правила о одговорности држава,

⁷⁴¹ *Ibid.*, пара. 23.

⁷⁴² Члан 5. Правила о одговорности државе гласи: „Поступања лица или ентитета који не представљају орган државе у смислу члана 4, али су по праву те државе овлашћени да врше елементе државне власти сматраће се актом те државе по међународном праву, ако су у датом случају то лице или ентитет поступали у свом званичном својству”.

⁷⁴³ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, пара. 189.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, пара. 190.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, пара. 192.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, пара. 197.

уколико акти *Cocobod*-а на које се тужилац позива представљају вршење државне власти, они ће се приписати држави, а уколико се односе на трговинске односе, не могу се по том основу приписати држави. Дакле, да би се поступање приписало држави према члану 5. Правила није довољно да правно лице изван структуре државе само врши јавна овлашћења која су му поверена, већ конкретна активност која се приписује држави мора да буде предузета управо приликом вршења оваквих овлашћења.

Осим тога, арбитражни суд је сматрао да уколико ови акти нису приписиви држави на основу члана 5. Правила, могу бити приписиви држави по основу члана 8. уколико представљају поступање лица или групе лица по инструкцијама, упутствима или су под контролом државе⁷⁴⁷.

Тужилац је истакао да су промене у влади Гане, према његовом мишљењу, довеле до промена које се посебно огледају у цени какао зрна, што је за последицу имало наметање нове цене у компанији *Wamco*, а што је у супротности са чланом 7 Уговора о заједничком улагању⁷⁴⁸. Арбитражни суд је најпре у вези са тим истакао да су промене око политике цене какао зрна биле разматране много пре него што је пред крај 2000. године нова влада заменила стару⁷⁴⁹. Потом је анализирао различите договоре који су постигнути по основу Уговора о заједничком улагању како би утврдио да ли је споразум који се односи на цену из 2001. године усвојен на другачији начин у односу на остале, почевши од 1993. године⁷⁵⁰. На основу тих анализа је дошао до закључка да Влада није користила „*puissance publique*” да би изменила уговор о заједничком улагању, већ да је реч о два трговинска учесника који су узимали у обзир општу политику Гане и да у свему томе влада није наметала цену кроз поступања

⁷⁴⁷ *Ibid.*, пара. 201.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, пара. 205.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, пара. 220.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, пара. 221 и даље.

Cocobod-a⁷⁵¹. Арбитражни суд је споразум о цени из 2001. године окарактерисао као *acts de jure gestionis*, и закључио да се као такав не може приписати влади Гане⁷⁵². Арбитражни суд је, дакле, закључио да *Cocobod* у случају усвајања споразума о цени из 2001. године није предузео ниједан акт у вршењу јавних овлашћења који би се могао приписати Гани по основу члана 5 Правила⁷⁵³. Потом је анализирао да ли се поступања *Cocobod*-а у вези са овим питањем могу приписати Гани по основу члана 8 Правила и дошао до закључка да не могу јер није било доказа да је постојала било каква инструкција или упутство Владе којом је *Cocobod* био обавезан да једнострано наметне цену компанији *Wamco*, као ни било каква контрола Владе у погледу тога⁷⁵⁴.

Даље је тужилац указао и на то да члан 7. Уговора о заједничком улагању изричито предвиђа да *Wamco* у сваком тренутку има право да му буду испоручене све тражене количине какао зрна како би могао да послује пуним капацитетима. Пошто је 2002. године испорука била мања за 29.531 тону, тужилац је сматрао да је ова одредба уговора прекршена, а да то није последица мањка зрна у Гани него последица нове стратегије државе која предвиђа да се сви локални произвођачи једнако третирају⁷⁵⁵. И за ово је арбитражни суд сматрао да су акти који се не могу приписати Гани. Наиме, он је истакао да чак и да наведено представља повреду члана 7. Уговора, то је повреда која улази у домен чисто уговорног права. Арбитражни суд испоруку какао зрна није сматрао актом вршења државне власти и стога није могао да буде приписан држави. И овде су, дакле, у питању поступања *Cocobod*-а која представљају акте *ex jure gestionis*⁷⁵⁶, те се не могу приписати Гани по основу члана 5 Правила. Након тога је арбитражни суд анализирао да ли се поступања *Cocobod*-а могу

⁷⁵¹ *Ibid.*, пара. 248.

⁷⁵² *Ibid.*, пара. 250.

⁷⁵³ *Ibid.*, пара. 255.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, пара. 256.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, пара. 257, 258.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, пара. 266.

приписати Гани по основу члана 8 Правила. Како није нашао да постоје докази да је постојала било каква инструкција, упутство или контрола Владе којом је она утицала на одлуку *Cocobod*-а да смањи количину тражене испоруке компанији *Wamco*, закључио је да не постоји основ по којем би се ово могло приписати Гани по основу члана 8 Правила⁷⁵⁷.

Коначно, тужилац је истакао и да је дошло до експропријације његових управљачких права⁷⁵⁸. Арбитражни суд је у вези са овим захтевом сматрао да би требало анализирати поступања председника борда директора компаније *Wamco*, који је и један од представника компаније *Cocobod* у борду директора компаније *Wamco* (на пример, давање инструкције генералном менаџеру да суспендује извоз компаније *Wamco*, захтев генералном менаџеру да настави производњу без обзира на наредбу директора компаније *Wamco* да се она обустави, одбијање закључења привременог споразума које је предложио директор компаније *Wamco*)⁷⁵⁹ и поступања различитих власти у Гани⁷⁶⁰. Због тога је разматрао релевантне документе, установио да је реч о супротстављеним интересима већинског и мањинског акционара, односно *Wamco*-а и *Cocobod*-а, и закључио да у њима не постоји ниједно поступање које би се могло окарактерисати као поступак *puissance publique* који би се могао приписати држави⁷⁶¹, те да се не могу приписати Гани по основу члана 5 Правила⁷⁶². Као и у претходним случајевима, арбитражни суд је утврдио да се ни ова поступања не могу приписати Гани по члану 8 Правила јер нису постојали докази да је Гана давала било какву инструкцију или упутство у вези са поменутиим документима, нити да је имала било какву контролу над њиховим садржајем или постојањем⁷⁶³.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, пара. 267.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, пара. 270.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, пара. 282.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, пара. 279.

⁷⁶¹ *Ibid.*, пара. 283.

⁷⁶² *Ibid.*, пара. 284.

⁷⁶³ *Ibid.*, пара. 285.

Арбитражни суд је, дакле, на основу ових анализа закључио да се наведена поступања *Cocobod*-а у вези са споразумом о цени, мањом испоруком какао зрна, као и захтевом за експропријацију не могу приписати Гани⁷⁶⁴. Поред наведеног, арбитражни суд је сматрао и да се закључење Уговора о заједничком улагању не може приписати Гани јер је тај уговор закључен између компанија *Hamester* и *Cocobod*, док Гана није била наведена као уговорна страна, није потписала уговор, нити на било који начин може да се закључи да јој је то била намера. Због тога се, према мишљењу арбитражног суда, овакво поступање *Cocobod*-а не може приписати Гани по основу члана 5 Правила јер ништа не указује да је *Cocobod* закључио уговор у вршењу јавних овлашћења. Исто тако, арбитражни суд је сматрао да се такво поступање не може приписати Гани ни по члану 8 Правила јер нису постојали докази да је *Cocobod* закључио уговор по инструкцијама, упутствима или под контролом Гане⁷⁶⁵.

У случају *Electrabel v Hungary* је арбитражни суд, такође, разматрао приписивост поступања одвојених ентитета држави. Овде је постојао Уговор о куповини електричне енергије који су мађарске компаније *Dunamenti* и *MVM* закључиле 1995. године. Обе компаније су тада биле у готово искључивом власништву Мађарске. Белгијска компанија *Electrabel* је након тога инвестирала средства у компанију *Dunamenti* и стекла њене акције. Када је Мађарска 2004. године постала пуноправни члан Европске уније, Европска комисија је захтевала од Мађарске да раскине Уговор о куповини електричне енергије јер је утврдила да постоји незаконито пружање државне помоћи. *Electrabel* је поднела тужбени захтев арбитражном суду истичући да Мађарска није пружила поштен и правичан третман улагања из Уговора о енергетској повељи тиме што је раскинула Уговор о куповини електричне енергије на основу одлуке Европске комисије и није јој пружила адекватну накнаду⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, пара. 347.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ Извор:

У овом случају се поставило питање да ли се поступања *MVM*, ентитета који је под контролом државе али је одвојено правно лице⁷⁶⁷, могу приписати Мађарској. Мађарска је сматрала да не могу јер су у питању привредне активности ове компаније⁷⁶⁸. *Electrabel* се позвала на члан 8. Правила о одговорности држава који предвиђа: „Поступање лица или групе лица се сматрају актом државе по међународном праву ако то лице или група лица поступају по упутствима државе, или су под њеним управљањем или контролом”⁷⁶⁹. Арбитражни суд је даље указао на Коментар ових Правила који објашњава да је улога државе различита у зависности од тога да ли се ради о „поступању по упутствима државе” или „поступању под њеним управљањем или контролом”. У првом случају није битно да ли су лице или лица приватна лица, ни да ли њихово поступање укључује државну активност; најчешће се ови случајеви појављују када државни органи употпуњују своје активности тако што регрутују или подстичу приватна лица или групе које поступају „помоћно” и остају ван формалне структуре државе⁷⁷⁰. „Поступање под управљањем или контролом државе” се може приписати држави једино уколико је у питању посебна активност којом је држава управљала или која је била под њеном контролом, а њихово поступање је саставни део те активности; не односи се на поступања која су само узгредна или периферно повезана са активности и која су излазила ван управљања и контроле државе”⁷⁷¹. Потом је арбитражни суд указао на одлуку *Jan de Nul* у којој је истакнут степен контроле који је неопходан и довољан за приписивост: „међународна судска пракса је веома

<https://www.iisd.org/itn/2016/02/29/icsid-tribunal-dismisses-final-claim-for-compensation-in-relation-to-hungarys-2008-termination-of-power-purchase-agreement-electrabel-sa-v-republic-of-hungary-icsid-case-no-arb-07-1/>

⁷⁶⁷ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, пара. 7.95.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, пара. 7.62.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, пара. 7.63.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, пара. 7.66, ILC Commentary, James Crawford, *The International Law Commissions Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, 2002).

⁷⁷¹ *Ibid.*, пара. 7.68, ILC Commentary, James Crawford, *The International Law Commissions Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge, 2002), пара. 3.

захтевна да би се акт лица или ентитета приписао држави јер захтева општу контролу државе над лицем или ентитетом и посебну контролу над актом чија се приписивост процењује; ово је познато као тест „ефективне контроле”⁷⁷². Закључио је да „било која од ових алтернатива доводи до приписивости акта држави”⁷⁷³, као и да „иако поступање приватних лица или ентитета није, према међународном праву, приписиво држави као опште начело, фактичке околности могу довести до успостављања посебног односа између лица која су ангажована у поступању и државе. Због тога арбитражни суд мора да приликом утврђивања повреде Споразума испита да ли је постојало управљање или контрола Мађарске над поступањем *MVM*-а”⁷⁷⁴.

Electrabel је тврдила да је Мађарска давала инструкције *MVM* да снизи цене предвиђене Уговором о куповини електричне енергије закљученом између компанија *Dunamenti* и *MVM* значајно испод нивоа који је био договорен између уговорних страна⁷⁷⁵. Мађарска је тврдила да не постоји њена одговорност за поступања *MVM* јер су то поступања одвојеног ентитета који се не могу приписати држави⁷⁷⁶. Арбитражни суд је посебно разматрао да ли су министри и парламент укључени у наводне пропусте *MVM*-а да заврши годишње трговинске споразуме по Уговору о куповини електричне енергије, а у оквиру којих су, на годишњем нивоу, *Dunamenti* и *MVM* утврђивали цене, као и тврдње *Electrabel* да су поступања *MVM* приписива Мађарској јер је то компанија која је била 99.9% у државном власништву⁷⁷⁷. Испитивање подкомитета парламента

⁷⁷² *Ibid.*, пара. 7.69; *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, referring to Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, (*Nicaragua v United States of America*), Merits, Judgment of 27 June 1986, ICJ Reports 1984, para. 113, 115.

⁷⁷³ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 7.70.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, пара. 7.71.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, пара. 7.85.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, пара. 7.86.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, пара. 7.87.

начина на који Уговор функционише и спроводи општи регулаторни оквир се, према схватању арбитражног суда, не може сматрати „инструкцијама” које је парламент дао *MVM*-у⁷⁷⁸. Исти закључак је арбитражни суд имао и у погледу питања да ли су министри давали инструкције, а анализом релевантних доказа је утврдио да је *MVM* увек комуницирала са *HEO* - енергетским регулатором Мађарске⁷⁷⁹. Укратко, арбитражни суд није нашао ниједну инструкцију мађарског парламента (као законодавне власти државе) или министара (као извршне власти државе) која је дата *MVM*-у која се односи на цену у вези са годишњим трговинским споразумом, а која би представљала акт *MVM* који би се могао приписати Мађарској по међународном праву⁷⁸⁰. При томе је истакао да поступања *MVM* - које је посебан ентитет - нису *ipso facto* приписиве држави због тога што је она у државном власништву⁷⁸¹.

Исти став је арбитражни суд имао и о томе да ли се писмо *HEO*, чија је намера била да *MVM* и произвођачи ефективније преговарају, сматра инструкцијом која је дата *MVM*-у у преговорима о годишњем трговинском споразуму⁷⁸². Такође, он је сматрао да нема ни основа да закључи да је *MVM* поступао по инструкцијама Мађарске када је одбио да плати пун износ који је *Dunamenti* потраживао, након неуспелих преговора о новом годишњем трговинском уговору за 2008. годину. Према схватању арбитражног суда овде је реч о чисто трговинском спору, те се поступања *MVM* не могу приписати Мађарској по међународном праву⁷⁸³. Коначно, и у вези са годишњим трговинским споразумом из 2006. године арбитражни суд је дошао до истог закључка: „као што позив на преговоре није инструкција, утицај такође није инструкција и у сваком случају нема

⁷⁷⁸ *Ibid.*, пара. 7.90.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, пара. 7.91.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, пара. 7.94.

⁷⁸¹ *Ibid.*, пара. 7.96.

⁷⁸² *Ibid.*, пара. 7.97, 7.98, 7.103.

⁷⁸³ *Ibid.*, пара. 7.106.

приписивости акта држави”⁷⁸⁴. Арбитражни суд је истакао да су овде у питању билатерални трговински преговори између *Dunamenti* и *MVM* у оквиру постојећег уговорног односа⁷⁸⁵.

У приказаним случајевима уочавамо разлику коју су арбитражни судови препознали приликом примене Правила о одговорности држава. За разлику од члана 8. Правила о одговорности држава, према члану 5. су приписива само поступања проистекла из вршења државне власти која могу да се припишу, док су *чисто привредна поступања искључена*⁷⁸⁶. Ако овоме додамо и први анализирани случај у овом делу, долазимо до начина поступања арбитражних судова приликом одлучивања о овом питању - коришћењем тестова: структурални тест (који кореспондира са чланом 4)⁷⁸⁷, функционални тест (који кореспондира са чланом 5), и критеријум државне контроле (који кореспондира са чланом 8)⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, пара. 7.113. Овде се мисли на одређени утицај одлуке Европске комисије на Владу Мађарске у погледу *MVM*.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, пара. 7.136.

⁷⁸⁶ Simon Olleson, Attribution in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, стр. 473. *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, пара. 193: *The distinction between a State organ and a separate public entity is fundamental in this context. As “organs” participate in the structural setting of the State, all their acts are attributed to the State, whether commercial or not. In contrast, it is well established that for an act of a separate entity exercising elements of governmental authority to be attributed to the State, it must be shown that the precise act in question was an exercise of such governmental authority and not merely an act that could be performed by a commercial entity. This approach has been followed in national as well as international case law.*

⁷⁸⁷ Види *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, пара 399-403; Овде је арбитражни суд нашао да је државни орган наложио хотелу да прекине плаћање улагачу на основу уговора о заједничком улагању и да се тај акт може приписати Украјини. Међутим, до таквог закључка је дошао на основу чл. 4 Правила о одговорности (то би подразумевало да је хотел који је прекинуо плаћање државни орган), а не на основу чл. 8. Правила (што би било логично јер је хотел деловао на основу директног налога државног органа).

⁷⁸⁸ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *op. cit.*, стр. 221, 222.

У пракси арбитражних судова су се појавили и тзв. „*hard cases*” у овој области, где још увек нису заузети чврсти ставови. У њима налазимо питања као што су, на пример, да ли се поступање омбудсмана, ликвидационог управника или стечајног управника могу, и у којим случајевима приписати држави⁷⁸⁹.

2.2.2. Примена обичајног међународног права приликом утврђивања стандарда накнаде код (незаконите) експропријације

У делу о стандардима третмана указано је да БИТ-ови садрже клаузуле које се односе на забрану незаконите експропријације. У њима је предвиђен стандард накнаде у случају законите експропријације. Међутим, оне не пружају одговор на питање да ли се исти стандард користи и уколико је у питању незаконита експропријација. **Утврђивање накнаде за незаконито одузимање није регулисано споразумима о подстицању и заштити улагања, те је у том делу меродавно обичајно међународно право**⁷⁹⁰. Правила обичајног међународног права се, дакле, примењују приликом експропријације имовине странаца за попуњавање правних празнина у споразумима о подстицању и заштити улагања или када се захтева њихово тумачење⁷⁹¹.

Обичајно међународно право не забрањује да држава пријема изврши експропријацију, али се захтева да буду испуњени исти услови о којима је било речи у делу када је разматрана законитост експропријације у БИТ-овима. Иначе, једно од најспорнијих питања у вези са експропријацијом у праву страних улагања је било да ли постоји међународна обавеза државе пријема да пружи

⁷⁸⁹ Види више: Simon Olleson, Attribution in Investment Treaty Arbitration, стр. 473 и даље.

⁷⁹⁰ Sergey Ripinsky, Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, ВІСL, 2008, стр. 84; код нас види: Петар Ђундић, Последице разликовања законите и незаконите експропријације страног улагања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2011, стр. 599–612.

⁷⁹¹ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation, 2012, стр. 5.

накнаду страном улагачу за експроприсану инвестицију. Осим тога, постоје различита мишљења у погледу меродавног стандарда за израчунавање њене вредности⁷⁹², као и начина плаћања накнаде⁷⁹³.

С обзиром на то да и законита и незаконита експропријација, према обичајном међународном праву, обавезују државу пријема да пружи накнаду страном улагачу, поставља се питање у чему је онда разлика између њих. Одговор на ово питање је пронађен у обичајном међународном праву утврђеном у чувеном случају *Chorzów Factory*. Стални суд међународне правде је за случај незаконите експропријације истакао следеће: „Основно начело садржано у оваквом поимању незаконитог акта - начело које је, чини се, настало кроз међународну праксу и посебно путем одлука арбитражних судова - је да репарација мора, колико год је то могуће, отклонити све последице незаконитог акта и поново успоставити стање, које би сасвим вероватно, постојало да такав акт није учињен. Натурална реституција, или, уколико она није могућа, исплата суме која одговара вредности натуралне реституције; досуђивање, уколико је потребно, накнаде штете која је претрпљена и коју не би покрила натурална реституција, или новчана исплата уместо натуралне реституције - начела су која би требало користити да се одреди износ накнаде који се дугује за акт супротан међународном праву”⁷⁹⁴.

Овде је, дакле, Суд заузео став да се у случају незаконите експропријације дугује не само натурална реституција (или износ који се исплаћује наместо

⁷⁹² Клаузуле БИТ-ова могу да садрже методе за израчунавање накнаде за експроприсану имовину; о томе види више: Петар Ђундић, Методи израчунавања накнаде за извршену експропријацију страног улагања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015, стр. 1845–1860.

⁷⁹³ Suzy H. Nikièma, *Compensation for Expropriation*, The International Institute for Sustainable Development, 2013,

доступно на: http://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_EN.pdf, стр. 1.

⁷⁹⁴ *Case concerning the factory of Chorzow*, The Permanent Court of International Justice, Series A.-No. 17, Merits, 13th September, 1928, стр. 47.

натуралне реституције) већ и, када је потребно, износ преко тога ако је то неопходно да би се постигла пуна репарација – да се оштећени доведе у оно стање у којем би био да није наступила повреда међународног права. Даље је овај суд истакао да је накнада, за разлику од незаконите, у случају законите експропријације „ограничена на износ вредности компаније у време одузимања, уз камату до дана исплате”⁷⁹⁵.

Овом одлуком је констатовано да, репарација, у одсуству релевантне клаузуле БИТ-а, постоји као део општег међународног права које се примењује у случају незаконите експропријације. Начело пуне репарације је касније предвиђено и у Правилима о одговорности држава за међународно противправне акте⁷⁹⁶:

„Члан 31

Репарација

1. Одговорна држава је у обавези да изврши пуну репарацију за повреду учињену актом који је супротан међународном праву.
2. Повреда укључује накнаду био које штете, материјалне или нематеријалне, учињену међународно противправном актом неке државе.

Члан 34

Облици репарације

Потпуна репарација за повреде учињене актом који је супротан међународном праву се спроводи у форми реституције⁷⁹⁷,

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, General Assembly, Official Records, Fifty-sixth session, Supplement no. 10 (A/56/10), 2001.

⁷⁹⁷ Члан 35. се односи на реституцију и прописује: „држава одговорна за међународно противправан акт је у обавези да изврши реституцију, односно да поново успостави стање које је постојало пре него што је противправан акт учињен, под условом и у обиму да реституција: а)

накнаде⁷⁹⁸ и сатисфакције, појединачно или у комбинацији, у складу са одредбама ове главе”.

