

*Др Предраг Цветковић  
доцент, Правни факултет, Ниш*

## **Критеријуми утврђивања меродавног материјалног права у поступку пред ICSID центром**

### **Резиме**

*Предмет рада је анализа критеријума одређивања меродавног материјалног права у поступку решавања спорова између државе домаћина инвестиције и страног инвеститора пред Центром за решавање инвестиционих спорова (ICSID центар). Након излагања о разлозима настанка, правним карактеристикама и значају Центра, следи разматрање правила о одређивању меродавног материјално-правног оквира за решавање инвестиционих спорова пред његовим арбитражама. Ова правила, садржана у Конвенцији којом је Центар основан, у функцији су реализације једног од најважнијих циљева његовог успостављања: обезбеђења независности поступка који се води пред арбитражама Центра од националних правних система. Наведени циљ сагледан је у светлу чињенице да у споровима пред ICSID центром постоји "асиметричност" међународноправног статуса страна: државе, као јавноправног субјекта са сувереним правом уређивања правног режима економских активности на својој територији, са једне, и инвеститора, као субјекта приватног права, са друге стране. ICSID конвенција дефинише систем и хијерархију примене критеријума одређивања меродавног материјалног права, креирајући тиме водич арбитражама које материјално право треба применити.*

**Кључне речи:** *ICSID центар; FDI; међународне трговачке арбитраже; меродавно материјално право; држава порекла инвеститора; држава домаћин стране инвестиције.*

## 1. Увод

Центар за решавање инвестиционих спорова (е. "*International Center for the Settlement of Investment Disputes*"-*ICSID* центар) основан је Конвенцијом о "оснивању Центра за решавање спорова између држава и држављана других држава уговорница", усвојеном 1965. године (тзв. "Вашингтонска конвенција").<sup>1)</sup> Центар је основан под окриљем Светске банке, чиме је обезбеђено правно-политичко залеђе његових активности. Формирањем Центра требало је подстаћи дефинисање јасних правних критеријума решавања инвестиционих спорова и тиме допринети деполитизацији сукоба држава пријема капитала (рецептивне државе; државе домаћини) и страних инвеститора, односно утицати на елиминисање "посредничког ауторитета" државе порекла инвеститора који је у спору са државом домаћином инвестиције. Оснивање *ICSID* центра значајан је напредак у процедуралној заштити страног инвеститора.<sup>2)</sup> Наша држава је Конвенцију ратификовала 2006. године, четири године након приступања.<sup>3)</sup> Овај податак треба сагледати у светлу чињенице да билатерални споразуми о третману и заштити страних инвестиција Републике Србије садрже опцију упућивања спора инвеститора и друге државе уговорнице билатералног споразума на решавање *ICSID* центру.<sup>4)</sup> *ICSID* арбитража је данас опште прихваћени метод решавања инвестиционих спорова. У прилог ове тврдње могу се изнети две чињенице: а) билатерални споразуми о третману и заштити инвестиција, готово без изузетка, као и мултилатерални споразуми попут *NAFTA* споразума и Повеље о енергији,<sup>5)</sup> упућују на арбитражу Центра као

1. Енглески назив Конвенције је "*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*". Према подацима са [www. сајта www.worldbank.org/ICSID](http://www.worldbank.org/ICSID), Конвенцију је потписало 155 држава. Од тог броја, 143 земље депоновале су инструменте ратификације.
2. Процедурална заштита страних инвестиција укључује и заштиту коју држава порекла капитала пружа свом инвеститору (дипломатска заштита), као и процедуру решавања спорова између ове и државе домаћина инвестиције. Више о процедуралној заштити страних инвестиција видети у: Цветковић, Предраг, "О процедуралној заштити страних инвестиција", чланак у "Регионални развој и интеграција Балкана у структуре ЕУ – балканска раскршћа и алтернативе". - Ниш: Институт за социологију Филозофског факултета, 2004. - Стр. 249-263
3. Видети: Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, "Сл. лист СЦГ", додаток "Међународни уговори" бр. 2/2006"
4. Видети на пример: споразуме СЦГ са Аустријом ("Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Републике Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања", "Сл. лист СРЈ", додаток "Међународни уговори" бр. 1. од 18. јануара 2002. године), Хрватском ("Закон о потврђивању Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Хрватске о узајамним подстицању и заштити улагања", "Сл. лист СРЈ", додаток "Међународни уговори" бр. 12. од 23. новембра 2002. године, чл. 10. ст. 2. б под и) и Турском ("Закон о потврђивању споразума између Савезне владе Републике Југославије и Владе Републике Турске у вези са узајамним подстицањем и заштитом улагања", "Сл. лист СРЈ", додаток "Међународни уговори" бр. 4. од 27. јануара 2001. године, чл. VII ст. 2а).

