

Урош ЖИВКОВИЋ

сарадник у настави на Правном факултету Универзитета у Београду

ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА: СПЕЦИФИЧНОСТ ЈЕДНОСТРАНИХ ПОНУДА ЗА ВОЂЕЊЕ АРБИТРАЖНОГ ПОСТУПКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

У овом раду аутор анализира и пореди традиционално схваћање арбитражног споразума и арбитражне клаузуле у међународној арбитражи са схваћањем арбитражног споразума у међународном праву страних улагања и инвестиционој арбитражи, са посебним фокусом на ефекат једностраних понуда за вођење арбитражног поступка које држава пријемница улагања уговара у оквиру дијационалне клаузуле у двостраном уговору о заштити и одржавању страних директних улагања. Кроз анализу прихваћених формулација дијационалних клаузула у оквиру двостраних уговора о заштити и одржавању страних директних улагања које је закључила Република Србија, аутор издваја примере који би у пракси имали ефекат једностраних понуда за вођење арбитражног поступка, уколико би страни инвеститор, по предвиђеном поступку, извршио прихват понуде и дао сагласност за заснивање надлежности међународне арбитраже коју двострани уговор предвиђа.

Кључне речи: *једнострана понуда за вођење арбитражног поступка, дијационална клаузула, арбитражни споразум, инвестициона арбитража, БИТ, двострани уговори о заштити и одржавању страних директних улагања Републике Србије.*

I Уводна разматрања

Арбитражно решавање спорова почива на споразуму странака и њиховој узајамној сагласности да решавање спорног правног питања из свог међусобног односа повере недржавној институцији. Традиционално, одсуство ил непуноважност споразума између страна (у виду арбитражне клаузуле у уговору, или посебног арбитражног споразума који су обе стране прихватиле и потписале) представљало би, на самом почетку, брану за вођење даљег арбитражног поступка, односно – након окончаног поступка – како основ за поништај домаће, тако и разлог за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке.¹ Наведени приступ је заправо наличје фундаменталног принципа аутономије воље који највећи број аутора сматра за *differentia specifica* арбитражног решавања спорова.²

Међутим, привредни и друштвени развој националних и регионалних економија у претходној деценији, стварање повољнијих услова за прекогранчно улагање и развој мултинационалних компанија које своје пословање организују на нивоу више континената, односно у више десетина различитих јурисдикција, довели су до развоја одређених „хибридних“ облика арбитражног решавања спорова, чије су традиционалне полазне основе – у процесу својеврсне правне „мутације“ – претрпеле одређене измене.

У наведеним променама које су узеле маха не само на регионалном већ и на међународном нивоу, пружање адекватне и ефикасне заштите субјективних права инвеститора, престаје да буде само изолован

1 Примера ради, члан 58 Закона о арбитражи Републике Србије у ставу 1 предвиђа да ће суд усвојити тужбени захтев за поништај домаће арбитражне одлуке уколико тужилац докаже непуноважност споразума о арбитражи; исто правило предвиђа и члан 34. УНЦИТРАЛ модел-закон о међународној трговинској арбитражи (*1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations doc. A/40/17, Annex 1*); члан 5 Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (у даљем излагању: Њујоршка конвенција, која према статистици УН Комисије за међународно трговинско право у априлу 2012. године има 146 земаља чланица – види: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html) предвиђа да је непуноважност споразума о арбитражи разлог за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке. Видети Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Treaties*, The Hague, 1995, стр. 270–271.

2 Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, стр. 99; Graffi Leonardo, *The Law Applicable to Validity of the Arbitration Agreement: A Practitioner's View*, Conflict of Laws in International Arbitration, Munich, 2011, стр. 19–20; Bishop Doak R, Crawford James, Reisman W. Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, 2005, стр. 1–3.