У коментару ових Правила се истиче да се од свих облика репарације, у међународној пракси најчешће примењује новчана накнада⁷⁹⁹. Како је натурална реституција често немогућа или неадекватна, новчаном накнадом се у том случају обезбеђује потпуна репарација⁸⁰⁰. Новчана накнада се углавном утврђује на основу правичне тржишне вредности експроприсане имовине⁸⁰¹.

Пракса арбитражних судова о овом питању се временом мењала. Тако је у *CME v Czech Republic* наведено да је „тужени, због повреде **Споразума** у обавези да изврши потпуну репарацију... за противправне акте и пропуштање”. Потом је арбитражни суд истакао да та обавеза постоји и због повреде правила међународног права, али је указао на релевантан члан споразума који предвиђа да „било која мера која лишава, директно или индиректно, улагача његове инвестиције, мора бити праћена одредбом о плаћању *правичне накнаде*. Таква накнада представља *праву вредност* улагања. Закључио је да, „*a fortiori, незаконите мере одузимања морају бити отклоњене правичном накнадом*”⁸⁰². Арбитражни суд је указао на одлуку донету у *Chorzów Factory* и Коментаре Правила о одговорности државе и истакао да је тужени у обавези да *отклони све последице* незаконитог акта и пропуштања. Како тужилац није захтевао натуралну реституцију (а она није ни била могућа у овом случају),

није фактички немогућа; б) не представља несразмеран терет у односу на користи које би се њом постигле уместо новчаном накнадом”.

⁷⁹⁸ Члан 36. се односи на новчану накнаду: „1. Држава која је одговорна за међународно противправан акт је у обавези да новчано надокнади штету проузроковану тим актом, уколико она није надокнађена реституцијом. 2. Новчана накнада покрива сваку штету која се може финансијски проценити, као и изгубљену добит уколико је утврђена”.

⁷⁹⁹ Коментар (2) уз чл. 36.

⁸⁰⁰ Коментар (3) уз чл. 36.

⁸⁰¹ Коментар (22) уз чл. 36.

⁸⁰² *CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, пара. 615.

тужени је обавезан да исплати новчану накнаду у износу који одговара вредности реституције. То је правична тржишна вредност тужиоачевог улагања пре повреде споразума учињене од стране туженог⁸⁰³.

У случају *ADC v Hungary* је главно питање било да ли применити БИТ стандард накнаде или стандард предвиђен обичајним међународним правом⁸⁰⁴. Пошто БИТ, као *lex specialis* не садржи стандард накнаде у случају незаконите експропријације, арбитражни суд је применио стандард обичајног међународног права, указавши на одлуку у случају *Chorzów Factory* и на касније одлуке где је то потврђено⁸⁰⁵ као и на релевантне одредбе Правила о одговорности државе за акте супротне међународном праву⁸⁰⁶. Арбитражни суд је, међутим, сматрао да се овај случај разликује од *Chorzów Factory* јер је вредност улагања након експропријације знатно увећана⁸⁰⁷. Због тога је закључио да примена стандарда накнаде *Chorzów Factory* захтева да датум утврђивања вредности буде датум доношења одлуке, а не дан када је експропријација извршена јер је неопходно да се тужилац стави у онај положај у којем би се налазио да се експропријација није догодила⁸⁰⁸.

У овом случају је, дакле, констатовано да БИТ не садржи одредбе о утврђивању накнаде у случају незаконите експропријације и арбитражни суд је применио стандард обичајног међународног права, док је у *CME v Czech Republic* нашао да се стандард обичајног међународног права и стандард из БИТ-а не разликују, односно да њихова примена води истом резултату у погледу одређивања износа накнаде. Наведена два случаја се разликују у утврђивању вредности

⁸⁰³ *Ibid.*, пара. 618.

⁸⁰⁴ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, пара. 480.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, пара. 483, 484 и даље.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, пара. 494.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, пара. 496.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, пара. 497.

експроприсане имовине: реституција се у *CME v Czech Republic* постиже исплатом вредности улагања непосредно пре повреде БИТ-а, док је у случају *ADC v Hungary* заузет став да је потребно узети још у обзир и увећање вредности улагања до којег је дошло након повреде и пре пресуђења, како би тужиоци били у потпуности обештећени, те је као последица тога дан доношења одлуке меродаван за њено утврђивање.

До закључка сличном оном из предмета *ADC v Hungary* је дошао и арбитражни суд у случају *Siemens v Argentina*. Након што је утврдио да је Аргентина извршила експропријацију страног улагања која представља повреду одредби БИТ-а те да је незаконита, арбитражни суд је истакао да је право меродавно за утврђивање новчане накнаде обичајно међународно право⁸⁰⁹. Потом је указао на основну разлику између накнаде која је предвиђена Правилима о одговорности држава за међународно противправне акте и метода коришћеног у случају *Chorzów Factory* са једне стране и члана 4(2) Споразума о подстицању и заштити улагања, са друге: према првима, приликом утврђивања накнаде се мора узети у обзир „сва финансијска штета која се може проценити”, односно „отклонити све последице незаконитог акта”, док је према Споразуму накнада „једнака вредности експроприсаног улагања”. Због тога је арбитражни суд сматрао да, према правилима обичајног међународног права, *Siemens* има право на накнаду вредности инвестиције не само на дан експропријације, већ и на свако повећање њене вредности до дана доношења одлуке, укључујући и штету која настане као последица тога⁸¹⁰. Овде, дакле, накнада обухвата и увећање вредности улагања након што је извршена незаконита експропријација.

Занимљива је одлука донета у случају *Kardassopoulos v Georgia*. Арбитражни суд је утврдио да натурална реституција више није могућа, те да је неопходно

⁸⁰⁹ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, пара. 349.

⁸¹⁰ *Ibid.*, пара. 352.

утврдити износ накнаде за незакониту експропријацију⁸¹¹. Том приликом је истакао да за виши износ накнаде који предвиђа обичајно међународно право мора да постоји чињенични основ. У сваком случају она се не односи на пунитивну (казнену) одштету⁸¹². Коначно је арбитражно веће закључило да се „у одређеним околностима пуна репарација у случају незаконите експропријације утврђује на дан доношења арбитражне одлуке. Новчана накнада за вредност увећану од дана експропријације до дана доношења одлуке би била одговарајућа уколико би се доказало да би улагање тужиоца наставило да постоји да га држава није одузела. То, међутим, овде није било случај”⁸¹³. Реч је, дакле, о томе да се за одређивање накнаде у време доношења одлуке захтевао доказ да би тужиоци наставили да послују да нису били спречени од стране државе. У овом случају су, међутим, постојали докази о томе да су тужиоци желели да отуђе своје улагање пре него што је извршена експропријација, те је због тога арбитражни суд сматрао да је потребно износ накнаде утврдити према стандарду обичајног међународног права, али да се пуна репарација, у овом конкретном случају, обезбеђује плаћањем износа који одговара вредности експроприсаног улагања коју је оно имало непосредно пре одузимања⁸¹⁴.

Још један пример у којем је арбитражни суд применио обичајно међународно правило за незакониту експропријацију, узимајући у обзир све околности случаја, представља спор *Unglaube v Costa Rica*. Овде је у питању била индиректна експропријација дела земљишта на обали океана. Арбитражни суд је у овом случају закључио да примена стандарда обичајног међународног права и стандарда из БИТ-а дају идентичан резултат, а то је правична тржишна вредност: „Оба приступа - и онај у случају *Chorzów Factory* и „вредност експроприсаног улагања..” коју налазимо у члану 4(2) [БИТ-а], према мишљењу

⁸¹¹ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010, пара. 512.

⁸¹² *Ibid.*, пара. 513.

⁸¹³ *Ibid.*, пара. 514.

⁸¹⁴ *Ibid.*, пара. 517.

арбитражног суда, предвиђају примену стандарда правичне тржишне вредности... У оба приступа, на пример, када је имовина незаконито експроприсана, оштећена страна може захтевати увећану вредност улагања коју је оно могло стећи до дана доношења одлуке, као и припадајуће трошкове”⁸¹⁵. Потом је арбитражни суд указао на случајеве у којима је стандард обичајног међународног права примењен због експропријације компанија које су генерисале профит (када се исплаћује вредност која је увећана од дана одузимања до дана доношења одлуке). Сматрао је, међутим, да то овде није случај јер није био у питању пословни подухват који је генерисао профит, већ парцела на обали океана⁸¹⁶. Због овога је арбитражни суд сматрао да стандард обичајног међународног права и стандард из БИТ-а дају идентичан резултат. Осим тога, арбитражни суд је сматрао да је овде „рационалније прихватити продају имовине на дан 1. јануара 2006. године - шест месеци пре него што је имала највећу вредност на тржишту - као једну процену која омогућује да се размотре нормални страхови и негативне непредвиђене ситуације на које мисле продавци и купци када доносе битне инвестиционе одлуке”⁸¹⁷. У даљем објашњењу је истакао да се тај датум налази на средини дана када су се десили догађаји који су довели до *de facto* експропријације и представља рационалан избор када би требало утврдити правичну тржишну вредност према обичајном међународном праву, као и да арбитражни суд има дискреционо право да утврди тренутак када би требало утврдити ову вредност⁸¹⁸.

На основу свега изнетог можемо рећи да се у случају незаконите експропријације примењују правила обичајног међународног права:

1. Натурална реституција је примарно правно средство. Међутим, без обзира на ову чињеницу, натурална реституција се у инвестиционим споровима веома

⁸¹⁵ *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, ICSID Case No. ARB/09/20, Award, 16 May 2012, пара. 307.

⁸¹⁶ *Ibid.*, пара. 308.

⁸¹⁷ *Ibid.*, пара. 318.

⁸¹⁸ *Ibid.*, фн. 240.

ретко досуђује. Са једне стране, она је често немогућа, а са друге - није ни у најбољем интересу за страног улагача, па је он ни не захтева. Наиме, страни улагач настоји да добије новчану накнаду јер, како је спор већ настао, њему углавном није у плану остајање у држави пријема и наставак сарадње са њом, а није му на располагању ни ефикасно правно средство којим би успео да оствари повраћај у пређашње стање у страниој држави⁸¹⁹.

2. Уколико је вредност експроприсане имовине увећана од дана експропријације до дана доношења одлуке, досуђује се накнада у складу са тим увећањем.

3. Новчана накнада може да обухвата не само вредност одузетог улагања већ и споредне трошкове и накнаду штете која настане као последица експропријације⁸²⁰.

2.3. Примена обичајног међународног права у случајевима искључења одговорности државе за акте супротне међународном праву

2.3.1. Примена обичајног међународног права у случају постојања стања нужде

Члан 25. Правила о одговорности држава за међународно противправне акте прописује да се држава не може позвати на стање нужде као основа за искључење одговорности за противправан акт који је у супротност са њеним међународним обавезама, осим уколико је предузимање таквог акта био једини начин да држава заштити своје основне интересе због постојања озбиљне и непосредне опасности и уколико такав акт озбиљно не угрожава основне интересе државе или држава у односу на које таква обавеза постоји или међународне заједнице у целини⁸²¹. У сваком случају држава се не може позвати

⁸¹⁹ Sergey Ripinsky, Kevin Williams, *op. cit.*, стр. 57-59.

⁸²⁰ *Ibid.*, стр. 86, 87.

⁸²¹ Члан 25, став 1. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

на овај основ искључења одговорности у два случаја: уколико је у питању међународна обавеза која искључује могућност позивања на нужду или уколико је држава допринела стању нужде⁸²².

Дакле, позивање на стање нужде је могуће уколико држава, да би заштитила основне интересе којима прети озбиљна и непосредна опасност, није извршила своју **међународну обавезу која је мање важности и хитности од заштите тог интереса**⁸²³.

У Коментару Правила о одговорности држава истиче се да се на стање нужде може позивати у веома ограниченим случајевима, а због потенцијалних злоупотреба је у поменутом члану и предвиђена негативна формулација (тј. када се на њу не може позвати)⁸²⁴. У погледу одређења „озбиљне и непосредне опасности” се објашњава да опасност мора бити објективно утврђена, а не само као могућа, док се непосредна схвата у смислу да она мора бити блиска. Осим тога, неопходно је да је противправан акт државе који је у супротности са њеним међународним обавезама био једино могуће средство за заштиту суштинског интереса, док постојање неког другог средства (чак и скупљег и мање погодног) онемогућава позивање на стање нужде⁸²⁵.

На стање нужде се може позивати ради заштите широког спектра интереса, укључујући заштиту животне средине, очување самог опстанка државе и њених

⁸²² Члан 25, став 2. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸²³ Пара. 1 уз Коментар члана 25. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте, стр. 80;

доступно на: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

⁸²⁴ Пара. 14. уз Коментар члана 25. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸²⁵ Пара. 15. уз Коментар члана 25. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

грађана за време ванредног стања или обезбеђивање сигурности цивилног становништва⁸²⁶.

Следи приказ примера у којима је у неким од ових ситуација дошло до позивања на стање нужде.

Најпре ћемо се осврнути на спор који није решаван у инвестиционој арбитражи, већ пред Међународним судом правде. Реч је о једном од најпознатијих случајева у којем је објашњен начин на који овај суд тумачи обичајна правна правила о стању нужде - случају *Gabčíkovo-Nagymaros Project*. Овде су Мађарска и Словачка закључиле споразум о заједничком улагању који се односио на производњу хидроенергије, побољшање пловидбе дуж реке Дунав и управљање поплавама. Међутим, приликом његове реализације обе државе су изразиле забринутост у погледу економске одрживости и утицаја на животну средину. Мађарска је престала да испуњава своје обавезе из споразума, а када је спор решаван пред Међународним судом правде, истицала је да разлог томе „стање еколошке нужде”, указујући на то да би реализација пројекта могла да доведе до неприхватљиве еколошке опасности која би се манифестовала изазваним поплавама, смањењем квалитета воде и уништењем флоре и фауне.

Приликом утврђивања да ли се Мађарска може позвати на стање нужде, Суд је најпре истакао да је „стање нужде основ признат у **обичајном међународном праву** који искључује противправност акта који није у сагласности са међународним обавезама” и да се такав основ може прихватити само изузетно⁸²⁷. Потом је указао на релевантан члан (тада Нацрта) Правила о одговорности држава и нагласио да услови предвиђени тим чланом одражавају обичајно

⁸²⁶ Пара. 14. уз Коментар члана 25. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸²⁷ *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, пара. 51.

међународно право⁸²⁸. Суд је заузео став да је заштита животне средине суштински интерес државе⁸²⁹, али је закључио да опасност на коју се позива Мађарска није била довољно утврђена у релевантном тренутку, а постојање могуће опасности није довољно у том погледу⁸³⁰. Осим тога, опасност није била ни непосредна⁸³¹ јер се ради о дугом и спором процесу чији исход није сигуран⁸³². Коначно, Мађарска је имала и друга средства на располагању да спречи ове опасности⁸³³.

Осим наведеног, примену обичајног међународног права налазимо и у случајевима где се поставило питање да ли се поступање државе која је погођена економском кризом, као ванредним стањем може схватити као стање нужде, предвиђено чланом 25. Правила о одговорности држава. Реч је о споровима насталим због поступања Аргентине према страним улагачима, у време када је била погођена овом кризом. Ову примену обичајног међународног права ћемо размотрити кроз поступање арбитражних судова у инвестиционим споровима, те приказати да су они имали различита схватања по овом, готово идентичном, питању.

У случају *Impregilo v Argentine* је арбитражни суд истакао да су мере које је Аргентина предузела настале као реакција на економску кризу којом је захваћена и да су несумњиво биле неопходне како би се обезбедила економска и политичка стабилност у држави⁸³⁴. Приликом утврђивања да ли је постојало стање нужде и да ли се Аргентина може на то позвати, странке су расправљале о

⁸²⁸ *Ibid.*, пара. 52. У питању је члан 33. Нацрта, који кореспондира са чланом 25. Правила о одговорности; види пара. 50.

⁸²⁹ *Ibid.*, пара. 53.

⁸³⁰ *Ibid.*, пара. 57, 54.

⁸³¹ *Ibid.*, пара. 55, 57.

⁸³² *Ibid.*, пара. 56.

⁸³³ *Ibid.*, пара. 55, 57.

⁸³⁴ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, пара. 336.

члану 4 БИТ-а и правилима о стању нужде у међународном праву⁸³⁵. Овај члан споразума је предвиђао да „улагачима једне стране уговорнице чија улагања су претрпела губитке на територији друге државе уговорнице услед рата или другог оружаног сукоба, ванредног стања или друге сличне политичко-економске ситуације, држава уговорница на чијој територији се спроводи улагање пружа третман који није неповољнији од оног који пружа својим држављанима или правним лицима или улагачима било које треће државе у погледу штете”⁸³⁶. Арбитражни суд је закључио да „**било које повреде које је Аргентина починила не могу бити оправдане на основу члана 4. БИТ-а, али да то, међутим, не значи искључење примене обичајног међународног права у ванредним ситуацијама**”⁸³⁷. Потом је утврђивао да ли позивање Аргентине на стање нужде испуњава стандарде предвиђене обичајним међународним правом, на основу члана 25. Правила о одговорности држава и установио да је постојала *озбиљна и непосредна опасност по суштинске интересе* економске и социјалне стабилности Аргентине⁸³⁸; да *суштински интереси било које друге државе или међународне заједнице као целине нису озбиљно угрожени мерама које је Аргентина предузела*⁸³⁹; да ни члан 4. БИТ-а као ни било која друга обавеза предвиђена БИТ-ом као *lex specialis*-ом не спречава Аргентину да се позива на стање нужде⁸⁴⁰. Међутим, арбитражни суд је утврдио да је Аргентина *значајно допринела* стању нужде, те, стога, није испунила све критеријуме које се захтевају према члану 25. Правила о одговорности и не може да се позива на стање нужде као основа за искључење противправности аката који су већ утврђени да представљају повреде њених обавеза из БИТ-а⁸⁴¹.

⁸³⁵ *Ibid.*, пара. 337.

⁸³⁶ *Ibid.*, пара. 338.

⁸³⁷ *Ibid.*, пара. 343.

⁸³⁸ *Ibid.*, пара. 350.

⁸³⁹ *Ibid.*, пара. 354.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, пара. 355.

⁸⁴¹ *Ibid.*, пара. 358, 359.

Из приказаног се може видети да је арбитражно веће у овом случају приликом утврђивања да ли се Аргентина може позвати на стање нужде најпре пошло од БИТ-а као *lex specialis*-а, установило да у њему не постоје препреке за то, и потом испитивало испуњеност услова који су предвиђени обичајним међународним правом.

У случајевима, чији приказ следи, су арбитражни судови имали различит приступ приликом разматрања односа између посебне клаузуле БИТ-а – клаузуле о допуштеним мерама – и правила обичајног међународног права о стању нужде. Клаузула о допуштеним мерама је у свим овим случајевима била прописана чланом XI америчко-аргентинског БИТ-а и предвиђала је следеће: „Споразум не спречава било коју страну да примени мере које су неопходне за одржавање јавног реда, испуњавање својих обавеза у вези са одржањем или успостављањем међународног мира или безбедности, или заштиту својих основних безбедносних интереса”⁸⁴².

У једну групу одлука арбитражних судова спадају оне у којима су арбитражни судови сматрали да одредба БИТ-а о допуштеним мерама не садржи услове који би се разликовали од обичајног права о стању нужде, па су услове за постојање стања нужде директно применили, прескочивши посебну анализу чл. XI БИТ-а. Тако је у одлуци *Sempra v Argentine* заузет следећи став: „Без сумње је исправно закључити да је споразум у погледу одређеног питања супериоран у односу на општија правила обичајног права. Овде је, међутим, проблем то што **сам споразум није указао на правне елементе који су неопходни за легитимно позивање на стање нужде. Правило меродавно за таква питања се, стога, налази у обичајном праву.** Као што је раније закључено, такви захтеви и услови нису у потпуности испуњени у овом случају... Арбитражни суд не сматра ни да је, због тога што члан XI [споразума] није изричито упутио на

⁸⁴² Види и: Марко Јовановић, *op. cit.*, стр. 272 и даље. Аутор указује да је овде реч о арбитражним одлукама у којима је искључење одговорности услед стања нужде мешано са непостојањем одговорности због примене допуштених мера ограничења права страних улагача предвиђених меродавним двостраним споразумима о подступању и заштити улагања.

примену обичајног права, овај извор права и обавеза постао непримењив. Међународно право није фрагментарно у погледу основних начела, а нужда је несумњиво један од њих”⁸⁴³. Закључио је да с обзиром да „криза на коју се позивао [тужени] не испуњава захтеве обичајног међународног права који су предвиђени чланом 25. Правила о одговорности држава, нужда или ванредно стање не доприносе у овом случају искључењу противправности, и не постоји потреба за даљим преиспитивањем на основу члана XI споразума јер он, у том погледу, не предвиђа услове који се разликују од обичајног права”⁸⁴⁴.

Са друге стране, арбитражни суд је у случају *LG&E v Argentine* утврдио да су „прилике у Аргентини у периоду од 1. децембра 2001. до 26. априла 2003. године биле такве да се Аргентина ослобађа одговорности за наводне повреде обавеза из споразума због мера које је предузела. Концепт искључења одговорности државе за повреде њених међународних обавеза за време „стања нужде” или „ванредног стања” постоји, такође, у међународном праву”. Сматрао је да је одредба члана XI споразума довољна да се на основу ње Аргентина ослободи одговорности, али и да стандард стања нужде предвиђен у члану 25. Правила о одговорности држава подржава став арбитражног суда⁸⁴⁵. Слично је поступило и арбитражно веће у случају *Continental Casualty v Argentine*. Наиме, приликом утврђивања да ли је

⁸⁴³ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пара. 378.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, пара. 388. Види и: *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пара. 333; *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пара. 331 [*In the present case there are, as concluded, elements of necessity partially present here and there but when the various elements, conditions and limits are examined as a whole it cannot be concluded that all such elements meet the cumulative test. This in itself leads to the inevitable conclusion that the requirements of necessity under customary international law have not been fully met so as to preclude the wrongfulness of the acts*].