искључиви, или алтернативни (уз "*ad hoc*" арбитражу уређену *UNCITRAL* арбитражним правилима или приватноправне арбитражне институције, попут арбитраже МТК или Арбитраже Института у Стокхолму) форум пред којим се воде спорови државе и страног инвеститора; б) квантитативни индикатори, односно број спорова који је решен или се решава у арбитражним поступцима пред *ICSID* центром.<sup>6)</sup>

Најважнија карактеристика *ICSID* је његова независност од националних правних система. Ова аутономија остварена је, између осталог, критеријумима одређивања надлежног материјалног права. Управо из овог разлога, предмет анализе биће принципи одређивања меродавног материјалног права у поступку решавања инвестиционих спорова пред *ICSID* центром.<sup>7)</sup>

## 2. Меродавно материјално право за решавање спорова пред *ICSID* центром

Питање одређивања надлежног права од посебног је значаја у споровима пред *ICSID* центром, с обзиром на "асиметричност" међународноправног статуса страна: државе, са сувереним правом уређивања правног режима економских активности на својој територији са једне, и инвеститора, као (по правилу) субјекта приватног права, са друге стране. Ова карактеристика извор је правних недоумица у односу на одабир материјалног права меродавног за решавање конкретног инвестиционог спора. Значајан део права и обавеза страна у инвестиционом односу утврђен је њиховим споразумом. Са друге стране, меродавно материјално право даје снагу одредбама споразума и комплементира оно што у споразуму недостаје.

Основни извор утврђивања критеријума за избор надлежног материјалног права у режиму решавања спорова пред *ICSID* центром је одредба члана 42. *ICSID*

5. Више о међународним споразумима као инструментима међународно-правног регулисања страних инвестиција видети у: Цветковић, Предраг, Међународни споразуми као извор међународног инвестиционог права, Право и привреда бр. 5-8/2003, стр. 516-530
6. Према подацима са сајта [www.worldbank.org/ICSID](http://www.worldbank.org/ICSID), до данас је коначно решено 112 спорова држава уговорница и страних инвеститора. У току је решавање 118 спорова. Наведено према: "ICSID Annual Report 2003", Washington, August, 2006. документ је доступан на сајту: [www.worldbank.org/ICSID](http://www.worldbank.org/ICSID). Ове чињенице указују на успех креатора Светске банке да обезбеди модерни и софистицирани механизам решавања инвестиционих спорова, који, поред свог клиничког дејства, манифестованог у вођењу арбитражне процедуре, има и превентивну функцију у односу на саму могућност настанка спора. Државе домаћини, али и страни инвеститор, у присуству опције решавања потенцијалног спора пред непристрасним, професионалним и ауторитативним форумом, свакако ће одговорније и са већим степеном "добре вере" приступити извршавању својих обавеза, те покушати да евентуалне несагласности реше пре него што супротности ескалирају до мере која захтева ангажовање арбитражне процедуре.
7. Независност од националног правног поретка обезбеђена је и: правилима одређивања права поступка; искључењем права страног инвеститора на коришћење "домаћих правних путева" у присуству валидне сагласности за решавање спорова пред *ICSID* центром; установљавањем "коначног" карактера одлука *ICSID* арбитража.

конвенције. Ова одредба предвиђа три критеријума одређивања надлежног материјалног права:

- правна правила утврђена споразумом страна;
- у одсуству споразума страна, примењује се право државе домаћина, укључујући и њена правила о сукобу закона (колизионе норме), као и релевантна правила међународног права;
- решавање инвестиционог спора у складу са принципом "*ex aequo et bono*" у случају да су стране изричито овластиле *ICSID* арбитражу да одлучује на овакав начин.