интерес појединца и приватних странака у поступку, већ постаје одраз правног, економског и политичког развоја мултилатералних и билатералних односа између држава у претходној деценији. Инвестициони спорови између страних инвеститора и држава пријемница улагања некада су били решавани путем механизма дипломатске заштите или међудржавне арбитраже – кроз спорове које су држава из које страни инвеститор потиче и држава пријемница улагања решавале на нивоу међународног права. Потреба за успостављањем ефикаснијих механизма заштите страних директних инвестиција, довела је до појаве такозване „мешовите“ арбитраже у којој се као странке у спору јављају страни улагач и држава пријемница улагања. Данас, мешовите арбитраже као механизам за решавање инвестиционих спорова у међународном праву страних директних улагања представљају правило – док је активно коришћење механизма дипломатске заштите, иако не у потпуности запостављено, прерасло у изузетак.³ Без обзира на „хибридну“ природу инвестиционе арбитраже – где су сукобљени интереси и права субјекта јавног и субјекта приватног права – основне карактеристике арбитражног поступка остале су, у доброј мери, неизмењене.

Посматрајући раширену праксу закључивања двостраних уговора о заштити и подстицању страних директних улагања између држава (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ-ови⁴), којих на снази према статистици са краја 2008. године има преко 2.700,⁵ решавање спорова између страног инвеститора и државе пријемнице улагања и оквиру ових инструмената најчешће је поверено различитим облицима међународне инвестиционе арбитраже.⁶ Па ипак, основ за покретање поступка пред међународном арбитражом од стране инвеститора не мора бити посебни арбитражни уговор, односно арбитражна клаузула, између страног улагача и државе пријемнице улагања, већ тзв. дијагонална клаузула у БИТ-у. Дијагоналне клаузуле представљу

3 Видети Schreuer Christoph, *Consent to Arbitration*, Vienna, 2007, стр. 1–3; Horn Norbert, Kröll Stefan Michael (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, The Hague, 2004, стр. 7–8.

4 Иако скраћеница „БИТ“ није доследна српском језику, због широке прихваћености у домаћој и страниј литератури и пракси, те како би се избегле евентуалне забуне увођењем нових скраћеница, биће коришћена у току даљег излагања да универзално значи двостране уговоре о заштити и подстицању страних директних улагања.

5 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent Developments in International Investment Agreement*, IIA Monitor No.3, 2008, http://archive.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf; Dolzer Rudolf, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 2.

6 Видети C. Schreuer, „Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road“, *The Journal of World Investment and Trade*, Geneva, 2004, стр. 231.

сталну, једнострану, понуду државе пријемнице улагања за вођење арбитражног поступка коју страни улагачи могу, уколико сматрају да им је држава пријемница улагања повредила гарантовани третман страних улагања по БИТ-у, прихватити и тиме активирати понуђени механизам заштите.⁷ У том смислу, уместо традиционалног писаног споразума или клаузуле између странака о решавању спора путем арбитраже, покретање поступка заснива се на сагласности државе пријемнице улагања која је свој пристанак за вођење поступка дала у оквиру БИТ-а, и накнадно дате сагласности страног улагача да у складу са условима из дијагоналне клаузуле покрене арбитражни поступак.

Иако, на први поглед, велике разлике у ефектима традиционално схваћеног арбитражног споразума, односно арбитражне клаузуле у уговору, и прихвата једностране понуде за вођење арбитражног поступка од стране инвеститора не постоје, пракса је показала да се одређени проблеми јављају у вези са интерпретацијом једностране понуде за вођење арбитражног поступка из БИТ-а,⁸ те да прихват понуде од стране инвеститора не мора нужно да доведе до заснивања надлежности предвиђене арбитраже.

У том смислу, посебна пажња у даљем излагању биће посвећена детаљнијем приказу дијагоналних клаузула као једностраних понуда за вођење арбитражног поступка које чине саставни део двостраних уговора о заштити и подстицању страних инвестиција Републике Србије, проблемима интерпретације сагласности коју држава пријемница улагања уграђује у дијагоналну клаузулу у контексту међународне инвестиционе арбитраже, као и могућим разлозима који стоје иза ове својеврсне еволуције у развоју идеје арбитражног споразума.