⁸⁴⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пара. 245.

Аргентина допринела стању нужде на које се позива, арбитражни суд је указао на релевантне одредбе Правила о одговорности држава⁸⁴⁶, али је закључио да **„не сматра да је Аргентина због свог поступања спречена да се позива на члан XI БИТ-а”**⁸⁴⁷.

У другу групу одлука арбитражних судова спадају оне у којима се одредба о допуштеним мерама из БИТ-а и правило обичајног права о стању нужде посматрају као два одвојена правила. Овде су арбитражни судови прво посматрали да ли је БИТ уопште повређен (ако одредба о допуштеним мерама може да се примени, онда ни нема повреде БИТ-а), а ако је БИТ повређен (зато што не може да се примени одредба о допуштеним мерама из БИТ-а), онда су тек разматрали да ли је одговорност државе искључена на основу обичајног права о стању нужде.

У ову групу спада одлука *ad hoc* комитета о поништају одлуке донете у случају *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*. Комитет је указао да су члан XI БИТ-а и члан 25. Правила о одговорности држава суштински другачији⁸⁴⁸ и да је арбитражни суд требало да утврди њихов однос и одлучи да ли се оба могу применити у том случају, а не да изостави такву анализу и једноставно претпостави да они имају исти основ⁸⁴⁹. Истакао је да, „без обзира да ли се стање нужде у обичајном међународном праву односи на противправност или одговорност, обичајно међународно право је супсидијарно у односу на искључење по основу БИТ-а⁸⁵⁰. Према схватању Комисије за међународно право, стање нужде у обичајном међународном праву је питање

⁸⁴⁶ *Continental Casualty Co v Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, пара. 234.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, пара. 236.

⁸⁴⁸ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, пара. 130.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, пара. 131.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, пара. 132-134.

које се тиче одговорности и представља секундарно правило међународног права. То значи да је **арбитражни суд требало да утврди да ли је постојала било која повреда БИТ-а и уколико јесте да ли се искључује чланом XI, па тек након тога да одлучи да ли се одговорност Аргентине може искључити у потпуности или делимично према обичајном међународном праву**⁸⁵¹.

У истом правцу је било и схватање *ad hoc* комитета приликом одлуке о поништају у случају *Sempra v Argentine*: члан 25 Правила и члан XI БИТ-а су два различита правила која се морају примењивати независно један од другог и то прво БИТ, а тек ако нема основа за искључење повреде БИТ-а може се разматрати основ за искључење одговорности за ту повреду из чл. 25. Наиме, *ad hoc* комитет је овде сматрао да би могло бити одговарајуће да се обичајно право посматра као упутство за тумачење БИТ-а⁸⁵², те је након упоредне анализе ова два правила⁸⁵³ установио да члан 25. Правила о одговорности не пружа таква упутства и да се она односе на различите ситуације⁸⁵⁴.

Коначно, као посебну категорију бисмо навели случајеве у којима се сматрало да чл. XI БИТ-а мора да се примени пре обичајног права (као *lex specialis*), али су арбитражни судови, уз одговарајуће образложење, „позајмили“ услове из чл. 25 Правила о одговорности. Пример налазимо у случају *El Paso v Argentina*. Овде је арбитражни суд прво закључио да је члан XI БИТ-а *lex specialis*, а члан 25 Правила о одговорности *lex generalis*, те да се БИТ мора применити пре обичајног правног правила о стању нужде⁸⁵⁵. Међутим, приликом примене

⁸⁵¹ *Ibid.*, пара. 134.

⁸⁵² *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010, пара. 197.

⁸⁵³ *Ibid.*, пара. 198.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, пара. 200; види и: *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on the Application for Partial Annulment, and the Application for Partial Annulment, 16 September 2011.

⁸⁵⁵ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пара. 552.

члана XI арбитражни суд је навео да се члан 25 Правила користи за његово тумачење и користио је један од услова из чл. 25 Правила о одговорности – да држава није значајно допринела стању нужде⁸⁵⁶. Овај услов је арбитражни суд користио јер га је сматрао обичајним правним правилом и општим правним начелом па је закључио да се он мора применити и на тумачење БИТ-а⁸⁵⁷. Аргентина је поднела захтев за поништај одлуке јер је сматрала да је арбитражни суд очигледно прекорачио своја овлашћења и није применио члан XI који садржи одредбу о допуштеним мерама. Наиме, у свом захтеву је Аргентина истакла да арбитражни суд није применио меродавно право јер је приликом примене члана XI БИТ-а применио и захтев који овај члан не садржи (из чл. 25 Правила), односно није применио члан XI БИТ-а без овог услова⁸⁵⁸. *Ad hoc* комитет је захтев Аргентине одбио јер је нашао да је арбитражни суд применио меродавно право, односно БИТ, који је *lex specialis*. При томе је истакао да сматра да би свака даља анализа била непотребна, а да то што није применио тумачење те одредбе са којим би се Аргентина слагала није разлог за поништај⁸⁵⁹.

На основу приказаних примера из арбитражне праксе, а посебно због схватања која су заузели *ad hoc* комитети, можемо закључити да постоји прилично уједначен став у погледу односа одредбе БИТ-а о допуштеним мерама и члана 25 Правила о одговорности: то су две независне одредбе и арбитражни суд прво мора да примени одредбу релевантног БИТ-а, па тек онда чл. 25 Правила о одговорности. Проблем се, међутим, појављује код питања у чему се разликују услови за позивање на одбрану у БИТ-у и на одбрану из обичајног међународног

⁸⁵⁶ *Ibid.*, пара. 613.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, пара. 624.

⁸⁵⁸ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 22 September 2014, пара. 108.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, пара. 203.

права. Из последњег разматраног случаја се може видети да у овом погледу у арбитражној пракси још увек постоје значајни проблеми.

2.3.2. Примена обичајног међународног права у случају постојања више силе (*force majeure*)

Примену обичајног међународног права налазимо и у случају постојања више силе, као основа који искључује одговорност државе. И овај случај је предвиђен Правилима о одговорности држава за међународно противправне акте:

„Члан 23

Виша сила

1. Искључена је противправност акта државе који је у супротности са њеном међународном обавезом ако је акт последица више силе, односно појаве неодољиве силе или непредвидивог догађаја, изван контроле те државе, услед којих је постало фактички немогуће да држава испуни своју међународну обавезу.

2. Став 1. овог члана се неће применити:

(а) ако је ситуација више силе изазвана, у потпуности или у садејству других чиниоца, понашањем државе која се на вишу силу позива, или

(б) ако је држава прихватила ризик наступања више силе”.

У Коментару Правила о одговорности држава прецизира се да „неодољива” сила указује на то да мора постојати ограничење које држава није била у стању да избегне или се супротстави сопственим средствима, док „непредвидив” означава да догађај није ни предвидив ни изванредан. Осим тога, неодољива сила или непредвидив догађај морају бити узрочно повезани са ситуацијом фактичке

немогућности испуњења обавеза⁸⁶⁰. При том, фактичка немогућност може да наступи као последица догађаја у природи (нпр. временске непогоде због којих се ваздухоплов преусмерава на територију друге државе, земљотреси, поплаве, суше) или људске активности (губитак контроле над делом државне територије као последица побуне или пустошења због војних активности треће државе) или комбинација ова два⁸⁶¹.

Као што се може видети, за разлику од стања нужде, у коме држава циљано предузима одређене мере како би одговорила на ситуацију у којој се нашао, у случају више силе је она суочена са околностима где нема другу могућност него да предузме активност како би спречила штету⁸⁶². Дакле, поступање државе је у случају више силе принудно или бар не садржи елемент слободног избора⁸⁶³. Са друге стране, на оба ова основа искључења одговорности држава се позива када „катастрофа” наступи и оба су ограничена на одређени временски период⁸⁶⁴.

Указаћемо на неколико одлука арбитражних судова које се односе на њихово поступање када је виша сила у питању. У случају *CMS v Argentina* је арбитражни суд истакао да „други традиционални правни основи искључења, као што је *force majeure*, нису примењиви у овом случају јер су разматрани

⁸⁶⁰ Пара. 2. уз Коментар члана 23. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸⁶¹ Пара. 3. уз Коментар члана 23. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸⁶² Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, стр. 465.

⁸⁶³ Пара. 1. уз Коментар члана 23. Правила о одговорности државе за међународно противправне акте.

⁸⁶⁴ Mark Augenblick, Alison B. Rousseau, *Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility - It's Not as Easy to Prove as You Might Believe*, This article first appeared in *The Journal of World Investment & Trade* 13 (2012), доступно на: <https://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/BylinedArticleForceMajeureinTumultuousTimesJournalofWorldInvestmentTrade031312.pdf>.

догађаји били предвидиви”⁸⁶⁵. Због тога је арбитражни суд сматрао да Аргентина не може да се позива на економску кризу као разлог доношења прописа којим је изменила тарифни режим за услуге америчког улагача⁸⁶⁶. Исто тако, у случају *Aucoven v Venezuela* је арбитражни суд истакао да је *force majeure* валидан основ за неизвршење уговорних обавеза и по праву Венецуеле и по међународном праву и истакао услове који при том морају бити испуњени (немогућност извршења, непредвидивост и да нема доприноса стране која се на њу позива)⁸⁶⁷. И арбитражно веће је у случају *Enron v. Argentine* указало на одредбе члана 23 Правила: „...теорија “*imprevisión*” [непредвидивости] је изражена у концепту *force majeure*, а он према члану 23. Правила о одговорности држава предвиђа да ситуација додатно захтева постојање неодољиве силе, ван контроле државе, која фактички онемогућује извршење обавезе у датим околностима” и навело коментар уз овај члан: „*Force majeure* се не односи на околности у којима је извршење обавезе постало много теже, као на пример, због политичке или економске кризе”⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пара. 227. Види и: *RSM Production Corporation v. Central African Republic*, ICSID Case No. ARB/07/02, *Décision sur la compétence et la responsabilité*, 7 December 2010.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, види пара. 225.

⁸⁶⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003, пара. 108.

⁸⁶⁸ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пара. 217; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пара. 246.

2.4. Искоришћеност локалних правних лекова као услов наступања повреде материјалноправног стандарда

У овом делу рада је предмет истраживања питање да ли искоришћеност локалних правних лекова представља услов за наступање повреде неког стандарда заштите улагања (улагача)⁸⁶⁹.

Правило о искоришћености локалних правних лекова је правило обичајног међународног права које се тиче заштите странаца. Оно се посебно односи на пружање дипломатске заштите држављанима у иностранству и значи да држава може да пружи дипломатску заштиту свом држављанину уколико он искористи сва локална правна средства у држави која је према њему предузела противправан акт и не добије обештећење⁸⁷⁰.

Ово правило је предвиђено у Нацрту правила о дипломатској заштити из 2006. године који је сачинила Комисија УН за међународно право (Правила о дипломатској заштити)⁸⁷¹:

⁸⁶⁹ Друго је питање да ли искоришћеност националних правних лекова може да представља услов за надлежност арбитражног суда. Оно је битно имајући у виду да је један од основних циљева настанка инвестиционе арбитраже да се страном улагачу омогући да избегне националне судове државе пријема. У вези са овим битно је указати да, без обзира што се ради о правилу обичајног међународног права, његова примена може бити искључена на основу сагласности израженој у билатералним и мултилатералним споразумима о подстицању и заштити улагања, који тада имају дејство *lex specialis*. Међутим, како то не потпада под предмет истраживања, нећемо улазити у његову анализу; види: Mavluda Sattorova, From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Towards a Unified Concept of an Investment Treaty Breach, PhD thesis, The University of Birmingham, 2010, стр. 171, 172.

⁸⁷⁰ Riccardo Pisillo Mazzeschi, Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights, *The Italian Yearbook of International Law Online*, vol. 10, issue 2, 2000, стр. 17; A. A. Cançado Trindade, Origin and Historical Development of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law', *RBDI*, No. 2, 1976, стр. 501.

⁸⁷¹ Draft articles on Diplomatic Protection, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-eighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session,

„Члан 14

Искоришћеност локалних правних лекова

1. Држава не може поднети међународну тужбу због повреде права свог држављанина или другог лица из члана 8 Правила о дипломатској заштити* пре него што је повређено лице, у складу са чланом 15 Правила о дипломатској заштити, искористило све локалне правне лекове.
2. „Локални правни лекови” означавају правна средства која су на располагању повређеном лицу пред судовима или управним органима, редовним или посебним, државе која је наводно одговорна за проузроковање повреде.
3. Локални правни лекови морају бити искоришћени када је међународна тужба или захтев за доношење деклараторне одлуке у вези са тужбом, поднета претежно због повреде права држављанина или другог лица наведеног у члану 8.

Члан 15

Изузеци од примене правила о локалним правним лековима

Локални правни лекови не морају бити искоришћени када:

- (а) не постоје разумно доступни правни лекови или они не пружају разумну могућност ефективног обештећења

доступно на: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf. Правило обичајног међународног права о искоришћености локалних правних лекова је потврђено и у одлукама Међународног суда правде; види: Martin Dietrich Brauch, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, International Institute for Sustainable Development, *IISD Best Practices Series*, January 2017, стр. 2 и даље.

(б) постоји неоправдано одлагање у поступку по правним лековима које се приписује држави за коју се сматра да је одговорна

(ц) не постоји релевантна веза између повређеног лица и државе која се сматра одговорном, на дан настанка повреде

(д) је повређеном лицу очигледно онемогућено да користи локалне правне лекове

(е) се држава која је наводно одговорна одрекла захтева да локални правни лекови морају бити искоришћени”.

* Члан 8 се односи на лица без држављанства и избеглице

Искоришћеност локалних правних лекова предвиђених правом државе пријема улагања као услов за наступање повреде материјалноправног стандарда се јавља у случајевима позивања на ускраћивање правде и тужбених захтева у вези са индиректном експропријацијом⁸⁷² и одсликава још једну примену обичајног међународног права у инвестиционим споровима.

Што се тиче првог случаја - **да ли искоришћеност правних лекова представља услов да би могло да се позива на ускраћивање правде** - арбитражна пракса је прилично уједначена⁸⁷³. Један од ретких изузетака од

⁸⁷² Martin Dietrich Brauch, *op. cit.*, стр. 21, 22.

⁸⁷³ Понекад се у БИТ-овима у којима је прописана забрана ускраћивања правде, наглашава да се она тумачи по правилима обичајног међународног права. Тако је споразумом између Сједињених Америчких Држава и Уругваја предвиђено:

*„Члан 5: Минимални стандард третмана **

1. Свака страна уговорница покривеним улагањима пружа третман у складу са обичајним међународним правом, укључујући поштен и правичан третман и пуну заштиту и безбедност.

2.Обавеза из параграфа 1 предвиђа да:

општеприхваћеног схватања представља одлука донета у случају *Mondev v USA* где је арбитражни суд заузео став да искоришћеност локалних правних лекова **није услов** који је неопходно испунити да би се истицало постојање ускраћивања правде. Истакнуто је да је на улагачу да одлучи да ли ће наставити да користи правне лекове пред судовима државе пријема или их се одрећи и непосредно покренути арбитражу. Даље је арбитражни суд указао да се „стандард предвиђен чланом 1105(1) [правичан и поштен третман и пуна заштита и безбедност] примењује у оба случаја, тј. без обзира да ли су локални правни лекови били коришћени” и да „ускраћивање правде и правило о

а) „поштен и правичан третман” садржи обавезу забране ускраћивања правде у кривичним, грађанским или управним поступцима у складу са начелом законитог поступка које је признато у главним правним системима у свету.

.....

* овај члан се тумачи у складу са Анексом А који гласи:

Обичајно међународно право

Стране потврђују да је њихово заједничко схватање да је „обичајно међународно право” генерално, а посебно упућивање у члану 5 и Анексу Б резултат опште и доследне праксе држава коју оне прате у вези правних обавеза. У погледу члана 5, стандард третмана странаца утврђен обичајним међународним правом упућује на примену свих начела обичајног међународног права којима се штите економска права и интереси странаца”,

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2005; Види и члан 5 Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 2015 (није на снази); члан 5 Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2008; члан 5 БИТ модела Сједињених Америчких Држава-2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty: Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

искоришћености локалних правних лекова, према НАФТА, нису међусобно повезани и неодвојиви”⁸⁷⁴.

Супротног схватања је било арбитражно веће у случају *Loewen v USA*: „...*Loewen* није искористио локалне правне лекове, а посебно опцију да се обрати Врховном суду и, следствено томе, није доказао повреду обичајног међународног права и НАФТА за коју је тужени одговоран”⁸⁷⁵. Овде је, дакле, арбитражни суд сматрао да правило о искоришћености локалних правних лекова **мора бити испуњено када се страни улагач позива на ускраћивање правде**. Овакво мишљење су делили и други арбитражни судови. Тако је, на пример, арбитражни суд у *Waste Management v Mexico* навео да је „...искоришћеност локалних правних лекова *инкорпорисана* у материјалноправни стандард и не представља само процесноправни услов за подношење тужбеног захтева”⁸⁷⁶, док је у случају *Chevron v Ecuador* арбитражни суд заузео став да је „искоришћеност локалних правних средстава услов постојања ускраћивања правде јер су арбитри у овом процесу дужни да посматрају национални правни систем као целину”⁸⁷⁷. При том, међународно право не овлашћује међународни арбитражни суд да поступа као жалбени у односу на националне судове⁸⁷⁸, већ само да утврди да ли је чињењем или нечињењем националних судова дошло до повреде стандарда који се примењују у међународном праву⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, пара. 96.

⁸⁷⁵ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, пара. 217.

⁸⁷⁶ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, пара. 97.

⁸⁷⁷ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12 March 2012, пара. 17.

⁸⁷⁸ *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, пара. 441.

⁸⁷⁹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12 March 2012, пара. 16.

Као што се из наведеног примера види, да би арбитражни суд утврдио да ли су искоришћени локални правни лекови, мора се узети у обзир национално (процесно) законодавство државе пријема. То, заправо, значи да овде постоји очигледно садејство у примени правила из обичајног међународног права и националног права државе пријема.

Као што смо видели у случају *Loewen v USA*, арбитражни суд је сматрао да правило о искоришћености локалних правних лекова мора бити примењено када се страни улагач позива на ускраћивање правде. Да би дошао до оваквог закључка арбитражни суд је најпре указао на мишљења која подржавају став да је тужилац у обавези да искористи све локалне правне лекове који су адекватни и ефикасни све док правни лек није очигледно бескористан⁸⁸⁰. Арбитражни суд је сматрао да подношење жалбе Врховном суду представља адекватно и ефикасно правно средство, те је испитивао да ли су локални правни лекови били доступни тужиоцу⁸⁸¹, узимајући у обзир све околности случаја⁸⁸². Овде је, према мишљењу арбитражног суда било битно утврдити да ли је обраћање Врховном суду било могуће⁸⁸³. Свој закључак да је тужиоцу било доступно обраћање Врховном суду је извео на основу тога што *Loewen* није пружио доказ због чега се одлучио да се обрати арбитражном суду, а није искористио могућност обраћања Врховном суду, односно због тога што *Loewen* није доказао да је поднео захтев за арбитражно решавање спора јер није имао друго разумно доступно и адекватно правно средство⁸⁸⁴.

На основу изнетог закључујемо да је став арбитражног суда у овом случају био да је национално право релевантно приликом одлучивања о томе да ли су

⁸⁸⁰ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, пара. 165.

⁸⁸¹ *Ibid.*, пара. 167.

⁸⁸² *Ibid.*, пара. 168.

⁸⁸³ *Ibid.*, пара. 207.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, пара. 215.

искоришћени локални правни лекови, али уколико ти правни лекови нису ефективни не поставља се услов њихове искоришћености за страног улагача.

Изузетак од примене правила о искоришћености локалних правних лекова представља и неоправдано одлагање у поступку по правним лековима које се приписује држави за коју се сматра да је одговорна. Овај изузетак је предвиђен и у поменутиим Правилима о дипломатској заштити. У том смислу је арбитражни суд у случају *Rumeli v Kazakhstan* истакао: „Ускраћивање правде се једино односи на поступак. Међутим, тужиоци не тврде да им је онемогућен приступ казахстанском правном систему, нити је одлука овог правног система била предмет *катастрофалног одлагања* које би искључило његову употребу”⁸⁸⁵.

У одлуци *Jan de Nul v Egypt* је арбитражни суд истакао следеће: „Несумњиво је да је десет година за доношење одлуке у првом степену дугачак временски период. Међутим, арбитражни суд је свестан да су питања била комплексна и веома техничка, да су била укључена два случаја, да су стране биле нарочито активне у погледу поднесака и писања обимних експертских извештаја”⁸⁸⁶. Због ових разлога, он закључује да, иако је трајање поступка сигурно незадовољавајуће у смислу спровођења правде, оно није достигло ниво који би представљао ускраћивање правде⁸⁸⁷. Арбитражни суд, дакле, у овом случају није прихватио да десет година за доношење првостепене одлуке представља ускраћивање правде, а свој став засновао је на комплексности питања у поступку.

Можемо закључити да се правило о искоришћености локалних правних лекова примењује увек када је у питању наступање материјалноправне одговорности

⁸⁸⁵ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Awaed, 29 July, 2008, пара. 639.

⁸⁸⁶ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, пара. 204.

⁸⁸⁷ *Ibid.*

код ускраћивање правде. Арбитражна пракса инсистира на искоришћености локалних правних лекова да би се сматрало да је држава учинила ускраћивање правде јер је за постојање ускраћивања правде релевантно поступање целокупног правосудног система. Наиме, у овом случају, захтев да су искоришћени локални правни лекови произлази из дужности државе да обезбеди правосудни систем којим се омогућава спровођење правде - које подразумева и могућност исправљања грешака⁸⁸⁸.

Арбитражна пракса, међутим, није у потпуности уједначена приликом одлучивања о томе да ли су локални правни лекови искоришћени у конкретном случају. Генерално посматрано, неће се захтевати да су искоришћени локални правни лекови уколико не постоје разумно доступни правни лекови, уколико постоји неоправдано одлагање у поступку по правним лековима које се приписује држави пријема или уколико је страном улагачу очигледно онемогућено да користи локалне правне лекове.