Основна карактеристика система одређивања надлежног права утврђеног чланом 42. *ICSID* конвенције је дефинисање "хијерархије примене" горе наведених критеријума одређивања надлежног материјалног права. Тиме се креира и водич арбитража које материјално право треба применити у случају да не постоји споразум страна. *ICSID* конвенција, у том смислу, иде корак испред међународних трговачких арбитража. Тако, *UNCITRAL* арбитражна правила признају аутономију страна у избору надлежног материјалног права,<sup>8)</sup> али не садрже упутства за одређивање меродавног права у случају одсуства њиховог споразума. Ова Правила предвиђају да у таквој ситуацији арбитража примењује право на које упућује колизиона норма чију примену сматра одговарајућом.<sup>9)</sup> На тај начин се избор надлежног права оставља дискрецији арбитра, што није пожељно решење у пракси решавања инвестиционих спорова: странама у спору не гарантује се разуман степен предвидљивости исхода примене меродавног материјалног права. Члан 42. Конвенције предвиђа релативно јасан систем одређивања материјалног права: у одсуству споразума страна, примењује се право државе домаћина, заједно са правилима међународног права. Тиме се штите интереси државе домаћина (примењује се право које важи на њеној територији), али и интереси инвеститора (примена међународног права).

## 2. 1. Примена материјалног права одређеног сагласношћу страна

Члан 42. ст. 1. *ICSID* конвенције као превасходни критеријум одређивања меродавног материјалног права, утврђује сагласност страна у спору. Тиме се уважава принцип аутономије воље страна и омогућава да изаберу право које одговара потребама регулисања њиховог инвестиционог односа.<sup>10)</sup>

Сагласност страна о избору надлежног материјалног права може упућивати на примену: права државе домаћина; права треће државе; међународно право;

8. Видети: члан 33. ст. 1. *UNCITRAL* арбитражних правила и члан 46. ст. 1. Правилника о спољнотрговинској арбитражи Привредне коморе Србије

9. Видети: чл. 33. ст. 1. *UNCITRAL* арбитражних правила; чл. 13. ст. 3. Правилника о арбитражи МТК; чл. 46. ст. 2. Правилника о спољнотрговинској арбитражи Привредне коморе Србије.

10. Одредба којом се стране овлашћују да изаберу надлежно материјално право присутна је и у *UNCITRAL* арбитражним правилима (чл. 33. ст. 1.), Моделу закона *UNCITRAL*-а о међународној трговачкој арбитражи (чл. 28. ст. 1.), Арбитражним правилима МТК (чл. 13 ст. 3.), и Правилнику о спољнотрговинској арбитражи Привредне коморе Србије (чл. 46. ст. 1.).

комбинацију правних правила пореклом из различитих правних система; "кодекса" правних правила који су креирале стране у спору.

Избор права државе домаћина је опција коју инвеститор жели да избегне. Уколико је принуђен да пристане на примену домаћег правног система, по правилу се у клаузулу о надлежном праву укључује и обавеза примене међународног права.

Стране могу изабрати правни систем треће државе као релевантан. Тиме се отклања примена права државе домаћина, на сличан начин као и код стипулисања надлежности међународног права. Оно што разликује избор права треће државе и међународног права јесте што је право државе домаћина једнаке правне снаге као и правни систем неке треће државе. Када је реч о међународном праву, по правилу се полази од његове супермације над нормама домаћег законодавства.

Постоји могућност да стране у спору изаберу више различитих правних система, који материјалноправно уређују поједине аспекте инвестиционог односа. Да ли је овакав избор валидан у смислу одредбе члана 42. ст. 1. *ICSID* конвенције? Литерарно тумачење наведене одредбе захтева афирмативан одговор на ово питање. Члан 42. ст. 1. Конвенције предвиђа да арбитража одлучује "у складу са правилима са којима су се сложиле стране". Употреба термина "правна правила", а не "правни системи", индицира да *ICSID* конвенција дозвољава флексибилност у избору надлежног права, те да стране могу одлучити да делови различитих правних система буду примењени парцијално на трансакцију у питању.

Стране у спору могу установити "кодекс" правних правила која се примењују на инвестициону трансакцију. Принцип аутономије воље из чл. 42. ст. 1. Конвенције захтева да *ICSID* арбитраже уваже вољу страна за применом "правног система" који су саме креирале.

Могуће је да стране у спору нису изричито изразиле узајамну идентичну вољу за применом одређеног материјалног права. Да ли одсуство изричитог споразума оправдава арбитражу *ICSID* да примени опцију из чл. 42. ст. 1. б) *ICSID* конвенције (да је меродавно материјално право оно државе у спору или међународно право), или је она дужна да покуша идентификацију прећутне воље страна за применом одређеног права? Одредбе чл. 42. ст. 1. не дају јасан одговор на ово питање. Ипак, с обзиром да је инкорпорирањем принципа аутономије воље јасно изражен став о поштовању заједничког става страна у односу на примену надлежног права, чини се да су *ICSID* арбитраже обавезне да пре ангажовања критеријума из чл. 42. ст. 1. б) Конвенције (примена права државе у спору или међународног права), утврде да ли постоји прећутна воља страна у односу на ово питање. Уколико је то случај, арбитража је обавезна да примени право за чију апликацију су стране у спору прећутно оптирале.