II Разликовање „сагласности“ од „споразума“

Не постоји сумња да је основ сваког арбитражног поступка, па и инвестиционе арбитраже, постојање узајамне сагласности странака о решавању конкретног спора путем арбитраже. У досадашњој пракси међународног права страних улагања, издвојила су се три основна начина за успостављање неопходне сагласности за вођење арбитражног

7 Видети на пример Redfern Alan, Hunter Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th Edition, London, 2004, стр. 476; тако и С. Schreuer, *ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, стр. 191 и даље.

8 О интерпретацији и општим проблемима који се могу јавити приликом тумачења видети двостраних уговора о заштити и подстицању страних директних улагања између држава видети R. Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, стр. 15 и даље.

поступка.⁹ Први и најтрадиционалнији је постојање арбитражне клаузуле у уговору између државе и страног инвеститора, односно посебног арбитражног споразума. Као *par excellence* пример начела аутономије воље, уговорне стране заједнички кроје арбитражну клаузулу и уговарају прецизан механизам за решавање спора који може настати у будућности. Осим у случају када је клаузула патолошка, сам текст клаузуле или арбитражног споразума јасно осликава сагласност обе стране око услова вођења поступка, истовремено омогућавајући ефикасан механизам за решавање спорова који могу настати између уговорних страна.

Многа национална законодавства – посебно у земљама које се боре да постану развијене економије и које су заинтересоване, пре свега, за „увоз“ страног капитала – предвиђају сагласност, односно отворену понуду државе пријемнице улагања за вођење арбитражног поступка,¹⁰ која би представља основ за вођење поступка онда када страни инвеститор прихвати понуду предвиђену у домаћем закону. Међутим, овакве понуде формулише држава, и осим чињенице да страни улагач своју сагласност за вођење поступка даје „по приступу“, степен умешаности страног инвеститора у доношњу одлука везаних за начин, правила и друге детаље вођења арбитражног поступка је непостојећи.

На крају, трећи начин је уговарање дијагоналне клаузуле, односно предвиђање једностране понуде за вођење арбитражног поступка државе пријемнице улагања у оквиру БИТ-а. Текстови највећег број до сада закључених БИТ-ова садрже, мање или више експлицитно, клаузулу са једностраном понудом за вођење арбитражног поступка која, да би произвела ефекат арбитражног споразума, мора да буде прихваћена од стране инвеститора.¹¹ Као и у претходном примеру, улога инвестито-

9 Видети С. Schreuer, *Consent to Arbitration*, Vienna, 2007, стр. 1–5.

10 Члан 39 Закона о страним улагањима Републике Црне Горе (Сл. лист РЦГ, бр. 52/200) представља управо један од примера где је могућност вођења арбитражног поступка предвиђена унутрашњим законом: „Спорове који настану по основу улагања страних улагача рјешава надлежни суд у Реублици, ако уговором о улагању, односно одлуком о оснивању није предвиђено да такве спорове рјешава домаћа или страна арбитража у складу са међународним конвенцијама. Ако је Влада Реублике Црне Горе уговорна страна, на спорове који настану по основу страних улагања, до појављивања Конвенције међународног центра за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID Конвенција), примјењиваће се додатна правила ICSID Конвенције за земље које нијесу појавиле ICSID Конвенције од стране домаће или стране арбитраже. Ако су уговорне стране домаћа и страна правна и физичка лица, на спорове који настану по основу страних улагања примјењиваће се правила о арбитражи Комисије Уједињених нација за међународно приватно право (UNCITRAL) од стране домаће и стране арбитраже...“

11 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. 514–520; Маја Станивуковић, „ICSID и