Следећи случај указује на то да арбитражни судови не посматрају на исти начин обавезу коришћења локалних правних лекова ако је, у конкретном случају, обавеза адекватног третмана улагача пред судовима државе пријема предвиђена посебном одредбом БИТ-а, а не само обичајним правним правилом о забрани ускраћивања правде.

У случају *Chevron v Ecuador* је арбитражни суд сматрао да постоји разлика између захтева о искоришћености правних лекова који су неопходни према обичајном међународном праву и оних према БИТ-у да би постојало ускраћивање правде. Он је истакао да еквадорски судови нису донели одлуке у разумном року, односно да је постојала њихова потпуна неактивност у дужем

⁸⁸⁸ Joel Dahlquist, How to BITe the Apple: Is There a Requirement to Exhaust Local Remedies in Investment Treaty Arbitration?, Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, 2012, стр. 52.

временском периоду⁸⁸⁹. Тужилац је сматрао да поступања туженог представљају повреду члана II(7) БИТ-а⁸⁹⁰ који је гласио: „свака страна уговорница пружа ефикасна средства којима се остварује право на подношење тужбеног захтева и извршење права у вези са улагањем, инвестиционим споразумом и овлашћењима”. Тужени је истицао да није могао да одлучује о предметима услед политичке ситуације у држави и реформе судства, на шта је арбитражни суд одговорио да то не може да прихвати јер су судови морали и пре и након тог периода да поступају благовремено и ефикасно, те да су одлагања у решавању била превише дуга да би се могла сматрати оправданим⁸⁹¹. Овде је арбитражни суд сматрао да члан II(7) БИТ-а представља *lex specialis* у односу на стандард обичајног међународног права који се примењује на ускраћивање правде⁸⁹² и да се захтев за искоришћеност локалних правних лекова примењује углавном на тужбене захтеве који се односе на ускраћивање правде, док се на повреду одредби БИТ-а и члана II(7) не примењују исти строги захтеви искоришћености локалних правних лекова. Истакао је да одређена начела обичајног међународног права, као што је начело коначности судске одлуке, подразумевају потпуну искоришћеност локалних правних лекова да би се установила одговорност државе, док се то не примењује на исти начин када је у питању *lex specialis*⁸⁹³. Према мишљењу арбитражног суда, у овом случају је било битно утврдити да ли је тужилац на одговарајући начин користио локална правна средства која су му била на располагању⁸⁹⁴. У вези са тим је утврдио да је тужилац покушавао различитим правним средствима да утиче на еквадорске судове, али да они ни након 15 година нису покушали да донесу било какву одлуку⁸⁹⁵. Због тога је арбитражни суд закључио да правна средства која су била

⁸⁸⁹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Partial Award on the Merits, 30 March, 2010, пара. 256.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, пара. 205.

⁸⁹¹ *Ibid.*, пара. 264.

⁸⁹² *Ibid.*, пара. 275.

⁸⁹³ *Ibid.*, пара. 321.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, пара. 324.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, пара. 331.

на располагању у Еквадору нису била на таквом нивоу да би се захтевала њихова исцрпљеност према члану II(7)⁸⁹⁶ БИТ-а.

У овом случају видимо да се клаузулом БИТ-а, која је различита од стандарда обичајног међународног права, лакше доказује повреда ускраћивања правде, те показује да страни улагачи могу једноставније успети у спору уколико се њихов тужбени захтев против државе пријема заснива на овој повреди БИТ-а⁸⁹⁷.

Овакво поступање арбитражног суда је претрпело критике и навело поједине ауторе да укажу на забринутост уколико се овакав тренд настави. Прва критика се тиче тумачења клаузуле као *lex specialis* јер није сигурно да су Еквадор и Сједињене Америчке Државе сматрале да клаузула има овај карактер с обзиром на то да постоји могућност да државе у развоју, када уговорају ову клаузулу, сматрају да она представља конкретизацију обичајног правног правила о забрани ускраћивања правде. Осим тога, уколико се прихвати да су државе уговорнице подразумевале да је клаузула „нешто више“ од забране ускраћивања правде, то не значи аутоматски да се на оцену да ли је клаузула повређена мора применити строжији стандард. Коначно, тумачење клаузуле је непрецизно – ни државама ни инвеститорима на основу њега није јасно шта се сматра „разумним одлагањем“ приликом доношења одлуке националног суда⁸⁹⁸.

Као што је споменуто, искоришћеност локалних правних лекова може да се схвати **као материјалноправни услов за наступање одговорности у захтевима у вези са експропријацијом**. Овде арбитражна пракса није у потпуности уједначена. Са једне стране су одлуке у којима се ово **прихвата**. У случају *Helnan v Egypt* је истакнуто да се „одлука министарства да снизи

⁸⁹⁶ *Ibid.*, пара. 332.

⁸⁹⁷ Jessica Wirth, “Effective Means” Means? The Legacy of *Chevron v. Ecuador*, 52 *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 52, Number 1, 2014, стр. 326. Види и *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, стр. 348. и даље.

категоризацију хотела, која није оспоравана пред административним (управним) судовима Египта, не може сматрати повредом споразума о подстицању и заштити улагања од стране Египта. Потребно је више да би то постало међународноправни деликт за који би, према споразуму, Египат био одговоран⁸⁹⁹. Овде је, дакле, арбитражни суд сматрао да је тужилац требао да се обрати надлежном египатском суду који би одлучио о категоризацији хотела и искористи све локалне правне лекове, а не само да се позива на одлуку донету на нивоу министарства. Приликом заузимања оваквог става, арбитражни суд је одлуку из случаја *Generation v Ukraine* сматрао веома значајном: „У таквом случају, међународни арбитражни суд може да сматра да пропуштање да се тражи отклањање повреде пред националним властима спречава подношење међународноправног захтева, не због постојања захтева искоришћености локалних правних лекова, већ зато што је спорно да ли постоји акт једнак експропријацији у одсуству рационалног - али не и нужно исцрпног - напора страног улагача да оствари исправку”⁹⁰⁰.

Са друге стране, постоје и арбитражни судови који сматрају да искоришћеност локалних правних лекова **не представља материјалноправни услов у вези са захтевом за експропријацијом.**⁹⁰¹. То је јасно истакнуто у случају *Arif v Moldova*:

„Сврха ИКСИД система није да представља супсидијарни систем решавања спорова, у случају када правни систем државе пријема не даје резултат... Не постоји општи захтев искоришћености локалних правних лекова за постојање тужбених захтева због повреде споразума, осим уколико се не ради о тврдњи да је извршено ускраћивање правде. У тужбама због ускраћивања

⁸⁹⁹ *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, 3 July 2008, пара. 148.

⁹⁰⁰ *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, пара. 20.30.

⁹⁰¹ Види и: Martin Dietrich Brauch, *op. cit.*, стр. 23.

правде је поступање целокупног правосудног система релевантно, док је у тужбама поводом експропријације релевантна појединачна активност органа државе⁹⁰². Чак и у тужбеним захтевима због ускраћивања правде је искоришћеност правних лекова питање које се тиче меритума спора. То је материјалноправни стандард, пре него процесноправни услов. Осим тога, према пракси ИКСИД арбитражних судова, такав материјалноправни захтев се не примењује када су тужбе поводом експропријације у питању⁹⁰³.

На крају, арбитражни суд је закључио да „...у складу са чланом 4. Правила о одговорности, одлуке судова, укључујући и оне о незаконитој експропријацији, могу да доведу до одговорности државе, без постојања било каквог захтева искоришћености локалних правних лекова (осим уколико су у питању тужбени захтеви због ускраћивања правде)”⁹⁰⁴. Овде је, дакле, он закључио да искоришћеност локалних правних лекова није предуслов за наступање експропријације, већ само предуслов за наступање одговорности за ускраћивање правде. Овај случај се, према томе, поред тога што ја значајан за питање односа између правила о локалним правним лековима и експропријације, може сматрати једним од оних који понављају оно што је данас општеприхваћено - нема ускраћивања правде ако нису коришћени локални правни лекови.

Овакво схватање налазимо и у поступању арбитражног суда у случају *Saipem v Bangladesh*. Наиме, овде је постојала претходна одлука арбитражног суда МТК због повреде одредби уговора закљученог између италијанске компаније *Saipem* и компаније *Petrobangla*, која има статус државног ентитета Бангладеша. Овом

⁹⁰² *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013, пара. 345.

⁹⁰³ *Ibid.*, пара. 346.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, пара. 347.

одлуком је арбитражни суд МТК утврдио да је компанија *Petrobangla* повредила обавезе из уговора јер није пружила надокнаду компанији *Saipem* због продужетка и додатних радова и одредио је износ који је дужна да јој исплати уз одговарајућу камату⁹⁰⁵. Судови у Бангладешу су поништили ову одлуку, те она није била извршива⁹⁰⁶. Компанија *Saipem* је због тога поднела захтев за решавање арбитражном суду ИКСИД, по основу БИТ-а закљученог између Италије и Бангладеша. Арбитражни суд ИКСИД је сматрао да је Бангладеш извршио индиректну експропријацију уговорних права компаније *Saipem* утврђених одлуком МТК⁹⁰⁷. Приликом одлучивања о питању да ли је искоришћеност локалних правних лекова материјалноправни услов за наступање одговорности држава у захтеву за експропријацију коју су извршили судски органи⁹⁰⁸, арбитражни суд је истакао да „судска експропријација претпоставља да је поступање судова било незаконито, али то не значи да судска експропријација нужно обухвата ускраћивање правде. На основу тога, искоришћеност локалних правних лекова не представља материјалноправни услов за утврђивање судске експропријације”⁹⁰⁹. Овакав став арбитражног суда је наишао на критике. Саторова (*Sattorova*) је истакла да је у овом случају било јасно да се ради о ускраћивању правде. Међутим, арбитражни суд је направио разлику између ускраћивања правде и судске експропријације, али се није бавио разлозима за ову разлику. Чини се да је, како је даље навела, арбитражни суд ускраћивање правде означио као „судску експропријацију” само како би оправдао непримену правила о локалним правним лековима. Ауторка је истакла и да је овде компанија *Saipem* успела да избегне примену правила о локалним правним лековима као предуслова за наступање одговорности тако што је

⁹⁰⁵ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, пара. 48.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, пара. 84.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, пара. 128, 129.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, пара. 176.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, пара. 181.

захтев за ускраћивање правде представила као захтев за експропријацију⁹¹⁰. Да је арбитражни суд поступање судова Бангладеша посматрао као ускраћивање правде, тужбени захтев улагача би био одбијен у овом поступку⁹¹¹. Оно што је неспорно у овом случају је да арбитражни суд искоришћеност локалних правних лекова није сматрао материјалноправним условом у захтевима у вези са експропријацијом.

Шројерово схватање такође подржава овакав приступ. Наиме, он сматра да нема сврхе користити правило о искоришћености правних лекова у инвестиционој арбитражи да би се доказало да је материјалноправни стандард повређен, а једини прихватљив изузетак од примене овог начела је тужбени захтев због ускраћивања правде⁹¹².

На основу свега изнетог можемо закључити да арбитражна пракса у погледу поступања о питању да ли искоришћеност локалних правних лекова представља предуслов за наступање експропријације није у потпуности уједначена, док се може сматрати уједначеном у погледу тога да се правило о локалним правним лековима примењује као материјалноправни услов за наступање одговорности за ускраћивање правде.

⁹¹⁰ Mavluda Sattorova, Denial of Justice Disguised?: Investment Arbitration and the Protection of Investors from Judicial Misconduct, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, 2012, стр. 234, 235.

⁹¹¹ *Ibid.*, стр. 244.

⁹¹² Christoph Schreuer, Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law y *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ed. By Arthur W. Rovine), Martinus Nijhoff, 2012, стр. 76.

3. Примена општих правних начела

У инвестиционим споровима се општа правна начела углавном користе за попуњавање празнина након примене споразума о подстицању и заштити улагања и обичајног међународног права⁹¹³. Општа правна начела конкретизују права и обавезе у односима између страног улагача и државе пријема, те су због тога веома битан извор приликом решавања ових спорова, али како Шил (*Schill*) истиче - мало успаван⁹¹⁴.

Према члану 38(1)(ц) Статута Међународног суда правде општа правна начела представљају извор међународног права. Међутим, она не црпе своје постојање из међународног права, већ су то начела која потичу из националних правних система. Примена општих правних начела у смислу члана 42(1) ИКСИД конвенције захтева компаративну анализу националних правних система, а сама начела морају бити прилагођена примени на нивоу међународног права⁹¹⁵. Ова начела се, дакле, примењују и у националном и у међународном праву истовремено⁹¹⁶: „...општа начела су правила која су у великој мери примењива *in foro domestico*, на питања приватног или јавног права, материјалног или процесног, с тим да су, након прилагођавања, погодна за примену на нивоу

⁹¹³ Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 608. Постоје и схватања да она немају нужно супсидијаран карактер. Према овом схватању у односу између споразума и опшег начела, предност у примени *углавном* има споразум. Међутим, опште начело може да одреди начин на који ће се одређено правила споразума применити и на тај начин ограничити примену правила споразума у одређеним ситуацијама; види: Giorgio Gaja, *General Principles of Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, 2013, пара. 21, 22; доступно на: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/10/General-Principles-of-Law-Giorgio-Gaja-2.pdf>.

⁹¹⁴ Stephan Schill, *General Principles of Law and International Investment Law y International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (ed. by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere), Brill | Nijhoff, 2012, стр. 145.

⁹¹⁵ Giuditta Cordero-Moss, Daniel Behn, *op. cit.* стр. 16-17.

⁹¹⁶ Tarcisio Gazzini, *General Principles of Law in the Field of Foreign Investment*, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, 2009, стр. 104.

међународног права”⁹¹⁷.

Шројер наводи да ИКСИД арбитражни судови као општа правна начела примењују, на пример, обавезу поступања у доброј вери, забрану корупције, естопел, забрану неоснованог обogaћења, општа начела уговорног права (укључујући *pacta sunt servanda* и *exceptio non adimpleti contractus*), правило о обавези плаћања накнаде у случају национализације, правила везана за терет доказивања итд⁹¹⁸.

Општа правна начела могу бити од помоћи и приликом разјашњења садржине материјалноправних стандарда. Међутим, основно питање које се овде поставља је да ли повреда ових начела може довести до повреде материјалноправног стандарда. У том смислу се у арбитражној пракси јавило питање **да ли је повреда начела поступања у доброј вери услов постојања повреде стандарда поштеног и правичног третмана.**

Арбитражни судови поступање у доброј вери везују за стандард поштеног и правичног третмана, односно заузимају став да је „начело поступања у доброј вери у средишту концепта поштеног и правичног третмана”⁹¹⁹ или, на пример, да „стандард поштеног и правичног третмана произлази из захтева за поступање у доброј вери који је несумњиво опште правно начело према члану 38(1) Статута Међународног суда правде”⁹²⁰. У случају *Waste Management v Mexico* је арбитражно веће закључило да је „...основна обавеза државе према члану 1105(1) [поштен и правичан третман] да поступа у доброј вери и форми, а не да одлучи

⁹¹⁷ *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пара. 622.

⁹¹⁸ Видети детаљније, са упућивањем на случајеве из праксе ИКСИД арбитражних судова: Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, стр. 608, 609.

⁹¹⁹ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пара. 298.

⁹²⁰ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, пара. 111.

да намерно уништи или осујети улагање неодговарајућим средствима”⁹²¹. Слично томе је арбитражни суд у случају *Rumeli v Kazakhstan* истакао да је обавеза државе да поступа у доброј вери једно од начела о којем су се странке исправно сагласиле да је обухваћено стандардом поштеног и правичног третмана, али је додао да „пракса потврђује да држава мора да поштује *разумна и легитимна очекивања улагача* како би поступала у складу са стандардом”⁹²². И други арбитражни судови су ово потврдили, истичући да је „стандард поштеног и правичног третмана уско повезан са легитимним очекивањима која су доминантан елемент тог стандарда...”⁹²³ и да „очекивања страних улагача свакако укључују разматрање државе пријема таквих општеприхваћених фундаменталних стандарда као што су поступање у доброј вери, законитост поступка, забрана дискриминације...”⁹²⁴. Као што се може видети, страни улагач има легитимно очекивање да ће се држава понашати у складу са начелом поступања у доброј вери, а поштовање овог очекивања је кључно за поступање у складу са стандардом поштеног и правичног третмана⁹²⁵.

Пракса арбитражних судова показује да је постојање повреде начела поступања у доброј вери тешко доказиво у арбитражном поступку. Један од ретких случајева у којем је арбитражни суд нашао да је држава одговорна због повреде овог начела је *Cargill v Mexico*. Арбитражни суд је најпре истакао да се слаже са ставовима других НАФТА арбитражних судова који сматрају да стандард поштеног и правичног третмана не подразумева толико строге захтеве као што

⁹²¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, пара. 138.

⁹²² *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, пара. 609.

⁹²³ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, пара. 302.

⁹²⁴ *Ibid.*, пара. 303.

⁹²⁵ О овом види више: Sanja Đajić, Mapping the Good Faith Principle in International Investment Arbitration: Assessment of Its Substantive and Procedural Value, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012, стр. 207–233.

су поступање у лошој вери или намерно занемаривање дужности (*willful neglect of duty*). Потом је истакао да „арбитражни суд сматра да, иако се поступање у лошој вери или намерно занемаривање дужности не захтева, постојање таквих околности ће сигурно бити довољно”⁹²⁶ да се утврди да је дошло до повреде стандарда поштеног и правичног третмана.

У арбитражној пракси су доминантне одлуке које поступање у лошој вери не посматрају као услов неопходан за повреду стандарда поштеног и правичног третмана: „Коначно, иако представља опште начело националног и међународног права, поступање у доброј вери су арбитражни судови анализирали као елемент стандарда поштеног и правичног третмана. Поступања као што су завера државних органа да би се нанела штета улагању или коришћење правних инструмената у друге сврхе осим оних за које су намењени, су арбитражни судови цитирали као примере поступања у лошој вери која могу представљати повреду стандарда. Међутим, **јасно је да стандард поштеног и правичног третмана може бити повређен чак и када држава не поступа у лошој вери**”⁹²⁷. У том смислу је било и схватање арбитражног суда у случају *Occidental v Ecuador* који је истакао да је у питању „објективни захтев који не зависи од тога да ли је тужени поступао у доброј вери или не”⁹²⁸. Овде је, дакле, арбитражни суд изнео став да може да постоји повреда стандарда поштеног и правичног третмана и када није доказано постојање „завере државних органа”

⁹²⁶ *Cargill Incorporated v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (redacted version), 18 September 2009, пара. 296 и даље.

⁹²⁷ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012, пара. 227; видети фн. 125 за друге случајеве.

⁹²⁸ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1 July 2004, пара. 186; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пара. 153: „Арбитражни суд сматра да је обавеза поштеног и правичног третмана из члана 4(1) Споразума израз и део начела савесности и поштења признатог у међународном праву, иако се *непоступање у доброј вери државе не захтева за његову повреду*..... Држава може пружити непоштен и неправичан третман страном улагању, а да њено понашање није нужно у супротности са поступањем у доброј вери”.

(поступање у лошој вери) да се нанесе штета улагачу. То значи да повреда овог стандарда није искључиво везана за поступање у лошој вери.

Из приказаних случајева можемо да закључимо да је арбитражна пракса у погледу питања да ли је повреда начела поступања у доброј вери услов постојања повреде стандарда поштеног и правичног третмана уједначена: поступање у лошој вери представља повреду стандарда поштеног и правичног третмана, али то још не значи да је поступање у лошој вери услов неопходан за наступање повреде овог стандарда и да он не може да буде повређен на неки други начин.

4. Национално право као меродавно право у инвестиционим споровима

Генерално посматрано, сматра се да се примена националног права од стране арбитражних судова везује за *спорове настале због повреда уговора*. Међутим, национално право, као много развијеније од међународног права и које знатно детаљније регулише економске, привредне и друге области од значаја за страна улагања има оправдану примену и у случајевима када се ради о тужбеним захтевима поднетим по основу БИТ-а⁹²⁹.

У том смислу можемо рећи да национално право има **допунску улогу** у односу на међународно право, које није комплетан систем. Одлука арбитражног суда у случају *LG&E v Argentine* на то и указује. Пошто није постојао споразум страна о меродавном праву, арбитражни суд је констатовао да би требало да примени другу реченицу члана 42(1) ИКСИД конвенције. При том је сматрао да БИТ, као део правног система Аргентине, има предност у примени у односу на национално право⁹³⁰. У прилог примене међународног права је истакао и да је у питању спор који је настао због повреде БИТ-а⁹³¹, да арбитражни суд о њему решава по основу међународног споразума, да спор потпада под међународно право, па да се и правила овог права на њега примењују⁹³². Осим тога, арбитражни суд је навео и да међународно право има предност у примени у случају несагласности са националним правом јер држава не може да се позива на одредбе свог права у случају када се не придржава својих међународних обавеза⁹³³. Коначно је закључио: „Чињеница да не постоји уговор између

⁹²⁹ Christopher Thomas, Harpreet Kaur Dhillon, *op. cit.*, стр. 986, 987.

⁹³⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пара. 91.

⁹³¹ *Ibid.*, пара. 92.

⁹³² *Ibid.*, пара. 93.

⁹³³ *Ibid.*, пара. 94.

Аргентине и *LG&E*, фаворизује, на првом месту, примену међународног права, јер се ради о правом спору у области улагања на које се примењују одредбе билатералног споразума допуњене националним правом⁹³⁴. Овде је арбитражни суд сматрао да би требало применити правила и националног и међународног права, у зависности од тога о којем се спорном питању ради и истакао да национално право требало допунски применити јер БИТ није „самосталан затворени правни систем”⁹³⁵.