У имплицирању намере страна да изаберу одређено право као меродавно за просуђивање о свом инвестиционом односу, *ICSID* арбитража мора узети у обзир одредбе инвестиционог споразума, клаузулу о одређивању места арбитраже и друге околности инвестиционе трансакције. Из доступне праксе *ICSID* арбитража мо-

же се закључити да су склоне признању прећутно изражене воље страна о избору надлежног права.

Тако је у спору "AAPL",<sup>11)</sup> надлежност Центра заснована на одредби билатералног споразума о третману и заштити страних инвестиција закљученом између Шри Ланке и Велике Британије. Сам инвестициони споразум није садржао одредбу о форуму надлежном за решавање спорова, нити клаузулу о избору меродавног права. Арбитража је сматрала да постоји прећутна сагласност страна да се одредбе билатералног споразума државе порекла и рецептивне државе сматрају "примарним извором" меродавног материјалног права, аргументујући да су се "обе стране понашале на начин који демонстрира постојање такве прећутне сагласности". Тиме је члан 42. ст. 1. а) *ICSID* конвенције тумачен на начин којим се дозвољава да сагласност страна о избору надлежног материјалног права буде имплицитна из њиховог поступања.<sup>12)</sup>

Стране у спору могу се одредити за избор одређеног меродавног права приликом закључења инвестиционог споразума, али и након настанка спора. Да ли имају право да надлежно материјално право одреде и након што је отпочело решавање спора пред *ICSID* центром (након регистрације пријаве)? Члан 42. ст. 1. а) не садржи никаква ограничења у овом смислу, те стране могу изабрати надлежно материјално право и током трајања процедуре пред *ICSID* центром. У складу са аутономијом воље страна, право страна да изаберу надлежно право укључује и њихово овлашћење да откажу овај избор и одреде се за примену другог меродавног права.<sup>13)</sup>

Дијалектика сваког правног система је да, током времена, трпи одређене корекције и новелирања у циљу уподобљавања потребама праксе. Стога се поставља питање да ли *ICSID* арбитраже, уважавајући избор страна, имају примењивати изабрано право на снази у време постизања сагласности о меродавном праву, или право које важи у време доношења одлуке у спору? У одсуству релевантног одго-

11. "AAPL", *AAPL v. Sri Lanka* (6 *International Arbitration Report* 1, 14-15, May 1991).

12. Има арбитражних одлука (додуше ретких) из којих се може извести закључак да се принцип слободе страна у избору надлежног материјалног права, утврђен чланом 42. ст. 1. а) Конвенције, тумачи на начин који захтева постојање изричите сагласности. Према тумачењу арбитраже у случају *Letco* (*Letco v. Liberia*, 26 *I. L. M.*, 647, 658, 1987, члан 42. ст. 1. захтева изричит избор меродавног права садржан у сагласним изјавама страна. У одсуству таквог избора, примењује се право државе домаћина и правила међународног права. У одлуци није дато образложење оваквог става, али се чини да он није базиран на одредбама *ICSID* конвенције.

13. У доступној арбитражној пракси пронађен је један случај у коме су се стране, након отпочињања процедуре пред *ICSID* центром, сагласиле о измени материјалног права меродавног за решавање спора у питању. Реч је о спору поводом споразума закљученог између италијанске компаније "B&B" и Владе Конга ("*B&B v. Congo*", 21 *I. L. M.*, 740, 748-750, 1982) о изградњи и експлоатацији фабрике за производњу пластичних боца. Мада је уговор садржао одредбу о меродавном материјалном праву, током поступка пред *ICSID* центром стране у спору сагласиле су се да арбитража треба да одлучује "*ex aequo et bono*". Арбитража је уважила вољу страна, и решила спор применом овог принципа. Више о решавању спора у складу са начелом "*ex aequo et bono*", пред *ICSID* арбитражама, видети *infra* тачку 2. 2. 3. овог Рада.

