

Из домаћег права пословања са иностранством

Одредбе о начину решавања инвестиционих спорова са елементом иностраности

Члан 17 Закона о страним улагањима (Сл. лист СРЈ 3/2002) садржи следећу одредбу:

"Спорове који проистичу из страних улагања могу бити решени пред надлежним судовима Југославије или пред уговореном домаћом или иностраном међународном арбитражом."

Закон о страним улагањима полази од начела слободе странака у уговарању метода за решавање спорова који би могли настати у вези са улагањима. При том, законска одредба актуелизује многа значајна питања правне заштите коју би у инвестиционим подухватима требало обезбедити учесницима: који ће орган бити надлежан за решавање спорова (суд или арбитража, домаћа или инострана, институционална или *ad hoc*), којој ће држави припадати орган за решавање спорова (ако то није орган земље домаћина) и др.

Закон о страним улагањима на специфичан начин утврђује надлежност домаћих судова и уређује метод уговарања надлежности арбитраже, утврђује круг субјеката који могу уговорити надлежност арбитраже и спорове у вези са страним улагањима који се могу подврћи арбитражи, те врсте арбитража којима се може поверити решавање спорова.

Спорови који проистичу из страних улагања . . . За разлику од решења из претходних верзија Закона о страним улагањима (из 1988. и 1994.) ова законска одредба о решавању спорова недвосмислено се односи на решавање спорова који могу настати у вези са свим облицима страних улагања (у ранијим верзијама могло је бити спорно да ли се, на пример, одредба о могућности избора арбитражног решавања спорова односи само на тзв. корпоративна улагања, те да ли је могуће искључити надлежност домаћих судова у случају концесије).

Спорови могу бити решавани пред надлежним судовима у Југославији или пред уговореном међународном арбитражом. Међутим, оно што је

као могућност сигурно искључено је уговарање надлежности страног суда за решавање спорова учесника инвестиционог подухвата, од којих су неки странци.

. . . или *ипред уговореном домаћом или страним међународном арбитражом*. Закон дозвољава да се спорови који настану из уговора о страним улагањима решавају и путем арбитраже. Одредба предвиђа случај искључиве супсидијерне надлежности домаћег суда за спорове из уговора о страним улагањима - домаћи суд није, наиме, за решавање тих спорова искључиво надлежан у смислу да његова надлежност искључује надлежност сваког другог страног или домаћег органа; његова се надлежност може искључити само у корист неке домаће или стране арбитраже, а ако споразума о томе нема, онда је домаћи суд искључиво надлежан. Предвиђена је, дакле, могућност уговарања било које арбитраже (*ad hoc* или институционалне, домаће или стране). У ранијим верзијама Закона о страним улагањима посебно место међу тим арбитражама било је дато Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије (истина, није било наведено њено тачно име; ова арбитражна институција прерасла је у Спољнотрговинску арбитражу при Привредној комори Србије). Истицање те арбитраже имало је за циљ само да упозори на њено постојање и значај.

Закон о парничном поступку у глави тридесет првој ("Поступак пред изабраним судовима") уређује основе арбитражног решавања спорова у домаћем праву: субјективне и објективне границе арбитрабилности, арбитражни споразум, конституисање арбитражног суда, изузеће арбитра, начин одређивања и неке специфичности арбитражног поступка, арбитражну одлуку и њене учинке и побијање арбитражне одлуке. Одредбе Закона о парничном поступку односе се на тзв. домаће арбитраже, без обзира на то да ли су оне арбитраже са или без елемената иностраности. Члан 469 утврђује и опште законске границе арбитрабилности у односима са елементима иностраности.

Закон о решавању сукоба закона с прописима других земаља у одређеним односима утврђује претпоставке и поступак за признање и извршење страних арбитражних одлука (чланови 96 до 101).

Закон о парничном поступку могућност за арбитражно решавање спорова у односима са иностраним елементом ограничава на спорове о правима којима странке слободно располажу и за које домаћи суд није надлежан на основу одредаба закона о искључивој међународној надлежности, уз услов да је бар једна од уговорних страна страном физичко или правно лице (члан 469). Основни критеријум за одређивање да ли је нека арбитража страна или домаћа је седиште арбитраже, односно место у коме је арбитража заседала и донела арбитражну одлуку; као допунски критеријум јавља се право поступка које су стране изабрале, односно арбитражи одредили (члан 97 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима).

Међународни извори домаћег арбитражног права јесу мултилатералне и билатералне конвенције које је Југославија закључила (и које важе и за Србију и Цр-

ну Гору), а које се односе и на одређена питања решавања спорова. Мултилатералне конвенције су следеће:

- Женевски протокол из 1923. Женевска конвенција о извршењу иностраних арбитражних одлука из 1927. - Женевски протокол се односи на арбитражне споразуме чију важност државе уговорнице признају; Женевска конвенција тиче се извршења арбитражних одлука донетих у уговорним споровима између странака подвргнутих јурисдикцији разних држава уговорница и то на подручју друге државе уговорнице, а не оне која тражи признање и извршење.

- Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. - по Конвенцији не захтева се да одлука буде донета на територији неке друге државе уговорнице, већ је довољно да одлука буде донета у некој другој држави, а не у држави признања, односно, ако је донета у држави признања да се у тој држави не сматра домаћом одлуком (иако је допуштена резерва у том погледу); поред тога, за примену није важно ко су странке у спору. Југославија је Конвенцији приступила уз три резерве: - у односу на Југославију (Србију и Црну Гору) Конвенција се примењује само на одлуке донете после њеног ступања на снагу, - Југославија примењује Конвенцију, на основу реципроцитета, само у односу на оне арбитражне одлуке које су донете на територији друге државе уговорнице и - Југославија примењује Конвенцију само на спорове произашле из правних односа, било уговорних или вануговорних, који се према њеном националном праву сматрају привредним споровима. Њујоршка конвенција међу државама уговорницама derogира примену Женевског протокола и Женевске конвенције.

- Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. - садржи одредбе о субјектима који се могу подвргавати арбитражи, образовању арбитраже, приговору ненадлежности арбитраже, судској надлежности у односу на арбитражу, одређивању меродавног права за решавање спора, образложењу арбитражне одлуке и о поништају арбитражне одлуке; Конвенција се примењује на решавање спорова из међународних трговачких односа и то између физичких и правних лица која имају, у време закључења арбитражног споразума, боравиште или седиште у различитим државама уговорницама.

- Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. - донета је под окриљем Међународне банке где је основан и Центар за арбитражно решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. Надлежност Центра обухвата сваки правни спор између државе потписнице (овде спадају и саставни делови државе, односно њени органи о којима је та држава обавестила Центар) и држављана друге државе потписнице. Тај спор треба да је настао непосредно из инвестиција, а стране у спору морају се писмено сагласити да га изнесу пред Центар. Под држављанином друге државе потписнице подразумевају се и физичка лица и правна лица. Пристанак на надлежност Центра за решење спора значи да се држављанин одрекао права на дипломатску заштиту тј. држава потписница не може пружити такву заштиту или покренути међународни спор у вези са спором за који се њен држав-

љанин и држава потписиница сагласе да га изнесу на решавање према Конвенцији. Арбитражни суд ће спор решити према правним правилима која одреде странке; ако се странке не сагласе о томе, арбитража ће применити право државе потписнице која је странка у спору (укључујући и њене прописе о сукобу закона).

Југославија је закључила и низ билатералних споразума који се односе на признање и извршење страних арбитражних одлука. И ове конвенције важе и за Србију и Црну Гору.

Поставља се питање да ли је уговор о концесији уговор о правима којима странке могу слободно располагати тј. да ли су спорови из уговора о концесији арбитрабилни. Арбитрабилни су они спорови за чије решавање није предвиђена искључива надлежност домаћих судова. Уговор о концесији сигурно се тиче располагања непокретностима. Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима утврђује искључиву надлежност домаћих редовних судова за решавање спорова о стварним правима на непокретности, као и из закупних односа у погледу непокретности када се непокретност налази на домаћој територији (члан 56). Закон о страним улагањима који је важио до 1994. имао је одредбу да се и уговором о концесији може предвидети надлежност арбитраже за одређене спорове (настале у извршавању или тумачењу уговора). У том смислу овај пропис је био *lex specialis* у односу на општа правила о арбитрабилности. Међутим, у редакцији Закона о страним улагањима који је важио до 2002. одредбе о решавању спорова из уговора о концесији није било, те је било спорно да ли би домаћи судови извршавали арбитражне одлуке донете у споровима из уговора о концесији.

У уговору о концесији ће се као домаћа странка увек појављивати држава, односно локална самоуправа. Међутим, општи извори арбитражног права не предвиђају државу као могућег учесника арбитражног уговора, већ, напротив, установљавају надлежност редовних судова за одлучивање о правима и обавезама државе. Поставило се, дакле, и питање јесу ли арбитрабилни спорови из уговора у којима је једна странка држава или њен део. На ово питање одговор је једнодушан - домаћај наведених норми о немогућности решавања спорова у којима је држава странка пред арбитражама треба ограничити на унутрашње правне ситуације, у којима нема иностраног елемента. На правилност овог закључка упућују и неке међународне конвенције које је Југославија прихватила - Европска (по којој и правна лица која се по закону који се на њих примењује сматрају правним лицима јавног права, могу да пуноважно закључују споразуме о арбитражи), као и Вашингтонска (која се управо односи искључиво на ситуације у којима се као један од субјеката инвестиционог подухвата појављује држава).

Ранији Закон о страним улагањима који је важио до 1994. садржао је одредбу која се тичала спорова у вези са уговором о концесији и другим актима донетим на основу њега - било је предвиђено да спорове који могу настати у извршавању или тумачењу уговора о концесији или других аката донетих на основу њега решава надлежни југословенски суд, ако уговором о концесији није било предвиђено да

такве спорове решава арбитража основана по Конвенцији за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава или нека друга арбитража.

Специфичну ситуацију, која се може сматрати одређеним одступањем од арбитражног система, отвара Закон о страним улагањима и одредбама о томе ко се сматра страним улагачем (тима што у овај круг сврстава и домаћа физичка лица која имају боравиште или пребивалиште у иностранству). У погледу граница арбитрабилности Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије предвиђа да је арбитража надлежна за решавање привредних спорова (који настају из пословних односа), ако је бар једна странка инострано правно или физичко лице. Ова арбитража не би могла да буде надлежна за решавање спора између самог новог предузећа и домаћег улагача, или између домаћих улагача (ако се спор не тиче страног улагача или није заинтересован за његово решавање). Питање је и да ли би домаћи држављанин, који има својство страног улагача, могао имати својство странке пред арбитражом оформљеном према Правилнику Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије.

У споровима поводом страних улагања може се наћи више учесника, домаћих и страних, као странка се може појавити и само предузеће у које су уложена средства, односно које је основано и страним улогом, а спор може настати и само између домаћих учесника аранжмана. У том смислу ови су спорови често мултилатералне природе и у вези са њима јављају се практично сви проблеми тзв. вишестраначке арбитраже. Но, у домаћем праву не постоји правни основ да се заснује надлежност исте арбитраже за решавање ових вишестраних спорова, односно спорова међусобно повезаних учесника истог односа, те укључивање трећих у арбитражни поступак; једини начин да се ово учини је споразум странака, односно пристанак трећих лица.