Осим тога, у раду је већ приказано да је национално право меродавно код утврђивања **правне природе ентитета чије се поступање приписује држави**⁹³⁶, а оно се примењује и приликом **утврђивања држављанства тужиоца**⁹³⁷.

У наставку ћемо се детаљније бавити питањем примене националног права у случајевима утврђивања обима и садржине имовинских права и случајевима када непримењивање (повреда) сопствених прописа државе пријема представља основ повреде материјалноправног стандарда третмана улагача.

⁹³⁴ *Ibid.*, пара. 98.

⁹³⁵ *Ibid.*, пара. 97. Види и *RosInvestCo UK Ltd. v The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Final Award, 12 September 2010, пара. 249.

⁹³⁶ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012.

⁹³⁷ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, пара. 86: „Међу странкама није спорно да је опште начело да свака држава одлучује у складу са својим правом ко је њен држављанин. Ово је чврсто утемељено начело међународног права и, као што је указано, у сагласности са одредбом члана 1(2)(а) БИТ-а. Такође је општеприхваћено у пракси ИКСИД-а да се држављанство одређује на основу националног права сваке државе уговорнице. Стога, у овом случају арбитражни суд мора утврдити држављанство *Messrs. Micula* по националном праву државе чије држављанство они тврде да имају, тј. право Шведске”.

4.1. Примена националног права приликом утврђивања обима и садржине имовинских права и обавеза

Опште међународно право не садржи супстанцијална правила која се односе на имовинска права, те се приликом утврђивања њиховог обима и садржине, као и питања коме припадају, примењује национално право које се тиче односне имовине. На основу територијалне везе између улагања и државе уговорнице, који је утврђен споразумом о подстицању и заштити улагања се одређује то национално имовинско право⁹³⁸. Овде се, дакле, национално право примењује и онда када није предвиђено у клаузули БИТ-а о меродавном праву. И арбитражна пракса подржава овакво схватање:

„Друго претходно питање се тиче меродавног права. Релевантна клаузула, члан XIII(7) БИТ-а, предвиђа само да арбитражни суд који је надлежан по основу БИТ-а „одлучује о питањима у спору у складу са овим споразумом и меродавним правилима међународног права”. За разлику од многих БИТ-ова, овде не постоји изричито упућивање на примену права државе пријема. Међутим, због постојања **експропријације** улагања или добити (у ситуацији која се односи на законска права или потраживања, а не на физичко одузимање ствари), повређена права морају постојати по праву по којем су установљена, а то је у овом случају право Еквадора...”⁹³⁹.

У овим случајевима је, заправо, постојање, обим и садржина ових права *претходно питање* које се утврђује на основу националног права државе пријема. Дobar пример тога налазимо у одлуци у случају *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedöház Vagyonkezelő Zrt. v Hungary*, где је било

⁹³⁸ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, стр. 52.

⁹³⁹ *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, 3 February 2006, пара. 184.

речи о утврђивању постојања права на емитовање радијског програма у Мађарској:

„До одговора на питање да ли су тужиоци имали било какво право на емитовање путем радио фреквенције у Мађарској у критичном моменту у 2009. години се може доћи само применом права Мађарске... Након утврђивања постојања таквих права по мађарском праву, као и њихове природе и обима, разматра се да ли она могу да чине улагање којем се пружа заштита у смислу члана 1 БИТ-а и члана 25 ИКСИД конвенције. Ово питање мора бити решено применом оних одредби споразума које се тумаче у контексту општег међународног права... Коначно, до одговора на питање да ли заштићено улагање са претходно утврђеним карактеристикама може бити експроприсано се мора доћи применом члана 6 БИТ-а и правила општег међународног права о експропријацији”⁹⁴⁰.

Слично је арбитражни суд поступио и у случају *Alpha v Ukraine*. Овде је тужилац тврдио да је Украјина прекршила више одредби БИТ-а између Аустрије и Украјине и Закона о страним улагањима Украјине, а арбитражни суд утврдио

⁹⁴⁰ *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/3, Award, 17 April 2015, пара. 75. У случају *Philip Morris v Uruguay* је наведено: „Меродавно право у овом случају је БИТ, допуњен оним правилима међународног права која могу бити релевантна. Задатак арбитражног суда је да утврди да ли је тужени прекршио своје обавезе из БИТ-а. **Улога права Уругваја је значајна у два смисла.** Са једне стране, оно говори о садржини тужиочевих права и обавеза према уругвајском правном систему, као и у области заштите жигова. Са друге стране, право Уругваја указује и на садржај обавеза туженог према тужиоцима за које они тврде да су прекршене. Право Уругваја може бити релевантно за утврђивање права која држава признаје да припадају тужиоцима. Легалност измена или престанка права према праву Уругваја, иако релевантно, не одређује да ли такво поступање може да представља повреду обавезе из БИТ-а. Уместо тога, да ли се повреда, заправо, догодила је питање о којем се одлучује на основу самог БИТ-а и других релевантних правила међународног права, узимајући у обзир сваки битни елемент, укључујући и меродавна правила уругвајског права која се примењују на обе странке”; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Award, 8 July 2016, пара. 177-179.

да је надлежан за обе врсте тужбених захтева. Приликом решавања у меритуму о захтеву поднетом по основу БИТ-а је истакао да „првенствено примењује материјалноправне одредбе БИТ-а, а *када је потребно решити чињенична питања, укључујући и обим права и интереса тужиоца према Уговору о заједничким активностима*, примењује национално право Украјине”⁹⁴¹.

У случајевима, дакле, када постоји и уговор међу странама у оваквом спору, углавном се национално право примењује на **питања која су везана за уговорне односе** - да ли је закључен, да ли је престао, његов садржај итд. То је, на пример, истакнуто у одлуци арбитражног суда у *Bosh International v Ukraine*: „...међутим арбитражни суд се слаже са туженим да је, поред примене одредби БИТ-а, неопходно размотрити право Украјине, посебно због тога што су **тужбени захтеви тужиоца бар делимично засновани на уговорним правима**”⁹⁴².

Међутим, већ смо указали на случај *Caratube v Kazakhstan* који доказује да арбитражна пракса није јединствена по питању става да се на питања везана за уговорне односе примењује национално право. Према мишљењу овог арбитражног суда, међународно право се увек примењује, без обзира да ли је надлежност арбитражног суда заснована на уговору или БИТ-у⁹⁴³. У складу са овим схватањем арбитражни суд је на застарелост потраживања из уговора применио међународно право.

Коначно, овде бисмо сврстали и примену националног права у случајевима где је арбитражни суд путем **кишобран клаузуле** надлежан да решава и о

⁹⁴¹ *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, пара. 347.

⁹⁴² *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, пара. 113.

⁹⁴³ *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September, 2017, пара. 291. Види детаљније у III делу рада.

повредама уговора. Арбитражни суд је у случају *SGS v Philippines* заузео став да је на основу „члана X(2) држава пријема прекршила БИТ јер није испунила своје обавезе, укључујући и уговорне, које је преузела у погледу конкретног улагања. *Међутим, то не претвара питање обима и садржине таквих обавеза у питање међународног права. За то питање је и даље меродаван инвестициони уговор...* Меродавно право за [CISS] уговор је право Филипина, које је арбитражни суд у сваком случају дужан да примени на основу члана 42(1) ИКСИД конвенције. Са друге стране, уколико је неки други суд или арбитражни суд искључиво надлежан по уговору, ситуација може бити другачија”⁹⁴⁴.

На основу изнетог бисмо могли закључити да се национално право примењује у инвестиционим споровима приликом утврђивања имовинских права и обавеза, како у споровима покренутих по основу БИТ-а, тако и оних покренутих по основу уговора. Међутим, овде се (посебно у споровима покренутих по основу БИТ-а) национално право углавном узима *само као чињеница* приликом решавања питања које се тиче повреде међународноправне обавезе (повреде БИТ-а). Осим тога, одлука из септембра 2017. године (*Caratube v Kazakhstan*) указује на један забрињавајући тренд: националном праву се битно умањује значај приликом решавања спорних питања из уговора јер се примена међународног права проширује на сва питања која се појаве у спору који је покренут по основу уговора.

⁹⁴⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, para. 128.

4.2. Непримењивање (повреда) сопствених прописа државе пријема као основ повреде материјалноправног стандарда заштите улагача

Овде је реч о томе да ли поступање државе пријема које је у супротности са њеним правом може представљати основ повреде материјалноправног стандарда БИТ-а, односно да ли страни улагач има право да захтева да држава пријема све време поступа у складу са својим правом⁹⁴⁵. Ову примену националног права треба разликовати од примене националног права у инвестиционим споровима у случајевима када држава пријема тврди да је тужилац учинио повреду њеног права приликом стицања улагања јер је тада релевантно само време стицања или оснивања улагања и питање је које се тиче утврђивања надлежности арбитражног суда⁹⁴⁶.

4.2.1. Поступање/непоступање државе у складу са националним правом као основ за повреду стандарда поштеног и правичног третмана

Навешћемо неколико случајева из праксе арбитражних судова у којима се поставило питање да ли поступање државе пријема које је у супротности са њеним правом може представљати основ повреде стандарда поштеног и правичног третмана.

⁹⁴⁵ Christoph Schreuer, Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards, у *Investment Protection and the Energy Charter Treaty* (C. Ribeiro ed.), JurisNet, 2008, стр. 93.

⁹⁴⁶ Zachary Douglas, *op. cit.*, стр. 53. Види, на пример: *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, пара. 204; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, пара. 319, 320; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, пара. 398 и даље; *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, пара. 142.

У случају *GAMI v Mexico* је тужилац указао да се правни прописи који се тичу улагања нису спроводили у складу са њиховим одредбама⁹⁴⁷, као и да је пропуст Мексика да имплементира и спроводи своје законе био флагрантан и арбитран⁹⁴⁸. Мексико се није бавио овим тврдњама јер је сматрао да арбитражни суд нема овлашћење да контролише примену националног права од стране националне власти⁹⁴⁹. Арбитражни суд ово схватање Мексика није прихватио: „Ова тврдња погрешно схвата улогу међународног права у контексту заштите страних улагања. Међународно право не оцењује садржај постојећег регулаторног оквира пре него што улагач одлучи да га тај оквир обавезује. Питање је да ли је држава поштовала или спроводила тај оквир. У том смислу, пропуст државе да имплементира или поштује своје сопствено право на начин којим се неповољно утиче на страног улагача *може, али не нужно, довести до повреде члана 1105* [стандард поштеног и правичног третмана]. Много тога зависи од контекста...”⁹⁵⁰.

Дакле, арбитражни суд нема овлашћење да оцењује законе и друге прописе пре него што се улагач одлучио за улагање⁹⁵¹, али је дужан да утврди да ли и на који начин су они примењени на страног улагача. При томе, свака држава уговорница прихвата одговорност за поступање својих званичника који су пропустили да спроведу или спроводе прописе на дискриминаторан или произвољан начин, а држава не може да се позива на тешкоће у примени свог права као основа за његово непоштовање⁹⁵².

⁹⁴⁷ *Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004, пара. 86.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, пара. 88.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, пара. 90.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, пара. 91.

⁹⁵¹ *Ibid.*, пара. 93.

⁹⁵² *Ibid.*, пара. 94.

Арбитражни суд је сматрао да се тврдње тужиоца у погледу повреде стандарда поштеног и правичног третмана морају испитати у смислу следећег:

1. Пропуст да се испуне циљеви административних прописа не мора нужно довести до повреде међународног права.
2. Пропуст да се удовољи захтевима националног права не представља нужно кршење међународног права.
3. Доказ да је држава поступала у доброј вери како би остварила циљеве својих закона и прописа може представљати противтежу случајевима занемаривања правних или регулаторних захтева.
4. Докази посматрани у целини - а не као изоловани догађаји - одређују да ли постоји повреда међународног права⁹⁵³.

У случају *PSEG v Turkey* је арбитражно веће истакло следеће: „Слична је била ситуација у погледу одлуке Уставног суда која је потврдила стечена права по основу уговора, а коју је Министарство енергетике и природних ресурса, у односу према тужиоцима, једноставно игнорисало. Таква неконзистентна поступања могу бити незаконита по турском праву, а у смислу одредби споразума, оне такође представљају повреду стандарда поштеног и правичног третмана”⁹⁵⁴. Истакнуто је да се у случају сталних измена права, као и ставова и политика администрације не може остварити стабилно и предвидиво пословно окружење за страног улагача, на начин који је предвиђен споразумом и Уставом Турске⁹⁵⁵. На крају је арбитражни суд закључио да све и да су поступања била у доброј вери, у шта арбитражни суд нема разлога да не верује, још увек постоји очигледна повреда стандарда поштеног и правичног третмана према споразуму и према праву Турске⁹⁵⁶.

⁹⁵³ *Ibid.*, пара. 97.

⁹⁵⁴ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пара. 249.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, пара. 253, 254.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, пара. 256.

У пракси арбитражних судова налазимо и одлуке које указују да незаконитост према националном праву није аутоматски повреда међународног права. Овакво поступање арбитражних судова налазимо у случају *Glamis Gold v USA*. У овом спору је канадска рударска компанија *Glamis Gold* поднела тужбени захтев против Сједињених Америчких Држава у којем је истакла да су оне повредиле обавезе из НАФТА споразума јер нису пружиле поштен и правичан третман када је покушавала да користи своја права у вези са ископавањем руде злата у југоисточној Калифорнији⁹⁵⁷ и то поступцима како на федералном нивоу, тако и на нивоу држава⁹⁵⁸. Приликом разматрања да ли је постојала повреда члана 1105 НАФТА (поштен и правичан третман), арбитражни суд је, између осталог, разматрао и питање да ли су ова поступања била спроведена у законитом поступку⁹⁵⁹. У вези са тим је истакао: „...Иако је општеприхваћено да незаконитост неког поступања према националном праву не подразумева нужно и повреду међународног права, супротно је такође тачно: законитост акта према националном праву, не значи његову законитост по међународном праву”. Због тога је арбитражни суд сматрао да у овом случају треба да примени минимални стандард третмана утврђен обичајним међународним правом⁹⁶⁰ и закључио да спорно питање не представља повреду овог права јер „уколико је и постојала процедурална грешка, исправљена је брзо и ефикасно националним средствима, и не указује на „потпуни недостатак правичног поступка””⁹⁶¹.

У овом случају је компанија *Glamis* тврдила и да су Сједињене Америчке

⁹⁵⁷ *Glamis Gold, Ltd. v The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, пара. 1.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, пара. 11.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, пара. 768.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, пара. 770.

⁹⁶¹ *Ibid.*, пара. 771, 772. Слично је било и становиште арбитражног суда у случају *Cargill v Mexico*, који је за примену минималног третмана странаца утврђеног обичајним међународним правом истакао да "без обзира на гледишта сваке државе, постоји минимум, један основ испод којег се сматра да је држава међународноправно одговорна за своја поступања"; *Cargill Incorporated v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (redacted version), 18 September 2009, пара. 303.

Државе правном регулативом у области рударства повредиле стандард поштеног и правичног третмана који је предвиђен у члану 11 НАФТА јер су мере које је предузела Калифорнија биле арбитрарне. Арбитражни суд је у вези са тим истакао да његов задатак није да се бави детаљима и улази у оправданост националног права, већ да утврди да ли је постојало „грубо ускраћивање правде, очигледна арбитражност, несумњива непоштеност, потпуни недостатак правичног поступка, евидентна дискриминација, или очигледан недостатак основа”⁹⁶². Он је због тога, између осталог, морао да анализира национално законодавство и да „директно утврди текст и историју настанка закона и стање рударске индустрије у Калифорнији”⁹⁶³. Установио је да поступање државе у односу на страног улагача није било такво да би представљало повреду стандарда поштеног и правичног третмана. Наиме, арбитражни суд је закључио да је примена законодавства Сједињених Америчких Држава (Калифорније) имала општи карактер, а да није посебно била усмерена на улагање тужиоца. Осим тога, како је навео арбитражни суд, законодавство није повредило обавезе Калифорније да пружи заштиту улагачевим очекивањима и није било арбитражно⁹⁶⁴. Арбитражни суд је сматрао да се у овом случају „путем истицања „очигледно” и „велико”, стандард заштите чини строжијим и да постојање повреде захтева нешто више од обичне арбитражности, нешто што је изненађујуће, шокантно или показује очигледан недостатак образложења”⁹⁶⁵.

Несумњиво је да је арбитражни суд у овом случају разматрао национално законодавство и поступање државе приликом утврђивања повреде стандарда поштеног и правичног третмана. Међутим, то није био одлучујући фактор

⁹⁶² *Ibid.*, пара. 762.

⁹⁶³ *Ibid.*, пара. 793.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, пара. 24.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, пара. 617. Види и *Cargill Incorporated v United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (redacted version), 18 September 2009, пара. 293.

приликом одређења да ли је повређен овај стандард⁹⁶⁶.

Анализирани примери указују да непоступање државе пријема у складу са својим националним правом може бити основ за повреду стандарда поштеног и правичног третмана, али да то није увек случај. То значи да национално право и у овој својој примени може да има секундарни значај.

Случај *Bosh International v Ukraine* илуструје још једну примену националног права. Реч је о поступању/непоступању државе пријема у складу са начелом пресуђене ствари као основом за повреду стандарда поштеног и правичног третмана. Овде је постојао уговор између тужиоца и државног универзитета из Кијева о реновирању и реконструкцији научног комплекса⁹⁶⁷. Универзитет је желео да раскине уговор са тужиоцем јер је сматрао да је тужилац повредио своје уговорне обавезе. Како се тужилац са овим није сложио, тужени је понео тужбу за раскид уговора Привредном суду у Кијеву. Пред ИКСИД арбитражним судом тужилац је, између осталог, тврдио да је Украјина повредила обавезу пружања поштеног и правичног третмана јер украјински судови нису поступали у складу са начелом *res judicata* током судског поступка који је покренуо универзитет како би се раскинуо уговор. Тужилац је истакао да је ово начело опште правно начело које се примењује и у праву Украјине и чини део стандарда поштеног и правичног третмана⁹⁶⁸. Наиме, универзитет је покренуо поступак за раскид уговора пред Привредним судом у Кијеву, али је поступајући судија сматрао да тај суд није надлежан да одлучује јер је установљена надлежност ИКСИД-а⁹⁶⁹. Универзитет се, потом, није жалио на ову одлуку, већ је поново поднео исту тужбу о којој је одлучивао други судија. Овај

⁹⁶⁶ Види: Jarrod Hepburn, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2017, стр. 38-40.

⁹⁶⁷ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, пара. 33.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, пара. 260.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, пара. 262.

судија је раскинуо уговор сматрајући да је у питању привредни уговор те да БИТ није меродаван за спор између страна⁹⁷⁰. Тужилац је истакао да је дошло до повреде начела *res judicata*⁹⁷¹.

Арбитражни суд је указао да начело *res judicata* постоји у Украјинском привреднопроцесном закону и да се у њему прави разлика између тога када украјински суд донесе одлуку да тужбени захтев није предмет расправе привредних судова Украјине (када суд о томе не може да одлучује и одлука нема преклузивно дејство) и одлуке украјинског суда којим се окончава поступак, када се примењује начело *res judicata*⁹⁷². Арбитражни суд је сматрао да Привредни суд у Кијеву прихватањем тужбе универзитета није повредио начело *res judicata* према меродавном украјинском праву⁹⁷³. Овде је, дакле, постојала ситуација да се о захтеву није расправљало, те је арбитражни суд заузео став да није постојала препрека да се пред украјински суд поново поднесе исти спор (између истих страна, о истом предмету и основу)⁹⁷⁴. Тужилац је сматрао да на ово питање није требало применити право Украјине, већ да је то питање за које је меродавно међународно право јер се радило о повреди стандарда поштеног и правичног третмана. Арбитражни суд је истакао да је морао, између осталог, да утврди да ли је право које је било меродавно за поступак пред украјинским судовима (у којима је тужилац странка) било правилно примењено, како би утврдио да ли је тужени повредио стандард поштеног и правичног третмана. Према мишљењу арбитражног суда, за ово питање је меродавно право Украјине⁹⁷⁵, те је закључио да нема основа да не

⁹⁷⁰ *Ibid.*, пара. 263.

⁹⁷¹ *Ibid.*, пара. 264.

⁹⁷² *Ibid.*, пара. 278.

⁹⁷³ *Ibid.*, пара. 279.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, пара. 270.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, пара. 280.

прихвати одлуку украјинских судова као исправну у погледу начела *res judicata* према украјинском праву⁹⁷⁶.

У овом случају се, дакле, арбитражни суд одлучио за примену националног права приликом разматрања питања пресуђене ствари, прихватио став украјинских судова да се приговор *res judicata* одбија и закључио да није дошло до повреде стандарда поштеног и правичног третмана.

Ово треба разликовати од ситуације када арбитражни суд одлучује о приговору пресуђене ствари и тиче се његове надлежности. Поједини аутори истичу да арбитражни судови, заправо, готово увек одбијају приговоре пресуђене ствари и да ту постоји само привид да они примењују основна национална процесна начела у погледу овог питања⁹⁷⁷. С обзиром на то да се не ради о питању које се тиче меродавног права за суштину инвестиционог спора, овде је довољно истаћи да је и ово један од начина да се ограничи примена националног права у инвестиционим споровима.

4.2.2. Поступање/непоступање државе пријема у складу са својим националним правом и експропријација

Значај националног права је потврђен и у одлукама арбитражних судова у којима је тужбени захтев који се односи на експропријацију одбијен јер је држава поступала у складу са својим прописима. У случају *Saluka v Czech Republic* је Чешка приватизовала једну од својих највећих банака - *IPB*, продавши државне акције јапанској компанији *Nomura Group*, која их је потом пренела на своју ћерку компанију - *Saluka*, основану по праву Холандије. *Saluka* је сматрала да је Чешка повредила члан 5 БИТ-а који је предвиђао да “ниједна

⁹⁷⁶ *Ibid.*, пара. 282.