вора у тексту Конвенције, као и непостојању одлука арбитраже по овом питању, у теорији се искристалисао следећи концепт:<sup>14)</sup> арбитража треба да примењује право које важи у време доношења одлуке, а не у време када су се стране сагласиле о избору меродавног права. Ово правило не би требало применити у следећим случајевима:

а) када је споразумом страна утврђено да измена правног система не може ретроактивно утицати на стечена права (ово се реализује тзв. "стабилизационом клаузулом");<sup>15)</sup>

б) уколико је правни систем прерпео радикалне измене због ванредних околности попут промене режима, друштвено економског система, услед чега би примена измењеног права било противно сагласности страна, с обзиром да стране у моменту саглашавања са избором меродавног права нису могле претпоставити каква ће бити његова суштински измењена садржина.

Стране у инвестиционом спору имају аутономију избора меродавног надлежног права. Да ли њихов избор подлеже одређеним ограничењима? Два су могућа лимита дејства слободе страна у избору материјалног права меродавног за решавање спора пред *ICSID* центром: избор меродавног права с циљем евазије примене одређеног правног система, и контрадикција изабраног права и међународног јавног поретка.

Први основ могућег оспоравања уважавања сагласности страна о избору меродавног права јесте да су стране изабрале одређени правни систем с циљем евазије примене другог меродавног права. Поједине међународне конвенције садрже одредбе којима се утврђује непуноважност споразума страна о примени меродавног права уколико је меродавно право изабрано с циљем евазије примене когентних норми.<sup>16)</sup> Тешко је очекивати примену оваквих или сличних ограничења слободе страна у односу на избор материјалног права у поступку пред *ICSID* арбитражом. Стране у спору (пре свега инвеститор), изабраће меродавно материјално право које није право државе домаћина управо с мотивом да се на регулисање њиховог инвестиционог односа примењује неутрални правни систем, резистантан на утицаје рецептивне или државе порекла. Примена наведеног ограничења на избор надлежног материјалног права од стране актера инвестиционог односа ограничило би слободу страна са последицом да, у крајњем, страни инвеститор остане не-

14. Видети на пример: Broches, A, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States", 136 *RCADI*, 1972, стр. 389.

15. Више о стабилizacionим клаузулама видети у: Ђирић, Александар/ Цветковић, Предраг, "Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора", *Право и привреда*, бр. 5-8/2005, стр. 713-727

16. Тако, према члану 7. ст. 1. Европске конвенције о праву применљивом на уговорне обавезе ("*European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*") из 1980. године., уколико уговор има "суштинску везу" са правом друге државе које садржи когентне норме у односу на решавање одређеног питања, надлежни суд има дискрецију да примени такве когентне норме, упркос томе што споразум страна о избору надлежног права упућује на апликацију другог правног система.

заштићен од радњи и аката којима држава, користећи своја суверена овлашћења, повређује његова права.

Друго ограничење слободе страна да изабере меродавно материјално право је могућност да *ICSID* арбитража одбије примену права које су као надлежно за решавање спора утврдиле стране, уколико је оно у супротности са међународним јавним поретком или јавним поретком одређене државе. Свака заједница (држава, организација држава, па и међународна заједница) штити своје виталне интересе и базичне социјалне и моралне вредности. Када стране уговоре примену права које садржи норме супротне овим вредностима, арбитража мора одступити од ових правила, а у корист очувања јавног поретка. Да ли *ICSID* арбитража мора упоређивати норме изабраног меродавног права са међународним или јавним поретком поједине државе? *ICSID* центар је оригинарно међународне природе, а поступак пред арбитражом Центра карактерише независност од националних правних система. Из овога се може закључити да Центар мора одбити примену права које су стране изабрале само до мере до које је супротан међународном јавном поретку, а не јавном поретку одређене државе. Како је арбитражна процедура пред *ICSID* центром међународног карактера, установљена у оквиру међународне организације (Светске банке) и правно-формално заснована на међународном споразуму (*ICSID* конвенцији), арбитраже Центра везане су нормама Међународног јавног права, укључујући и принципе који сачињавају међународни јавни поредак.<sup>17)</sup>

## **2. 2. Одређивање меродавног материјалног права у одсуству споразума страна**

Споразуми државе и инвеститора често не садрже одредбе о применљивом праву. Ово "ћутање" не проистиче из игнорантског односа уговарача, већ из несагласности о овом питању и бризи да би преговори о његовом решавању могли довести у питање читав споразум. *ICSID* конвенција предвиђа да се у одсуству споразума страна о одређивању меродавног материјалног права примењује право државе домаћина, укључујући и њене колизионе норме, као и релевантна правила међународног права.<sup>18)</sup> Сама Конвенција не дефинише да ли у случају изостанка споразума страна предност има међународно или домаће право. Стога је однос између ова два правна система био ближе разматран у конкретним случајевима решаваним пред *ICSID* арбитражама.