⁹⁷⁷ Сања Ђајић, Маја Станивуковић, *op. cit.*, стр. 82, 83.

уговорна страна неће предузимати било које мере које лишавају, директно или индиректно, улагаче друге уговорне стране њиховог улагања осим ако су испуњени следећи услови:

- а) да су предузете мере у јавном интересу и законитом поступку
- б) да мере нису дискриминаторне
- ц) мере су праћене одредбом о правичној накнади....⁹⁷⁸.

Тужилац је тврдио да је лишен вредности својих акција у *IPB*-у поступањем Чешке које је кулминирало принудном управом *IPB*-а⁹⁷⁹, а да једино питање у вези с тим о којем је арбитражни суд требало да одлучи је да ли је лишавање био незаконито према критеријумима из члана 5 БИТ-а⁹⁸⁰. Арбитражни суд је сматрао да Чешка није “прешла линију” и није повредила члан 5 БИТ-а, с обзиром на то да предузете мере могу бити оправдане као дозвољене регулаторне радње⁹⁸¹. Свој став је арбитражни суд засновао на основу одлуке Националне банке Чешке (*CNB*) у којој су се наводили разлози који су дозвољавали *CNB*, као регулатору банкарског сектора, да успостави принудну управу у *IPB*-у. У прилог томе је истакао да је у овој одлуци наведено и чешко законодавство на које се *CNB*⁹⁸² позивао, као и да је она потврђена и од стране борда банке који одлучује о жалбама и од стране Градског суда у Прагу⁹⁸³. Због тога је арбитражни суд сматрао да је поступање *CNB* било, по праву Чешке, оправдано⁹⁸⁴, а одлука *CNB* законита и допуштена регулаторна активност Чешке која је имала за циљ општу добробит државе и не потпада под изузетке од

⁹⁷⁸ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial award, 17 March 2006, пара. 245.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, пара. 246.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, пара. 247.

⁹⁸¹ *Ibid.*, пара. 265.

⁹⁸² *Ibid.*, пара. 269.

⁹⁸³ *Ibid.*, пара. 274.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, пара. 271.

допуштености регулаторних мера које признаје обичајно међународно право⁹⁸⁵. Коначно је закључио да одлука *CNB* не представља „лишавање” наведено у члану 5 БИТ-а и не повлачи одговорност Чешке⁹⁸⁶.

У наставку рада ћемо се фокусирати на примену националног права приликом утврђивања испуњености услова да је експропријација спроведена у законитом поступку.

Приликом анализе различитих БИТ-ова указали смо да се у њима, у великом броју, као услов за закониту експропријацију наводи да она мора бити спроведена у законитом поступку (*due process*). То значи да, да би експропријација била законита према правилима међународног права, већина арбитражних судова мора да утврди да је држава поступала у складу са својим правом приликом одузимања улагачевог улагања. Ово указује да национално право овде има несумњив и велики значај. При том се у појединим БИТ-овима наглашава да експропријација мора бити спроведена „у законитом поступку према националном праву”, а некад само „у законитом поступку”⁹⁸⁷.

Поставља се, међутим, питање да ли арбитражни судови увек примењују национално право приликом утврђивања да ли је задовољен захтев да је експропријација спроведена у законитом поступку. Ослањајући се на део закључака до којих је дошао Хепбурн (*Hepburn*), можемо констатовати да се национално право не примењује увек. Навешћемо неколико таквих случајева.

У појединим споровима су арбитражни судови сматрали да се национално право приликом утврђивања да ли је задовољен захтев да је експропријација

⁹⁸⁵ *Ibid.*, пара. 275. Исти став је арбитражни суд заузео и када је у питању погоршање улагања (види пара. 470). Види и *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ Jarrod Hepburn, *op. cit.*, стр. 46-48.

спроведена у законитом поступку не примењује јер **клаузула релевантног БИТ-а није гласила да експропријација мора бити спроведена у „законитом поступку према националном праву”**. У том смислу је арбитражни суд у случају *OI European Group v Venezuela* истакао следеће: „За разлику од других споразума [БИТ-ова], који изричито захтевају да се експропријација спроведе у поступку у складу са националним правом државе која је извршила експропријацију, члан 6(a) БИТ-а закљученог између Венецуеле и Холандије то не предвиђа. Овај члан не указује посебно на законодавство државе која је извршила експропријацију, већ на законити поступак уопште, један генерични концепт који се мора тумачити у складу са захтевима међународног права; то је онај минимум регулаторног стандарда прихваћен у свим државама који гарантује субјекту да се било која одлука које се односи на њега усваја након што је прошла кроз поштен и правичан процес”⁹⁸⁸. На основу тога је извео закључак да се, када се ради о експропријацији, „арбитражни суд мора ограничити на анализу да ли је Венецуела испунила захтев законитог поступка, онако како се он схвата у међународном праву, без давања оцене да ли је [поступак] у складу са националним правом Венецуеле”⁹⁸⁹.

Оваквом приступу су упућене критике, пре свега због тога што се у релевантном БИТ-у није налазила одредница *due process*, већ *due process of law*, што према појединим ауторима указује на примену националног права. Осим тога, није довољно јасно ни шта се под законитим поступком подразумева према правилима међународног права⁹⁹⁰.

Затим, случај када се не примењује национално право приликом утврђивања да ли је задовољен захтев да је експропријација спроведена у законитом поступку

⁹⁸⁸ *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015, пара. 387.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, пара. 388.

⁹⁹⁰ Jarrod Hepburn, *op. cit.*, стр. 55-56.

је и **када такав поступак у националном праву уопште не постоји**. Пример налазимо у случају *ADC v Hungary*: „Арбитражни суд се слаже са тужиоцем да „законит поступак”, у смислу експропријације, захтева стваран и суштински правни поступак у којем страни улагач може да поднесе тужбени захтев против одузимања које је већ наступило или које ће ускоро наступити против њега. Неки основни механизми као што су благовремено разумно обавештавање, поштено саслушање и непристрасно лице које одлучује у спору, се очекује да су доступни улагачу како би такав правни поступак имао смисла. Генерално, правни поступак мора бити такав да пружа улагачу разумну могућност у оквиру разумног времена да поднесе захтев за остварење својих легитимних права и да буде саслушан. Уколико такав правни поступак не постоји уопште, сви аргументи да су „поступања предузета у законитом поступку” су празни. То је управо оно што је арбитражни суд нашао у овом случају”⁹⁹¹. Због тога је арбитражни суд закључио да експропријација није спроведена у законитом поступку (*due process of law*), што се захтевало у члану 4 БИТ-а⁹⁹².

Коначно, Хепбурн указује да се национално право приликом утврђивања да ли је задовољен захтев да је експропријација спроведена у законитом поступку не примењује у још једном случају - **када је у БИТ-у предвиђено да се одлука о експропријацији преиспитује пред домаћим судовима**. Пример налазимо у БИТ-у који је Република Србија закључила са Уједињеним Краљевством где се не поставља услов да је експропријација спроведена у законитом поступку, већ је предвиђено да „улагач чија су улагања експроприсана има право, у складу са законом о експропријацији Стране уговорнице на чијој територији је извршена експропријација, да судско или друго надлежно тело те Стране уговорнице изврше неодложно разматрање његовог случаја и вредновање његовог улагања

⁹⁹¹ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, пара. 435.

⁹⁹² *Ibid.*, пара. 434.

у складу са начелима дефинисаним у овом члану”⁹⁹³. Арбитражни суд стога, у случају покретања арбитраже због наводне незаконите експропријације, овде само утврђује да ли такав судски поступак постоји, док законитост поступања не испитује јер се то по одредби БИТ-а не захтева (не постоји одредница *due process of law*). Овај аутор истиче да у овом случају, све док у националном поступку улагач има могућност да доказује да је извршена експропријација и докле год постоји материјално право којим национални судови могу да преиспитују експропријацију, нема потребе да арбитражни суд утврђује да ли је експропријација извршена у складу са националним правом⁹⁹⁴.

Занемаривање значаја националног права налазимо и у случају *Middle East v Egypt* у којем је арбитражни суд испитивао да ли је заплена и јавна продаја брода без претходног обавештења страног улагача коме је тај брод припадао учињена у законитом поступку. Овде је Египат формално поштовао одредбу свог законодавства о достављању, али је арбитражни суд нашао да то није довољно. Наиме, према мишљењу арбитражног суда, лично достављање је било обавезно, без обзира да ли је оно било предвиђено спорном одредбом египатског процесног законодавства⁹⁹⁵. То значи да је арбитражни суд сматрао да *due process* стандард постоји независно од националног права, као универзални стандард⁹⁹⁶, односно нека врста наднационалне категорије.

⁹⁹³ Чл. 5 Споразума са Уједињеним Краљевством.

⁹⁹⁴ Jarrod Hepburn, *op. cit.*, стр. 57.

⁹⁹⁵ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пара 143.

⁹⁹⁶ Петар Ђундић, Експропријација у међународном приватном праву инвестиција, докторска дисертација, стр. 120.

На основу изнетог можемо извести неколико закључака.

Прво што уочавамо је да национално право у инвестиционим споровима данас превасходно има значај чињенице од које зависи примена међународног права. То потврђују сви аспекти примене националног права које смо истраживали - и у случају примене националног права приликом утврђивања обима и садржине имовинских права и обавеза, и у случају примене/непримене националног права као основа за повреду материјалноправног стандарда.

Кјос у том смислу истиче да постоје случајеви у којима не постоји *права примена* националног права, већ се ради о његовој примени ради утврђивања **чињеница или доказа** приликом одлучивања у меритуму о међународноправном захтеву. Оваква примена је, како је она истакла, настала кроз дугу праксу међународних и арбитражних судова⁹⁹⁷. На пример, у поменутом случају *Alpha v Ukraine* је арбитражни суд истакао да „када право Украјине дефинише права и обавезе странака из уговора, о таквим питањим се одлучује као о чињеничним питањима”⁹⁹⁸, док је у *Ioan Micula v Romania* истакнуто да „право Европске уније чини део „чињеничне грађе” овог случаја”⁹⁹⁹. Међутим, Кјос даље указује на то да у овим случајевима арбитражни

⁹⁹⁷ Hege Elisabeth Kjos, *op. cit.*, стр. 253.

⁹⁹⁸ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, пара. 233.

⁹⁹⁹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, пара. 328; *AES Summit Generation Limited and AES Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, пара. 7.6.12: “In summary, the Tribunal determines that the Respondent’s acts/measures are to be assessed under the ECT as the applicable law but that the EC law is to be considered and taken into account as a relevant fact”. Међутим, у случају *National Grid v Argentine* је истакнуто да “...је јасно да...арбитражни суд право државе пријема посматра као питање права, одбијајући схватање да се право Аргентине може посматрати само као фактичко

суд може и да примењује национално право како би утврдио имовинска права и обавезе странака, односно права и обавезе из уговора. У тим случајевима је, према њеном мишљењу, боље сматрати да се национално право примењује *истински* на суштину спора, иако и даље има индиректну примену, у смислу дела одређења међународноправног захтева¹⁰⁰⁰. Ово схватање је теоријски прихватљиво, али сматрамо да нема већи практични значај: све док арбитражни суд правилно примењује национално право на одговарајуће питање у спору, за крајњи исход је ирелевантно да ли је у питању била *истинска* примена.

Приликом разматрања питања да ли непоступање државе у складу са националним правом може представљати основ за повреду стандарда поштеност и правичног третмана видели смо да се национално право разматрало и узимало као чињеница која нема увек пресудан значај за арбитражни суд који утврђује да ли је дошло до повреде овог стандарда. Због тога можемо рећи да се и овде јављају случајеви у којима је реч о сужавању примене националног права, на сличан начин као што су то арбитражни судови чинили када мењају квалификацију тужбеног захтева и изводе закључак да се међународно право увек примењује (па чак и када је спор покренут по основу инвестиционог уговора и уговор садржи клаузулу која предвиђа искључиву примену националног права) или када сматрају да, у одсуству споразума страна о меродавном праву, постоји прећутна аутономија воље да се примењује међународно право јер је спор покренут по основу БИТ-а.

У анализираним случајевима у вези са питањем да ли поступање/непоступање државе у складу са својим правом представља основ за постојање експропријације налазимо на неуједначеност приликом одлучивања арбитражних судова. Најпре смо указали на одлуку у којој је тужбени захтев за

питање”; *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3 November 2008, пара. 84.

¹⁰⁰⁰ Hege Elisabeth Kjos, *op. cit.*, стр. 255.

експропријацију одбијен јер је држава поступала у складу са својим правом (*Saluka v Czech Republic*). Потом смо разматрали да ли арбитражни судови увек примењују национално право када се утврђује да ли је експропријација спроведена у законитом поступку. Ту смо указали на одлуке у којима налазимо да се национално право не примењује приликом утврђивања законитости поступка: када клаузула релевантног БИТ-а не предвиђа да експропријација мора бити спроведена у “законитом поступку према националном праву” (*OI European Group v Venezuela*), када такав поступак у националном праву уопште не постоји (*ADC v Hungary*) и када је у БИТ-у предвиђено да се одлука о експропријацији преиспитује пред домаћим судовима, а не постоји услов да је експропријација спроведена у законитом поступку. Најочигледнији пример сужавања примене националног права налазимо у последњем анализираном случају (*Middle East v Egypt*), у којем је арбитражни суд сматрао да *due process* стандард постоји као нека врста наднационалне категорије, потпуно независан од националног права.

Можемо закључити да је тенденција поступања арбитражних судова смањење значаја националног права у инвестиционим споровима. Указали смо на начине на које арбитражни судови то чине, али остаје нејасно како то помирити са самим смислом инвестиционе арбитраже и чињеницом да и сама ИКСИД конвенција у другој реченици чл. 42(1) предвиђа да национално право има чак и предност у односу на међународно право. Исто тако, оваквим поступањем свој значај губе и саме клаузуле о меродавном праву, као и разликовање арбитражних поступака покренутих по основу инвестиционог уговора и по основу споразума о подстицању и заштити улагања.

VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Анализа релевантне арбитражне праксе указује на то да међународна арбитража представља ефикасно средство решавања инвестиционих спорова. Међутим, свакако да постоје делови и питања у овом процесу која захтевају и намећу рад на његовом унапређењу. Једно од њих је одређивања меродавног права за суштину спора.

Видели смо да је од самог почетка постојања инвестиционих спорова постојала несугласност око питања по којем праву их решавати. Имајућу у виду да се ради о веома комплексним споровима на које се примењују различити извори права, можемо рећи да та дилема ни у данашње време није у потпуности разрешена. Заправо, ова сложеност проистиче из чињенице да се питање одређивања меродавног права не своди на просто утврђивање извора који би се примењивао на сва спорна питања, већ се за свако појединачно питање одређује који слој правних правила применити и на који начин их комбиновати. Томе доприноси и непостојање универзалног споразума о заштити улагања, као и недостатак органа или тела који би искључиво био надлежан за решавање инвестиционих спорова.

Приликом разматрања начела аутономије воље показали смо да се оно примењује и на избор меродавног права за суштину спора који се решава у међународној арбитражи. Право странака да слободно изврше овај избор потврђено је у националним законодавствима и арбитражним правилима најзначајнијих арбитражних институција. То значи да су, поштујући ово начело, арбитражи приликом решавања сваког инвестиционог спора дужни да најпре утврде да ли међу странама постоји споразум око тога које ће право (или правна правила) бити меродавно. Странке начело аутономије воље приликом одређивања меродавног права за суштину спора у инвестиционој арбитражи остварују на више начина: путем клаузуле уговора о улагању, прихватајући да се

спор реши на основу билатералног или мултилатералног споразума о унапређењу и заштити инвестиција који садржи клаузулу о меродавном праву, или путем пристанка да се спор решава применом релевантне одредбе националног законодавства.

У теорији и арбитражној пракси, међутим, нису уједначени ставови по питању **да ли би страначки избор требало поштовати у сваком случају** (без обзира да ли је у питању међународно или национално право). Ова схватања иду од тога да би у случају изричитог избора националног права, примена међународног права представљала прекорачење овлашћења арбитражног суда које може да резултира поништајем арбитражне одлуке, до тога да арбитражни суд има веома широка овлашћења да, без обзира на избор странака, примени међународно право уколико сматра да је његова примена погоднија у конкретном случају или због чињенице да је основ поступања арбитражног суда БИТ. Осим тога, у раду је указано и на постојање теорија, које додуше немају нарочит практични значај, а које почивају на идејама да би **национално и/или међународно право требало искључити из примене на инвестиционе уговоре** (као, на пример, теорија *Contract without law*).

Неоспорно је да се искључива примена националног права у инвестиционим уговорима релативно често предвиђа, за разлику од искључиве примене међународног права. Сматрамо да је међународно право у инвестиционим уговорима најбоље предвидети у комбинацији са националним правом имајући у виду чињенице да се многе активности везане за страну улагање регулишу правилима државе пријема, поготово оне које се тичу реализације пројекта, као и да међународно право не садржи правила којима се регулишу уговорни односи и има много више правних празнина него национално право.

Анализом клаузула о меродавном праву у БИТ-овима смо утврдили да оне могу да буду различито формулисане. Такође, на основу анализираних случајева

можемо закључити да у случају непостојања утврђене хијерархије извора права у БИТ-у приликом утврђивања меродавног права, арбитражни судови примењују онај извор који сматрају одговарајућим. Ово свакако доприноси недовољној правној сигурности, а проистиче из различитог схватања арбитражних судова у погледу односа националног и међународног права.

У делу који се односи на поступање арбитражних судова када не постоји сагласност страна о избору меродавног права, анализирани одлуке арбитражних судова који делују изван ИКСИД система показују да се схватање односа међународног и националног права као меродавног временом мењало. У старијим одлукама се по правилу није ни постављало питање односа ова два права. Данас је у том погледу другачија ситуација. Наиме, у савременој арбитражној пракси и то како арбитражних судова који делују под окриљем ИКСИД-а, тако и у пракси арбитражних судова који делују ван ИКСИД система, преовлађује став да се у одсуству споразума страна, **међународно и национално право истовремено примењују као меродавна права** у међународним инвестиционим споровима. Ниједно од њих у том смислу није супериорно и не постоји услов правне празнине/несагласности да би се међународно право уопште узело у разматрање. Примена једног или другог права зависи од врсте спорног питања. Међутим, и у новијим анализираним одлукама запажамо неуједначеност ставова арбитражних судова у погледу питања односа међународног и националног права, те не можемо рећи ни да је савремено становиште општеприхваћено. Томе у прилог иде и чињеница да постоје одлуке у којима је **међународном праву дата не само примарна улога, већ је оно искључиво примењено** (без разматрања примене националног права). Такође, чини се да арбитражни судови, у случају када не постоји споразум страна о меродавном праву, оправдање за ширу примену међународног права нарочито налазе када је у питању арбитража покренута због повреда одредби споразума о подстицању и заштити улагања због саме природе тужбеног захтева.

Без обзира да ли постоји сагласност странака о избору меродавног права за суштину спора или не, у пракси арбитражних судова издвојила су се поступања на основу којих бисмо могли разврстати правна питања у неколико група, у зависности од тога које право се на њих примењује. Такву класификацију треба схватити условно јер се не може рећи да важи без изузетка, а осим тога одређивање и примена меродавног права зависи и од других правних и чињеничних околности, што се утврђује у сваком конкретном случају.

Можемо рећи да се **међународно право** примењује у случају повреде споразума о подстицању и заштити улагања. У многим случајевима су арбитражни судови сматрали да се на суштину спора примењује БИТ због чињенице да је сам спор покренут на основу одредби БИТ-а, односно поводом тврдњи тужиоца да је БИТ повређен (улагачи се у својим тужбама позивају на то да је повређен неки од материјалноправних стандарда третмана).

До примене **обичајног међународног права** у инвестиционим споровима долази приликом тумачења споразума о подстицању и заштити улагања, попуњавања правних празнина у случају да неко питање није регулисано овим споразумом, у случају непостојања споразума, као и када споразум упућује на његову примену. Овде смо указали на то да не постоји потпуно уједначен став по питању **односа БИТ-а и обичајног међународног права**: доминантно схватање је да БИТ представља *lex specialis*, док је друго схватање да БИТ-ови немају *lex specialis* карактер у односу на правила обичајног међународног права. У сваком случају, сматрамо да је реч о два различита извора права страних улагања и да оба заузимају битна места у овом систему.

У сваком случају се обичајно међународно право примењује на питања постојања одговорности државе за акте супротне међународном праву; питање утврђивања стандарда накнаде код незаконите експропријације; питање приписивости акта држави; питања искључења одговорности државе за акте

супротне међународном праву (постојање стања нужде и више силе); питање да ли искоришћеност правних лекова представља услов повреде материјалноправног стандарда заштите улагања.

Арбитражни судови **општа правна начела**, осим случајева њихове самосталне примене, користе за попуњавање празнина након примене споразума о подстицању и заштити улагања и обичајног међународног права. У раду је потврђено да повреда ових начела може довести до повреде материјалноправног стандарда заштите (повреда начела поступања у доброј вери доводи до повреде стандарда поштеног и правичног третмана).

Коначно, **национално право** државе пријема су арбитражни судови у инвестиционим споровима примењивали непосредно и посредно. Непосредна примена се везује за спорове који су покренути по основу уговора и када је предвиђено као меродавно у одговарајућој клаузули. Међутим, у раду је указано на случајеве када арбитражни судови чак и у оваквој ситуацији прибегавају примени међународног права. Са друге стране, у споровима који су покренути због повреде БИТ-а, национално право се често узима у обзир као чињеница у спору који се решава на основу правила међународног права, што значи да је у питању његова индиректна примена. У анализираним одлукама утврдили смо да се национално право примењује приликом утврђивања правне природе ентитета чије се поступање приписује држави, утврђивања обима и садржине имовинских права и обавеза, односно питања да ли непримењивање (повреда) сопствених прописа државе пријема представља основ повреде материјалноправног стандарда заштите улагача/улагања из БИТ-а.