### **2. 2. 1. Опција 1: примена права државе домаћина**

У случају изостанка сагласности страна о избору меродавног материјалног права надлежног за њихов инвестициони однос, прва опција *ICSID* арбитража је

17. У литератури се сликовито описује да "међународно јавно право", укључујући и "међународни јавни поредак", представљају "lex fori" арбитража *ICSID* центра. Видети: *Hirsch, Moshe, "The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", Martinus Nijhoff Publishers, 1993, стр. 126.*

18. Видети: другу реченицу члана 42. ст. 1. *ICSID* конвенције.

сте да за решавање инвестиционог спора примени право државе домаћина, укључујући и њене колизионе норме.<sup>19)</sup> Примена права државе домаћина на правно регулисање стране инвестиције отвара три питања.

Прво питање је: како ограничити право државе домаћина да накнадним, након закључења инвестиционог споразума учињеним изменама домаћег законодавства, дерогира права страног инвеститора гарантована споразумом? У пракси ово се уређује инкорпорирањем тзв. стабилизационе клаузуле у споразум државе и инвеститора.

Друго питање тиче се могућности (све мање реалне), да домаће право не садржи норме којима се уређују поједини аспекти инвестиционог односа. Како у том случају попунити "*lacuna*" домаћег легислативног оквира? Могућност да право државе домаћина не уређује све аспекте конкретног инвестиционог односа била је реална у време када су страна улагања вршена у земље настале од бивших колонија, чији правни системи нису у довољној мери били уподобљени потребама модерних инвестиционих трансакција. Када је реч о *ICSID* центру, арбитража Центра нема право да се огласи ненадлежном због непостојања правног правила домаћег права у односу на правно регулисање одређеног аспекта инвестиције.<sup>20)</sup> У таквој ситуацији, *ICSID* арбитраже користиле су одредбу члана 42. ст. 1б) *ICSID* конвенције, којом се, у циљу попуњавања "*lacuna*" домаћег законодавства, предвиђа примена релевантних правила међународног права.<sup>21)</sup>

Треће питање је да ли примена права државе домаћина подразумева примену само материјалноправних правила правног система рецептивне државе, или укључује и апликацију његових колизионих норми? У вези са применом колизионих норми државе домаћина, на начин предвиђен чланом 42. ст. 1 б) *ICSID* конвенције, поставља се проблем примене "*renvoi*" доктрине. "*Renvoi*" је назив за ситуацију ка-

19. Видети:чл. 42. ст. 1. *ICSID* Конвенције. Одређивање права државе домаћина као меродавног материјалног права за регулисање инвестиционог односа свој "*ratio*" има у уважавању њених интереса, односно тежњи да инвестиције учињене на њеној територији буду у режиму домаћег законодавства. У одлукама надлежних форума пре Другог светског рата, донетим у поступцима које су покретале државе порекла инвеститора против држава рецептора капитала у циљу заштите својих инвеститора (што је форма дипломатске заштите), преовлађивао је став да "међународно право нема значај за трансакције између државе и приватноправног субјекта, те да се стога мора извршити упућивање на право државе домаћина". Видети Одлуку Сталног суда међународне правде у спору "Српских зајмова" (енг. "*Serbian Loans Case, 1929, PCIJ Rpts Series A, No. 20*"). Ова пракса настављена је и у одлукама донетим непосредно након Другог светског рата у вези спорова проистеклих из концесија на експлоатацију нафтних поља. Реч је о споровима "*Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi*" из 1951. године и спору "*Qatar*" из 1953. године. Наведено према: *Theodorou, Heleni, "Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten", Duncker & Humblot, Berlin, 2000, сūр. 210-214.*
20. Видети: чл. 42. ст. 2. *ICSID* конвенције.
21. Видети одлуку *ICSID* арбитраже у случају "*Klöckner v. United republic of Cameroon*", *ICSID Case No. Arb. 81/2*; наведено према: *Commeaux, Paul, Kinsella, Stephan, "Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk", Oceana Publications Inc, New York, 1997, стр. 210.*