Подсетићемо на неке случајеве у којима су различити слојеви правних правила утврђени као меродавни за различита правна питања, што указује на одређену недоследност у поступању ових судова и узрокује правну несигурност. На пример, приликом утврђивања **стандарда накнаде у случају незаконите**

експропријације су арбитражни судови примењивали *стандард обичајног међународног права*, а понекад и стандард из БИТ-а. Исто тако, генерално су арбитражни судови **статус државног ограна** утврђивали према *националном праву*, али постоје и одлуке у којима национално право није узето у обзир, већ су арбитражни судови посматрали овај статус из перспективе *међународног права*. По питању **да ли искоришћеност локалних правних лекова представља материјалноправни услов за позивање на ускраћивање правде**, арбитражна пракса је уједначена и готово универзално прихвата да јесте; са друге стране, арбитражна пракса није у потпуности уједначена у погледу питања **да ли искоришћеност локалних правних лекова може да се схвати као материјалноправни услов у захтевима у вези са експропријацијом**.

Оно што се приликом анализе релевантне арбитражне праксе може закључити јесте да се највише одступања од уобичајене праксе у погледу тога које се право примењује на које спорно питање односи на примену **националног права**. Тако налазимо пример да арбитражни суд заузима став да се међународно право у инвестиционим споровима увек примењује, па чак и онда када је надлежност арбитражног суда заснована на уговору и уговор садржи клаузулу о меродавном праву у којој је предвиђена искључива примена националног права државе пријема. Овде је реч о очигледном сужавању поља примене националног права. Исто тако, арбитражни судови су примену међународног права у одсуству споразума страна правдали наводним постојањем прећутне аутономије воље јер је спор покренут по основу БИТ-а или се то могло закључити из понашања странака у току поступка, иако она, заправо, није постојала.

Одступања налазимо и када је у питању непримењивање (повреда) сопствених прописа државе пријема као основ повреде материјалноправног стандарда заштите улагача. Наиме, када се ради о услову законитог поступка приликом експропријације, уочавамо да је арбитражна пракса подељена. Са једне стране су одлуке у којима се тужбени захтев одбија уколико је, према националном

праву, поступак био законит. Са друге стране су одлуке у којима налазимо да се национално право не примењује приликом утврђивања законитости поступка: када клаузула релевантног БИТ-а не предвиђа да експропријација мора бити спроведена у “законитом поступку према националном праву”, када такав поступак у националном праву уопште не постоји, и када је у БИТ-у предвиђено да се одлука о експропријацији преиспитује пред домаћим судовима, а не захтева се услов да је експропријација спроведена у законитом поступку. И овде можемо закључити да је у питању шира примена међународног права на штрб примене националног права. У прилог оваквог односа националног и међународног права су и одлуке арбитражних судова у којима је разматрано да ли непоступање државе у складу са својим правом може представљати основ за повреду стандарда поштеног и правичног третмана.

На основу наведеног, можемо закључити да су у раду потврђене следеће хипотезе:

1. Различита правна питања која се јављају у инвестиционим споровима подразумевају примену различитих правних правила;
2. Одговарајућу улогу приликом решавања спора имају правила међународног права (уговорна и обичајна), одредбе уговора закљученог између државе пријема и страног улагача, као и национално право државе пријема;
3. Одлуке арбитражних судова у којима су различити слојеви правних правила утврђени као меродавни за различита правна питања указују на недоследност у поступању ових судова, што доводи до правне несигурности;
4. Однос националног и међународног права као меродавног за суштину инвестиционих спорова још није прецизно утврђен; кључну улогу за одређивање исхода спора има међународно право.

При том можемо закључити и да ИКСИД арбитражни судови, као и арбитражни судови који делују изван ИКСИД система поступају на сличан начин приликом утврђивања меродавног права за суштину спора.

У циљу отклањања наведених проблема који се јављају у пракси слажемо се са ауторима који истичу шта би требало унапредити у праву страних улагања уопште, јер се тиме унапређује и сегмент који је тема овог рада: **оснивање јединственог међународног арбитражног суда који би се бавио само инвестиционим споровима** или бар **оснивање арбитражног суда који би одлучивао о жалбама на одлуке арбитражних судову у вишој инстанци**, као и **стварање универзалног међународног инвестиционог арбитражног поступка**. Свакако да би позитивно било наставити и са даљом **специјализацијом** у овој области. На тај начин би се јасно дефинисало поступања арбитражних судову приликом утврђивања меродавног права, што би у значајној мери допринело правној сигурности која је нарушена и тиме што арбитражни судови међународном праву приликом утврђивања права за суштину спора често дају кључну улогу. Овакву тенденцију не сматрамо оправданом. Наиме, национално право има битно место приликом решавања инвестиционог спора с обзиром на то да се реализација улагачког подухвата предузима на територији државе пријема, те не би било рационално све националне прописе и правила ставити у други план. Тиме се, заправо, и држави пријема даје секундаран значај и нарушава равнотежа уговорних страна, што може да резултира и устручавањем или одустајањем државе пријема од заснивања правног односа са страним улагачем. Због тога сматрамо да би арбитражна пракса требало да иде у правцу опрезне примене међународног права која се, између осталог, постиже избегавањем заузимања генералног става арбитражног суда да се у конкретном спору примењује међународно право на сва спорна питања. Детаљна анализа сваког спорног питања и одлучивање који слој правних правила применити је императив у овом процесу, а требало би да доведе до **смањења неоснованог задирања међународног права у сва спорна**

питања и потврђивања значаја националног права у овом процесу.

Сматрамо да би наведени предлози и решења могли да допринесу унапређењу и уједначености приликом решавања овог питања у инвестиционим споровима.

VII ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

КЊИГЕ, ПОГЛАВЉА У КЊИГАМА, ЧЛАНЦИ, МОНОГРАФИЈЕ И ДОКТОРАТИ

Ahn, Taehee, Application of pacta sunt servanda to State Contracts between Investors and Host States and its Implication for International Investment Regime, *ExpressO*, University of Michigan, 2013; доступно на: https://works.bepress.com/taehee_ahn/2/.

Alschner, Wolfgang, Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2, 2013.

Alvarez, José, A BIT on Custom, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42, 2009.

Ascensio, Hervé, Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016.

Attar, B. El; Li, Bo-Young; Kessler, D.; Burnier, M., Expropriation clauses in International Investment Agreements and the appropriate room for host States to enact regulations: a practical guide for States and Investors, Research paper, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, 2009.

Augenblick, Mark; Rousseau, Alison, Force Majeure in Tumultuous Times: Impracticability as the New Impossibility - It's Not as Easy to Prove as You Might Believe, *The Journal of World Investment & Trade* 13, 2012.

Banifatemi, Yas, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration y *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Katia Yannaca-Small (ed.), Oxford University Press, 2010.

Bartholomeusz, Lance, The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals, Non-State Actors and International Law, *Koninklijke Brill*, vol. 5(3), 2005.

Begic, Taida, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, 2005.

Bernardini, Piero, *The Law Applied by International Arbitrators to State Contracts y Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel (Robert Brineer at al. eds.), 2001.

Bernardini, Piero, *The Renegotiation of the Investment Contract*, *ICSID Review*, 13 (2), 1998.

Bintang, Sanusi, *Unfavorable Clauses in International Investment Contracts of Aceh Province, Indonesia*, *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, Volume 21, Issue 9, 2016.

Bishop, R. Doak; Crawford, James; Reisman, William Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, 2005.

Bjorklund, Andrea, *National Treatment y Standards of Investment Protection* (ed. by August Reinisch), Oxford University Press, 2008.

Blackaby, Nigel, *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)*, y *Pervasive problems in international arbitration* (Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew, eds.), Kluwer Law International, 2006.

Böckstiegel, Karl-Heinz, *The Role of Party Autonomy in International Arbitration*, *Dispute Resolution Journal*, vol. 52, no. 3, 1997.

Borchard, Edwin, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1925.

Borchard, Edwin, *The „Minimum Standard“ of the Treatment of Aliens*, *Michigan Law Review*, vol. 38, No. 4, 1940.

Brauch, Martin Dietrich, *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*, International Institute for Sustainable Development, *IISD Best Practices Series*, January 2017.

Broches, Aron, *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. 18, 1993.

Brower, Charles N.; Wong, Jarrod, *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena*, y *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (ed by Todd Weiler), Cameron May, 2005.

Butler, Nicolette, *The State of International Investment Arbitration: The Possibility of Establishing an Appeal Mechanism*, PhD thesis, University of Leeds, 2012.

Caron, David; Caplan, Lee, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL Arbitration Rules)*, Oxford University Press, 2013.

Chvosta, Ondrej, *The Potentially Applicable Systems of Law in Commercial and Investment Arbitrations: A Comparative Perspective*, *Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol.*, vol 22, 2014.

Cordero-Moss, Giuditta; Behn, Daniel, *The Relevance of the UNIDROIT Principles in Investment Arbitration*, *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014.

Cordero-Moss, Giuditta, *Full Protection and Security y Standards of Investment Protection* (ed. by August Reinisch), Oxford University Press, 2008.

Cotula, Lorenzo, International Institute for Environment and Development, Briefing 4: Foreign investment contracts, Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development, Sustainable Markets Investment Briefings, 2007, доступно на: <http://pubs.iied.org/pdfs/17015IIED.pdf>.

Cremades, Bernardo M., *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment-Protection Treaties*,
доступно на:

Cremades, Bernardo; Cairns, David, *The Brave New World of Global Arbitration*, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 3, issue 2, 2002.

D'Aspremont, Jean, *International Customary Investment Law: Story of a Paradox*, Amsterdam Center for International Law - ACIL Research Paper No 2011-08, доступно на: <http://dare.uva.nl/document/2/137341>.

Dalhuisen, J., Guzman, A., *The Applicable Law in Foreign Investment Disputes*, доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2209503>.

Dang, Hop, *The Applicability of International Law as Governing Law of State Contracts*, 17 *Australian International Law Journal*, 2010.

Delaume, Georges R., *State Contracts and Transnational Arbitration*, *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 4, 1981.

Delaume, George, *The Proper Law of State Contracts Revisited*, *ICSID Rev.-FILJ* 12, 1997.

Di Pietro, Domenico, Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention- The Case of Amco v Indonesia, y *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (ed. by Todd Weiler), Cameron May, 2005.

Diel-Gligor, Katharina, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Nijhoff International Investment Law Series , BRILL, 2017.

Dimsey, Mariel, The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Practical Solutions, *International Commerce and Arbitration*, vol. 1, Eleven International Publishing, 2008.

Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.

Doug, Jones, Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 26, 2014.

Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.

Dugan, Christopher; Wallace, Jr. Don; Rubins, Noah; Sabahi, Borzu, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2011.

Dumberry, Patrick, Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?, *Penn State International Law Review*, vol. 28:4, 2010.

Dumberry, Patrick, International Investment Contracts, y *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (ed. by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere), Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

Đajić, Sanja, Contractual Claims in Treaty-Base Arbitration-With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses, *International Arbitration Law Review*, vol. 14, 2011.

Đajić, Sanja, Mapping the Good Faith Principle in International Investment Arbitration: Assesment of Its Substantive and Procedural Value, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012.

Elbeherry, Ibrahim, *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, Thèse, Humanities and Social Sciences, Université Nice Sophia Antipolis, 2004.

El-Kosheri, Ahmed; Riad, Tarek, The Law governing a New New Generation of Petroleum Agreements: Changes in the Arbitration Process, *ICSID Review*, vol. 1, 1986.

Emerson, Frank, History of Arbitration Practice and Law, *Cleveland State Law Review*, vol. 19, issue 1, 1970.

Faruque, Abdullah, Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses Legal Protection vs. Functional Value, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Volume 23, Issue 4, 2006.

Fawcett J.; Carruthers J. M.; Sir Peter North, *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 14th edition, Oxford University Press, 2008.

Figanmeşe, İnci Ataman, The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties, *Ankara Law Review*, vol. 8, no. 2, 2011.

Footer, Mary E., International Investment Law and Trade: The Relationship that Never Went Away, y *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (ed. by Freya Baetens), Cambridge University Press, 2013.

Franck, Susan D., The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future, University of California, *Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, No. 47, 2005.

Franck, Susan, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*, vol. 73, issue 4, 2005.

Fraser, Henry, Sketch of the History of International Arbitration, *Cornell Law Review*, vol. 11, issue 2, 1926.

Gaillard, Emmanuel; Banifatemi, Yas, The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, *ICSID Review*, vol. 18, issue 2, 2003.

Gaja, Giorgio, General Principles of Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, 2013;

доступно на:

<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/10/General-Principles-of-Law-Gio-rgio-Gaja-2.pdf>.

Gazzini, Tarcisio, General Principles of Law in the Field of Foreign Investment, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, 2009.

Gazzini, Tarcisio, The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 8, No. 5, 2007.

Graham-Yooll, Andrew, *Imperial Skirmishes: War and Gunboat Diplomacy in Latin America*, Olive Branch Press; Second Edition, 2002.

Grisel, Florian, The Sources of Foreign Investment Law y Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, Jorge E. Viñuales, *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, OUP Oxford, 2014.

Hepburn, Jarrod, *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2017.

Herdegen, Matthias, *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press, 2013.

History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, Vol I, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1970.

History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, Vol II-1, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968.

History of the ICSID Convention, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Analysis of Documents, SID/LC/SR/14 (December 30, 1964) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, December 7, Vol II-2, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 1968.

Hudson, Manley O. , The Permanent Court of International Justice, *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 3, 1922.

Ishikawa, Tomoko, Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, issue 2, 2010.

Johnson, O. Thomas Jr.; Gimblett, Jonathan, From Gunboats to BITs: The evolution of modern international investment law y *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011* (edited by Karl P. Sauvant).

Kjos, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor–State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, 2013.

Kläger, Roland, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2011.

Krönfol, Zouhair, *Protection of Foreign Investment, A Study in International Law*, A. W. Sijthoff International Publishing Company, 1972.

Lando, Ole, New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts, *American Journal of Comparative Law*, vol. 30(1), 1982.

Leeks, Annie, The Relationship between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: The ICSID Approach, University of Toronto, *Faculty of Law Review*, Vol. 65(2), 2007.

Lillich, Richard, The Jay Treaty Commissions, *St. John's Law Review*, vol. 37. no. 2, 1963.

Malhotra, Sarthak, ICSID Additional Facility (A Primer), International Law Square, International Law and Arbitration- discussed, analysed and explained, June 16, 2015, доступно на: <https://ilsquare.org/2015/06/16/icsid-additional-facility-a-primer/>.

Maniruzzaman, Choice of Law in International Contract - some fundamental conflict of laws issues, *Journal of International Arbitration*, vol. 16, no. 4, 1999.

Maniruzzaman, State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques - A Critical Appraisal, *Journal of International Arbitration*, vol. 15, No. 3, 1998.

Maniruzzaman, State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies, *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 2, 2001.

Maniruzzaman, State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law, *Journal of International Arbitration*, Vol. 9 No. 4, 1992.

Mazzeschi, Riccardo Pisillo, Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights, *The Italian Yearbook of International Law Online*, vol. 10, issue 2, 2000.

Mbengue, Makane Moïse, Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties), *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016.

McLachlan, Campbell, Is There an Evolving Customary International Law on Investment?, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016.

Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, 2013.

Moghaddam, Mostafa Sarvi, Party Autonomy in Choice of Law in International Trade Law: A Study in International Conventions, Anglo-Australian and Islamic-Iranian Laws, PhD Thesis, Faculty of Law, University of Sidney, 1997.

Montt, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, 2009.

Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008.

Musabegović, Ismail; Galetin, Milena; Mitić, Petar, Foreign Direct Investments – the Standard of Fair and Equitable Treatment of Investments on the Example of a Case of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Economic Analysis*, Vol. 48, No. 1-2, 2015.

Nelson, Timothy, „History Ain’t Changed“: Why Investor-State Arbitration Will Survive the „New Revolution“ y *The Backlash Against Investment Arbitration-Perceptions and Reality*, (edited by: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin), Kluwer Law International, 2010.

Newcombe, Andrew, Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009.

Nikièma, Suzy H., Compensation for Expropriation, The International Institute for Sustainable Development, 2013,

доступно на:

http://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_EN.pdf.

Nussbaum, Arthur, Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, *Cornell Law Review*, vol. 36, issue 1, 1950.

Nygh, Peter Edward, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999.

Obieta, Joseph A., *The International Status of the Suez Canal*, foreword by Richard R. Baxter, Martinus Nijhoff, The Hague, 1960.

Olleson, Simon, Attribution in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016.

Onejeme, Andrew, The Law of Natural Resources Development: Agreements between Developing Countries and Foreign Investors, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 5, issue 1, 1977.

Parra, Antonio R., *Applicable Law in Investor-State Arbitration y Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ed. by Arthur W. Rovine), Brill, 2007.

Parra, Antonio, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012.

Paulsson, Jan, Arbitration Without Privity, *ICSID Review*, vol. 10. no. 2, 1995.

Pauwelyn, Joost; Elsig, Manfred, *The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals y Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art* (Jeffrey L. Dunoff, Mark A. Pollack), Cambridge University Press, 2013.

Reisman, Michael, The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Treshold, 15 *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, 2000.

Ripinsky, Sergey; Williams, Kevin, *Damages in International Investment Law*, BIICL, 2008.

Roberts, Anthea, Divergence between Investment and Commercial Arbitration, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), vol. 106, 2012.

Roberts, Anthea, State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority, *Harvard International Law Journal*, vol. 55, no. 1, 2014.

Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010.

Sandalcilar, Ali Rıza; Altiner, Ali, Foreign Direct Investment and Gross Domestic Product: An Application on ECO Region (1995-2011), *International Journal of Business and Social Science*, 3(22), 2012.

Sands, Philippe, Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law, *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 1, Iss. 1, Article 4, 1998.

Sasson, Monique, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law*, Kluwer Law International, 2010.

Sattorova, Mavluda, Denial of Justice Disguised?: Investment Arbitration and the Protection of Investors from Judicial Misconduct, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, 2012.

Sattorova, Mavluda, From Expropriation to Non-Expropriatory Standards of Treatment: Towards a Unified Concept of an Investment Treaty Breach, PhD thesis, The University of Birmingham, 2010.

Schill, Stephan, General Principles of Law and International Investment Law y *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (ed. by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere), Brill | Nijhoff, 2012.

Schill, Stephan, International Arbitrators as System-Builders y The Emerging System of International Arbitration, American Society of International Law, Proceeding of the Annual Meeting, 28-31 Mar, 2012.

Schill, Stephan, International Investment Law as International Development Law y *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012-2013* (ed. Andrea Bjorklund), Oxford University Press, 2014.

Schreuer, Christoph, Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards, y *Investment Protection and the Energy Charter Treaty* (C. Ribeiro ed.), JurisNet, 2008.

Schreuer, Christoph, Fair and Equitable Treatment, y *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration – Diversity and Harmonisation* (A. K. Hoffmann ed.), 2010.

Schreuer, Christoph, Full Protection and Security, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

Schreuer, Christoph, Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law y *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (ed. by Arthur W. Rovine), Martinus Nijhoff, 2012.

Schreuer, Christoph, Investment Protection and International Relations, y *The Law of International Relations- Liber amicorum Hanspeter Neuhold* (A. Reinisch, U. Kriebaum eds.), Eleven International Publishing, 2007.

Schreuer, Christoph, Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration, *McGill Journal of Dispute Resolution*, vol. 1, 2014.

Schreuer, Christoph, The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties, y *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, (C. Ribeiro ed.), Transnational Dispute Management, Vol. 2, Issue 3, 2005.

Schreuer, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

Singh, Sachet; Sharma, Sooraj, Investor-State Dispute Mechanism: The Quest for a Workable Roadmap, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 29, issue 76, 2013.

Smith, David; Sands, Shifting, Cost-and-Fee Allocation in International Investment Arbitration, *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011.

Sobota, Luke A., Challenges of Arbitrators in International Investment Disputes: Standards and Outcomes, American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting, 7-12 April, 2014.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2010.

Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000.

Spielvogel, Jackson, *Western Civilization*, 8th edition, Wadsworth, USA, 2011.

Stanivukovic, Maja, Investment arbitration - Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 4 (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), 2015.

Subedi, Surya, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, 2012.

Taylor, Derek, *Don Pacifico: The Acceptable Face of Gunboat Diplomacy*, London, Portland OR: Valentine Mitchell, 2008.

Thomas, Christopher; Dhillon, Harpreet Kaur, Applicable Law under International Investment Treaties, 26 *Singapore Academy of Law Journal*, 2014.

Titi, Catharine, The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 14, no. 5, 2013.

Vandevelde, Kenneth, A Brief History of International Investment Agreement, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12, No. 1, 2005.

Vandevelde, Kenneth, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, Oxford University Press, 2010.

VanDuzer, John Anthony; Simons, Penelope; Mayeda, Graham, *Integrating Sustainable Development Into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, Commonwealth Secretariat, 2013.

Vavpetič, Lučka, *Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in Transatlantic Trade and Investment Partnership and Comprehensive Economic and Trade Agreement and its impact on European policies*, Magistrsko delo, Univerza v Ljubljani, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana, 2016.

Voss, Jan Ole, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

Wälde, T. W., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, y *New Aspects of International Investment Law* (P. Kahn and T.W. Wälde, eds), Leiden, Nijhoff, 2007.

Wallace, Don; Bailey, David, *The Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 31, Iss. 3, Article 7., 1998.

Zhang, Qianwen, *Opening Pre-Establishment National Treatment in International Investment Agreements: An Emerging 'New Normal' in China?*, *Asian Journal of WTO & Int'l Health Law & Policy*, Vol. 11, 2016.

Wirth, Jessica, "Effective Means" Means? The Legacy of *Chevron v. Ecuador*, *52 Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 52, Number 1, 2014.

Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., Павић, В., *Међународно приватно право*-дванаесто издање, Београд, 2010.

Галетин, Милена, Клаузула о одређивању меродавног права за решавање инвестиционих спорова у билатералним споразумима о подстицању и заштити улагања, *Пословна економија*, 1/2015.

Ђајић, Сања, Значај предуговорног поступања за надлежност и меритум у инвестиционој арбитражи, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 47, бр. 3, 2013.

Ђајић, Сања, О циљном тумачењу међународних уговора о заштити страних улагања: од преамбуле до преамбуле, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015.

Ђајић, Сања; Станивуковић, Маја, Унутрашње право у међународној инвестиционој арбитражи: заборављени и запостављени извор права, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXV, 2/2017.

Ђундић, Петар, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, 2010.

Ђундић, Петар, Меродавно право за суштину спора пред арбитражним судовима ИКСИД: члан 42(1) ИКСИД Конвенције и улога националног права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 4/2017.

Ђундић, Петар, Методи израчунавања накнаде за извршену експропријацију страног улагања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015.

Ђундић, Петар, Последице разликовања законите и незаконите експропријације страног улагања, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2011.

Ђундић, Петар, Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2012.

Јанковић, Бранимир, *Међународно јавно право*, Београд, 1974.

Јовановић, Марко, Одговорност државе за заштиту страних директних улагања, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Београду, 2014.

Маленица, Антун, *Римско право*, Правни факултет, Нови Сад, 2003.

Митрић, Драгана, *Надлежност међународног центра за решавање инвестиционих спорова*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2012.

Радивојевић, Зоран, *Међународна арбитража*, Српско право и међународне судске институције, Институт за упоредно право, 2009.

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

Станивуковић, Маја, Двострани споразуми о заштити и унапређењу улагања са државама чланицама Европске уније, *Правни живот*, 12/2011.

Станивуковић, Маја, *Међународна арбитража са одабраним прилозима*, Службани гласник, 2013.

Станивуковић, Маја, Хашка конвенција о избору надлежног суда - критичка процена, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 46, бр. 3, 2012.

Цветковић, Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, 2007.

Цветковић, Предраг, Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика, докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Нишу, 2005.

Шаркић, Срђан, *Опита историја државе и права*, Драганић ДОО, Београд, 2008.

ОДЛУКЕ ИКСИД АРБИТРАЖНИХ СУДОВА

Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary, ICSID Case No. ARB/12/3, Award, 17 April 2015.

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006.

AES Summit Generation Limited and AES Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010.

AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979.

Aguaytia Energy, LLC v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/06/13, Award, 11 December 2008.

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010.

Amco Asia Corporation and others v Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986.

Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, Affaire CIRDI ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999.

Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990.

ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. ('Aucoven') v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September, 2003.

Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. Republic of Azerbaijan, ICSID Case No. ARB/06/15, Award, September 8, 2009.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.

Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012.

Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September, 2017.

Cargill Incorporated v United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (redacted version), 18 September 2009.

CDC Group plc v Republic of the Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Award, 17 December 2003.

CDC Group plc v Republic of the Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the Republic of Seychelles, 29 June 2005.

Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14, Award, 6 December 2016.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000.

Continental Casualty Co v. Argentine Republic, ICSID case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on the Application for Partial Annulment, and the Application for Partial Annulment, 16 September 2011.

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006.

El Paso Energy International Company v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 22 September 2014.

El Paso Energy International Company v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012.

Emilio Agustín Maffezini v The Kingdom of Spain, Case No. Arb/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000.

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

Fedax N.V. v The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, 9 March 1998.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007.

Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010.

Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Award, 3 July 2008.

Impregilo SpA v Argentina, ICSID Case No ARB/07/17, Award, 21 June 2011.

Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010.

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008.

Kaiser Bauxite Company v. The Government of Jamaica, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence of 6 July 1975.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21 October 1983.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment, 3 May 1985.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986.

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003.

Malicorp Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

Marion Unglaube and Reinhard Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/08/1, ICSID Case No. ARB/09/20, Award, 16 May 2012.

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4, Decision on Annulment, 22 December 1989.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002.

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002.

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

OI European Group B.V. v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), Award, 8 July 2016.

Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007.

Rafat Ali Rizvi v The Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 July 2013.

RSM Production Corporation v Central African Republic, ICSID Case No. ARB/07/02, Décision sur la compétence et la responsabilité, 7 December 2010.

RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009.

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

Siemens A.G. v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 17 January 2007.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, May 20, 1992.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010.

Tanzania Electric Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No. ARB/98/8, Award, 12 July 2001.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

Tokios Tokelés v Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007.

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010.

Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction, 24 December 1996.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

Wena Hotels Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

Wena Hotels Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002.

World Duty Free Company Limited v The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, October 4, 2006.

ОДЛУКЕ ДРУГИХ АРБИТРАЖНИХ СУДОВА

Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL, *ad hoc* arbitration, Award, 5 March, 2011 (Annex C, Preliminary redacted version of the Award dated March 5, 2011).

Alsing Trading Co. & Svenska Tändsticks Aktiebolaget v Greece, Arbitral Award of 22 December 1954, *International Law Review*, no. 23, 1956.

Amoco International Finance Corporation v Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company, Iran-United States Claims Tribunal, Partial Award No. 310-56-3, 14 July 1987.

BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24 December, 2007.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Jan Paulsson, 12 March 2012.

CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001.

CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 14 March 2003.

CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation et al., Award, 27 December 1983, Iran-US CTR 263.

EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award, 3 February 2006.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, *ad hoc* arbitration, Partial Award, 19 August 2005.

FMC Corp. V Iran, Dissenting Opinion of Hamid Bahrami-Ahmadi with Respect to Case No. 353, J. C. Adlam, M. E. Macglashan, Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, Volume 14, Cambridge University Press, 2013.

Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004.

Glamis Gold, Ltd. v The United States of America, UNCITRAL, Award, 8 June 2009.

Government of the State of Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil), Award, 24 May 1982.

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, 12 January 2011.

Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova, SCC, Arbitral Award, 22 September 2005.

Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012.

National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL, Award, 3 November 2008.

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Award, 1 July 2004.

Petroleum Development Corporation (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi, ILR 18, 1950.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 3 September 2001.

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, 1 October 2007.

Ruler of Qatar v International Marine Oil Company, Award, June 1953, 20 ILR, 1953.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, UNCITRAL, 13 November 2000.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial award, 17 March 2006.

Sapphire International Petroleums Ltd v National Iranian Oil Company, Arbitral Award, 15 March 1963.

Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (ARAMCO), Award, 23 August 1958, International Law Reports, vol. 27, 1963.

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

SPP (Middle East) Limited and Southern Pacific Properties Limited v Arab Republic of Egypt and Egyptian General Company for Tourism and Hotels, International Chamber of Commerce, Award No. 3493, 16 February 1983.

Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, Award, 19 January 1977.

White Industries Australia Limited v The Republic of India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.

Wintershall A.G. v Government of Qatar, Partial Award of 5 February 1988; Final Award of 31 May 1988, ILM, vol. 28, 1989.

Одлуке других судов

Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), International Court of Justice, Preliminary objections, Judgment of 24 May 2007.

Case concerning the factory of Chorzow, The Permanent Court of International Justice, Series A.-No. 17, Merits, 13th September, 1928.

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997.

Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France, Judgment No. 15, 12 July 1929, PCIJ, Ser. A., No. 21, 1929.

Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France, Judgment, 12 July 1929, PCIJ Series A, No. 14.

The Mavrommatis Palestine Concessions, Collections of Judgements, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 2, 1924.

The Channel Tunnel Group Ltd and France Manche SA v Balfour Beatty Construction Ltd et al., High Court of England and Wales, 22 January, 1992.

Czech Republic v CME Czech Republic B.V., Svea Court of Appeal, Case No. T 8735-01, 15 May 2003.

СПОРАЗУМИ О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Билатерални споразуми о подстицању и заштити улагања Републике Србије

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Савета министара Републике Албаније о међусобном подстицању и заштити улагања, 2002.

Споразум између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити улагања, 2012.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2001.

Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања, 2011.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Белорусије о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996.

Споразум између Србије и Црне Горе, с једне стране, и Белгијско-луксембуршке економске уније, с друге стране, о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004.

Споразум о подстицању и заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине, 2001.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996.

Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања; ступио на снагу 2015. године.

Споразуму Савезне Републике Југославије и Владе Народне Републике Кине о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Хрватске о узајамном подстицању и заштити улагања, 1998.

Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Кипар о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Чешке Републике о узајамном подстицању и заштити улагања, 1997.

Споразум између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања, 2009.

Споразум између Савета министара Србије и Црне Горе и Владе Арапске Републике Египат о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005.

Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Финске о подстицању и заштити улагања, 2005.

Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Републике Француске о заштити инвестиција, 1974.

Споразум измеђи Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, 1989.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Гане о узајамном подстицању и заштити улагања, 2000.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања, 1997.

Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Гвинеје о узајамном подстицању и заштити инвестиција, 1998.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Мађарске о подстицању и узајамној заштити улагања, 2001.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2003.

Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Индонезије о подстицању и узајамној заштити улагања, 2011.

Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Црне Горе и Исламске Републике Иран, 2003.

Споразум између Србије и Црне Горе и државе Израел о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Италијанске Републике о узајамном подстицању и заштити улагања са Протоколом, 2000.

Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан о узајамном подстицању и заштити улагања, 2010.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Демократске Народне Републике Кореје о узајамном подстицању и заштити улагања, 1998.

Споразум између Србије и Црне Горе и државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања, 2004.

Споразум између Србије и Црне Горе и Велике Социјалистичке Народне Либијске Арапске Џамахирије о подстицању, гарантовању и заштити улагања, 2004.

Споразум између Савета министара Србије и Црне Горе и Владе Републике Литваније о узајамном подстицању и заштити улагања, 2005.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Македоније о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996.

Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Малте о узајамном подстицању и заштити улагања, 2010.

Споразум између Републике Србије и Црне Горе о узајамном подстицању и заштити улагања, 2009.

Споразум између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања, 2013.

Споразум о подстицању и узајамној заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Краљевине Холандије, 2002.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Савезне Републике Нигерије о узајамном подстицању и заштити улагања, 2002.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Пољске о узајамном подстицању и заштити улагања, 1996.

Споразум између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања, 2009.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Румуније о узајамном подстицању и заштити улагања, 1995.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације о стимулисању и узајамној заштити улагања, 1995.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Словачке о унапређењу и узајамној заштити улагања, 1998.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања, 2002.

Споразуму између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања, 2002.

Споразум између Владе Социјалистичке Федеративна Републике Југославије и Владе Шведске о узајамној заштити инвестиција, 1978.

Споразум између Србије и Црне Горе и Швајцарске Конфедерације о подстицању и узајамној заштити улагања, 2005.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Турске у вези са узајамним подстицањем и заштитом улагања, 2001.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Кабинета министара Украјине о узајамном подстицању и заштити улагања, 2001.

Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања, 2013.

Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске о узајамном подстицању и заштити улагања, 2002.

Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Зимбабве о узајамном подстицању и заштити инвестиција, 1996.

Билатерални споразуми других држава и БИТ - модели

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty - Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik der Philippinen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, 1998.

Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Albanie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 1992.

Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, 1998.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Lithuania on the promotion and protection of investments, 2007.

Agreement between the People's Republic of China and Bosnia and Herzegovina on the promotion and protection of investments, 2002.

Agreement between Australia and the Government of the Republic of Peru on the Promotion and Protection of Investments, 1995.

Agreement between Australia and the Republic of Hungary on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1991.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and Romania on the promotion and reciprocal protection of investments, 2010.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1998.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Council of ministers of the Republic of Albania on the reciprocal promotion and protection of investments, 2008.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Government of the Italian Republic on the promotion and protection of investments, 2000.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of India for the promotion and protection of investments, 2006.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Moldova on the promotion and reciprocal protection of investments, 2003.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2001.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Slovak Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2008.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the State of Kuwait for the encouragement and reciprocal protection of investments, 2001.

Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2003.

Agreement between Canada and for the Promotion and Protection of Investments, 2004.

Agreement between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investments, 2009.

Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, 2006.

Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 2015 (није на снази).

Agreement between Japan and the Republic of Iraq for the promotion and protection of investment, 2012.

Agreement between the Belgo-Luxembourg, on the one hand, and Bosnia and Herzegovina, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004.

Agreement between the Federal Republic of Germany and the State of Kuwait for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 1994.

Agreement between the Government of Australia and the Government of Romania on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1993.

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the People's Republic of China for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2012.

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, 2016.

Agreement between the Government of Romania and the Government of the Republic of Argentina on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1993.

Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Slovenia on the reciprocal promotion and protection of investments, 1997.

Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of _____ on the Promotion and Protection of Investments, 2003.

Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Republic of Croatia on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004.

Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2002.

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Protection of Investments, 2011.

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Croatia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993.

Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Slovenia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1993.

Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1999.

Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of _____ on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1994.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Macedonia concerning the encouragement and reciprocal protection of investments, 1996.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2007.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of Canada for the promotion and protection of investments, 1997.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Hellenic Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1996.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Argentine Republic on the promotion and reciprocal protection of investments, 1994.

Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments (potpisan 2011, niје stupio na snagu).

Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the promotion and protection of investments, 2009.

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and _____ concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2009.

Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1994.

Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2010.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Lebanese Republic for the Promotion and Protection of Investments, 1999.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Cameroon for the promotion and protection of investments, 1982.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2006.

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of _____ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008.

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008.

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments, 2007.

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the State of Kuwait on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2013.

Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2008.

Agreement between the of Peru and the _____ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2000.

Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2003.

Agreement between the Republic of Austria and Bosnia and Herzegovina for the Promotion and Protection of Investments, 2000.

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the promotion and protection of investments, 1997.

Agreement between the Republic of Croatia and the Arab Republic of Egypt concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 1997.

Agreement between the Republic of Croatia and the Czech Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996.

Agreement between the Republic of Croatia and the Kingdom of Spain on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997.

Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Hungary for the promotion and reciprocal protection of investments, 1996.

Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Poland on the reciprocal promotion and protection of investments, 1995.

Agreement between the Republic of Croatia and the Republic of Turkey concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 1996.

Agreement between the Republic of San Marino and Bosnia and Herzegovina on the promotion and reciprocal protection of investments, 2011.

Agreement Between the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1998.

Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, 1995.

Agreement Bosnia and Herzegovina and the Portuguese Republic on the mutual promotion and protection of investments, 2002.

Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Arab Republic of Egypt and _____ .

Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Islamic Republic of Iran, 2000.

Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of _____ .

Agreement on the promotion and protection of investments between the Czech Republic and Bosnia and Herzegovina, 2002.

Agreement on the promotion and protection of investments between the Government of the Republic of Finland and Bosnia and Herzegovina, 2000.

Agreement on the promotion and protection of investments between the Hellenic republic and Bosnia and Herzegovina, 2000.

Agreement on the Promotion and Protection of Reciprocal Investments between the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka and the Government of the Arab Republic of Egypt, 1996.

Agreement on the promotion and the reciprocal protection of investments between Bosnia and Herzegovina and Spain, 2002.

Austrian BIT Model, 2010, Draft Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and.....

Draft Agreement Between the Government of the Republic of France and the Government of the Republic of (...) on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2006.

Japan and Sri Lanka Agreement concerning the promotion and protection of investments (with agreed minutes), 1982.

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République dominicaine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 1999.

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République islamique d'Iran sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 2003.

L'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République populaire de Pologne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 1989.

L'accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire hongroise sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 1986.

Romania and Egypt Agreement on the promotion and mutual guarantee of capital investments (with protocol), 1976.

Sporazum između Vlade Republike Makedonije i Vlade Republike Crne Gore o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja, 2010.

Sporazum med Republiko Makedonijo in Republiko Slovenijo o vzajemni zaščiti in spodbujanju investicij, 1996.

Tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Croazia sulla promozione e protezione degli investimenti, 1996.

Treaty between Great Britain and The United States for the Amicable Setting of all Causes of Difference between The Two Countries, Treaty of Washington, 1871.

Treaty between the Federal Republic of Germany and concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2008.

Treaty between The Federal Republic Of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, Signed at Bonn, on 25 November 1959.

Treaty between the Federal Republic of Germany and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the promotion and reciprocal protection of investments, 2000.

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2008.

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Croatia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1996.

Treaty between the United States of America and Jamaica concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1994.

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2005.

Treaty between the United States of America and the Republic of Bulgaria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 1992.

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 1993.

UK Model BIT, 2008, Model Text [Draft] Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of _____ for the Promotion and Protection of Investments.

Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Argentine Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2000.

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Argentina on the promotion and protection of investments, 1994.

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments, 2001.

Договорот на поттикнување и заштита на инвестиции меѓу Република Македонија и Босна и Херцеговина, 2001.

Свеобухватни економски и трговински споразума измеѓу Европске уније и Канаде (СЕТА) је потписан 30. октобра 2016. године.

Соглашение между Республикой Беларусь и Боснией и Герцеговиной о содействии осуществлению и защите инвестиций, 2004.

Мултилатерални споразуми о подстицању и заштити улагања

Agreement among The Government of Japan, The Government of the Republic of Korea And The Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment; 2012, текст доступан на: <http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/20120513001-3.pdf>.

North American Free Trade Agreement, ступио на снагу 1994. године.

Energy Charter Treaty, 1994, 34 ILM 360 (1995), доступно на: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf.

Agreement on Promotion and Protection of Investment in ASEAN; текст доступан на: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=234900.

ОСТАЛИ СПОРАЗУМИ И МЕЃУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Convention (I) for the Pacific Settlement of International Disputes (HAGUE I), 29 July 1899; текст доступан на: http://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague01.asp.

Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, (Hague I), 18 October 1907; текст Конвенције је доступан на: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/pacific.asp.

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention), 575 UNTS 159, 4 ILM 524 (1965).

Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, Geneva, 26 September 1927;

текст доступан на:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/LON/PARTII-7.en.pdf>.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958;

текст доступан на:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

Бечка конвенција о уговорном праву (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), ратификована и објављена у Сл. листу СФРЈ- Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72.

European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, No. 7041 (1963-1964).

ПРАВИЛНИЦИ АРБИТРАЖНИХ ИНСТИТУЦИЈА И ДРУГА АРБИТРАЖНА ПРАВИЛА

Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2010;

доступно на:

http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 2017; доступно на:

https://sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf.

ICSID Additional Facility Rules, 2006, текст доступан на:
https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-fina1.pdf.

International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2012,

доступно на:

<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>.

International Chamber of Commerce Rules of Arbitration, 2017,

доступно на:

<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>.

London Court of International Arbitration Arbitration Rules (2014), текст доступан на:

http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 22.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, 1976; текст доступан на:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>.

UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010); текст доступан на:
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as revised in 2013),
UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, 2014;
текст доступан на:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (United Nations document A140117, annex I) (As adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985); текст доступан на:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf.

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006; текст доступан на:

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

НАЦИОНАЛНИ ЗАКОНИ И ПРОПИСИ И ДРУГИ ПРАВНИ АКТИ

Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006)

Закон о улагањима ("Сл. гласник РС", бр. 89/2015)

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама ("Сл. гласник РС", бр. 88/2011)

Закона о арбитражи ("Сл. Гласник РС", бр. 46/2006)

Француска - Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage;
текст доступан на:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>.

Закон о арбитражи Енглеске - *Arbitration Act*, доступно на:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

Закон о арбитражи Бразила - Federal Law No. 9.307 - Brazilian Arbitration Act, 1996,;
доступно на: <http://www.jus.uio.no/lm/brazil.arbitration.law.no.9.307.1996/2.html>.

Закон о међународној трговинској арбитражи Русије - Russian Federation Law on International Commercial Arbitration, The Law No 5338-1 (in force since July 7, 1993 As amended on December 3, 2008; December 29, 2015).

Закон о арбитражи Словачке - [Slovak] Act No. 244/2002 of 3 April 2002 on Arbitration (Amended by: Acts No.: 521/2005 Coll., 71/2009 Coll., 336/2014 Coll).

Немачки закон о арбитражи - Arbitral Proceedings Reform Act: Tenth Book of the Code of Civil Procedure Arbitration Procedure;
доступно на: <http://www.sccinstitute.com/media/29988/german-arbitration-act.pdf>.

Италија - Title VIII of Book IV of the Italian Code of Civil Procedure; доступно на: <http://www.jus.uio.no/lm/italy.arbitration/doc.html>.

Закон о арбитражи Јапана - Japanese Arbitration Law (Law No. 138, 2003);
доступно на: <http://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/arbitrationlaw.pdf>.

Zakona o arbitraži Hrvatske NN 88/01.

Закон о арбитражи Аустрије - Austrian Arbitration Act, SEC 577-618 Austrian Code of Civil Procedure (in force as of 1 January 2014).

Закон о арбитражи Дубаија - DIFC (Dubai International Financial Centre) Law n. 1 of 2008,
текст доступан на:
https://www.difc.ae/files/9014/5449/8249/DIFC_Arbitration_Law_2008_0_1.pdf.

Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, General Assembly, Official Records, Fifty-sixth session, Supplement no. 10 (A/56/10), 2001.

СТУДИЈЕ И ИЗВЕШТАЈИ

"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04.

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD, 2007.

Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012.

Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012.

Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Fifty-eighth session Geneva, 1 May-9 June and 3 July-11 August 2006; UN General Assembly; Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the VCLT; доступно на:
http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf.

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Orange List; доступно на:
http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx
x.

Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 2004/02.

Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2010.

National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999.

Report of the World Bank Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States; пратећи документ уз ИКСИД Конвенцију; доступно на:
https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights, May 27, 2009.

The ICSID Caseload- Statistics, Issue 1- 2015.

The ICSID Caseload- Statistics, Issue 2-2017.

UNCTAD, Dispute Settlement International Commercial Arbitration, Law Governing the Merits of the Dispute, 2005.

United Nations Conference on Trade and Development, Bilateral investment treaties 1959–1999, 2000.

World Investment Report, Investment and the Digital Economy, Key Messages and Overview, UNCTAD, 2017.

World Investment Report, Investment and New Industrial Policies, UNCTAD, 2018.