да клаузула о избору меродавног права упућује на примену одређеног правног система, при чему колизиона норма тог правног система упућује на примену правног система друге државе. Када је реч о могућности да *ICSID* арбитража, коришћењем "renvoi" принципа, као меродавно примени норму правног система на који упућују колизиона правила домаћег права, може се рећи да такво поступање арбитраже не би било у складу са духом члана 42. ст. 1б) *ICSID* конвенције, којим се предвиђа претпостављена примена правних правила домаће државе само у одсуству споразума страна о меродавном материјалном праву. Не би било разумно да арбитраже "претпостављају" постојање воље страна да се примени не само право државе домаћина, већ и његове колизионе норме: да је то био њихов циљ, онда би оне то навеле у клаузули о избору меродавног материјалног права садржаној у основном споразуму, те се не би ни ангажовали критеријуми из члана 42. ст. 1б) *ICSID* конвенције, који се примењују само у случају изостанка сагласности страна о меродавном праву. Стога се, сасвим оправдано, може поставити питање сврхе укључивања "колизионих норми" државе домаћина у оквир меродавног права државе домаћина у смислу члана 42. ст. 1. б) *ICSID* конвенције.

У доступној арбитражној пракси *ICSID* центра пронађен је само један случај у коме се арбитража позвала на примену колизионих норми државе домаћина. Реч је о спору "Klöckner". Инвестициони споразум није садржао клаузулу о избору надлежног права. Арбитража се применивши право Камеруна, у складу са чланом 42. ст. 1б) Конвенције, нашла у дилеми који од два важећа правна система да примени: англосаксонско право (на снази у областима која су била под британском колонијалном окупацијом), или француско право које се примењивало у деловима земље који су били под француским колонијалним режимом. Арбитража је, позивајући се на колизиону норму права Камеруна, а у светлу чињенице да се предузетће чија је изградња предмет инвестиционог споразума, као и његово седиште, налазе на територији која је била под француском контролом, применила право Француске.

## 2. 2. 2. Опција 2: примена међународног права

*ICSID* конвенција у члану 42. ст. 1б) предвиђа да, уколико изостане сагласност страна о одређивању материјалног права меродавног за решавање инвестиционог спора у питању, *ICSID* арбитража примењује домаће или међународно право.

У историји арбитражног решавања инвестиционих спорова од педесетих година прошлог века изражен је тренд ка "интернационализацији уговора" страног инвеститора и државе. Под "интернационализацијом" инвестиционих споразума подразумева се правни концепт којим се ови споразуми, материјално и процедуралноправно, уређују правилима и принципима међународног права, аутономно или упоредо са нормама домаћих законодавстава.

Процедурални аспект решавања инвестиционих спорова "интернационализује" се стипулисањем надлежности "ad hoc" или институционалних међународних судова и арбитража.

Материјалноправни аспект "интернационализације" споразума државе и инвеститора манифестује се кроз примену међународних правила и принципа као меродавног материјалног права у поступку решавања инвестиционих спорова.<sup>22)</sup>

### 2. 2. 3. *Опција 3: одлучивање ICSID арбитраже "ex aequo et bono"*

Члан 42. ст. 3. Конвенције стипулише право страна у спору да уговоре решавање спора у складу са принципом "*ex aequo et bono*", односно начелима правде и правичности. Одлучивање у складу са овим начелом предвиђено је и у изворима који регулишу рад међународних трговачких арбитража.<sup>23)</sup>

Опасност одлучивања у складу са начелом правде и правичности јесте што стране немају предиктабилност које ће норме арбитража применити на спор у питању. Садржина одлуке у великој мери зависи од личности арбитра и њиховог персоналног концепта правичности. Са друге стране, примена начела "*ex aequo et bono*" требало би да гарантује странама да ће спор бити правично решен.

*Prima facie*, арбитража овлашћена да решава у складу са начелом правде и правичности нема ограничења у погледу избора правних правила која ће применити на спор у питању. Ипак, одређене границе овлашћења на одлучивање "*ex aequo et bono*" могу се извести из саме природе дужности арбитраже да независно и компетентно решава одређени спор.

Основно ограничење арбитра који одлучују "*ex aequo et bono*" је забрана понашања у арбитражном маниру, и њихова обавеза да своју одлуку базирају на објективним и рационалним разлозима. Примењујући начело "*ex aequo et bono*", арбитра одлучују у складу са оним што се сматра правичним у околностима конкретног случаја, узимајући у обзир одредбе уговора, обичаје, као и праксу установљену између страна у спору. Ово је наглашено у изворима који уређују поступак решавања спорова пред међународним трговачким арбитражама.<sup>24)</sup> Основано се, дакле, може претпоставити да *ICSID* арбитража које одлучује "*ex aequo et bono*" мора узети у обзир, заједно са осталим околностима, и одредбе инвестиционог споразума и трговинских обичаја који се примењују на споразум у питању. Овакво поступање арбитраже неопходна је претпоставка доношења рационалне и разумне одлуке. Ово, међутим, не значи да арбитраже Центра приликом одлучивања у складу са начелом правде и правичности не могу да дођу до закључака супротних одредбама споразума или трговачких обичаја: могуће је да поједине

22. Више о концепту интернационализације споразума страног инвеститора и државе домаћина видети у: Цветковић, Предраг, О споразумима државе и страног инвеститора (мак. "За спогодбите меѓу државата и странски инвеститор") у: I Годишник на Правниот Факултет "Јустиниан Први" во Скопје во чест на Стрезо Стрезовски (фр. "*Annuaire de la Faculté de droit 'Justinianus Primus' de Skopje, Tom 41, Skopje 2005*"), стр. 830-848.

23. Видети: ст. 2. чл. 33. *UNCITRAL* арбитражних правила; чл. 28. ст. 3. *UNCITRAL* Модел закона за међународну трговачку арбитражу.

24. Видети: ст. 1. чл. 33. *UNCITRAL* арбитражних правила; члан 28. ст. 4. *UNCITRAL* Модел-закон о међународној трговачкој арбитражи; члан 46. ст. 3. Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије.

одредбе предметног уговора нису правичне, или да је резултат примене трговачких обичаја у конкретном случају неправедан за једну од страна у спору. Стране захтевом да се њихов спор реши у складу са начелом "*ex aequo et bono*" манифестују вољу да арбитража донесе одлуку у складу са критеријумом правде и правичности, без искључивог везивања за одредбе споразума или правила трговинских обичаја.<sup>25)</sup>

**Predrag Cvetković, LL. D**  
Ass. Professor at the Faculty of Law, University of Nis

## CRITERIA FOR DETERMINATION OF THE SUBSTANTIVE LEGAL RULES APPLICABLE TO THE PROCEDURE BEFORE THE ICSID CENTER

### Resume

*The topic of the paper is the analysis of criteria for determination of substantive legal rules applicable to the settlement of investment disputes before International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Center), established by the ICSID Convention. Remarks regarding the reasons of establishment, legal characteristics and significance of the Center are followed by the assesment of the principles for substantive legal rules' determination, defined in ICSID Convention. Those rules should be used as the method for the realization of one of the primary goals of ICSID Center's establishment:*

25. У доступној пракси ICSID арбитража пронађене су две одлуке у којима је примењено одлучивање "*ex aequo et bono*". У спору "B&B" ("*B&B v. Congo*"), стране у спору су у току поступка пред Центром овластиле арбитражу да одлучује у складу са начелом правде и правичности. Арбитража је узела у обзир одредбе споразума државе и инвеститора, и пронашла да је држава домаћин прекршила неколико обавеза утврђених споразумом. Одлуком је наложено Конгу да компензује инвеститора за штету. Одлука је образложена потребом поштовања принципа еквивалентности престација и начела "*pacta sunt servanda*". Арбитража ICSID била је овлашћена да одлучује "*ex aequo et bono*" и у случају "*Atlantic Triton*" ("*Atlantic Triton V. Guinea*" "*Atlantic Triton V. Guinea*", 115 *Journal du Droit International* 181, 1988). Арбитража је, примењујући принцип правде и правичности, досудила компензацију инвеститору битно мању од захтеване, позивајући се при томе на околности конкретног случаја.

*to secure the autonomous character of ICSID procedure and its independency from national legal rules. It is necessary the abovementioned goal to be assessed in the light of "asymmetrical" legal status of the disputed parties: on the one side is the State with the capacity of sovereign and as the subject of Public International Law; on the other side is the foreign investor as the subject of Private international Law. ICSID convention defines system and hierarchy of criteria for determination of substantive legal rules. This approach helps to the arbitrators who can use the ICSID convention rules as the guide for their decision regarding the substantive rules applicable to the dispute in question.*

**Key words:** ICSID Center; ICSID Convention; FDI; International trade arbitration; substantive legal rules; home state; host state.