ра приликом формулисања услова за вођење арбитражног поступка је искључена имајући у виду да механизам уговарају државе потписнице БИТ-а. Управо у том светлу треба сагледати и основну разлику између арбитражног споразума у традиционалном смислу и сагласности за вођење арбитражног поступка. Понуду и услове за вођење поступка не одређују држава пријемница улагања и страни инвеститор као будуће странке у поступку – што би био случај приликом формулисања арбитражне клаузуле или арбитражног споразума – већ државе уговорнице. Штавише, сагласност коју страни улагач као заинтересовани тужилац у оквиру арбитражног поступка даје, не може превазићи оквире понуде државе пријемнице улагања из БИТ-а. Додатно, и правила интерпретације дијагоналне клаузуле долазе из међународног права, тачније Конвенције Уједињених Нација о праву међународних уговора из 1969. године,¹² имајући у виду да је БИТ, по својој природи, међународни уговор. Самим тим, интерпретација сагласности за вођење арбитражног поступка коју држава пријемница улагања исказује кроз БИТ, нужно ће проћи додатно „филтрирање“ пре него што уз прихват од стране инвеститора активира предвиђени механизам за решавање спора.

Битно је истаћи и чињеницу да поред наведених препрека који се тичу тумачења саме дијагоналне клаузуле, заинтересовани инвеститор би морао да испуни и друге критеријуме прописане БИТ-ом који су повезани са дефинисањем појма „улагања“, те статуса „улагача“¹³ како би уз свој пристанак за вођење поступка био у могућност да активира инвестициону арбитражу под условима које су државе уговорнице предвиделе. Уколико би се спор решавао пред, примера ради, *ad hoc* арбитражом у складу са *UNCITRAL* арбитражним правилима,¹⁴ страни инвеститор не би био изложен задовољавању додатних процесних и материјалних услова. Међутим, ситуација би била другачија уколико би давањем сагласности био активиран механизам за решавање спора путем арбитраже који предвиђа надлежност Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (енгл. *International Center for*

двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије“, *Liber amicorum Добросав Мишровић*, Београд, 2007, стр. 588–589.

12 Видети члан 31 Конвенције (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, стр. 331).

13 Gordon Blanke, Borzu Sabahi, „The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control“, *Arbitration – the international journal of arbitration, mediation and dispute management*, Vo. 74, No. 3, London, 2008, стр. 218; видети и приступ у Vandavelde Kenneth, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, 2010, стр. 20–31, 121–128.

14 Дијагоналну клаузулу која као једну од опција предвиђа и *ad hoc* арбитражу по *UNCITRAL* арбитражним правилима садржи највећи број БИТ-ова које је закључила Република Србија.

Settlement of Investment Disputes, у даљем тексту: *ICSID*), односно правила Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године (у даљем тексту: *ICSID* конвенција), чиме би се од страног улагача захтевало да додатно задовољи и критеријуме о надлежности *ratione personae* и *ratione materiae* из члана 25 *ICSID* конвенције.¹⁵

Стога, чињеница да страни улагач и држава пријемница улагања као странке у арбитражном поступку нису истовремено и стране које су заједнички учествовале у одређивању услова за вођење поступка – у ситуацијама у којима се механизам заштите активира по основу прихвата дијагоналне клаузуле од стране инвеститора – неопходно је приступити ближе испитивању „сагласности“ коју држава пријемница улагања формулише у оквиру БИТ-а, како би се сагледале потенцијалне последице за инвеститора који тражи заштиту третмана који је гарантован БИТ-ом.

III Сагласност у двостраним међународним уговорима

Уколико је текст дијагоналне клаузуле БИТ-а јасан, недвосмислен и предвиђа објективне услове за покретање поступка као и безусловни пристанак државе за изношење спора пред арбитражу, проблеми око интерпретације и прихвата понуде, па самим тим и потенцијални проблеми који се могу јавити за страног инвеститора у активирању механизма заштите сопствених права, су сведени на минимум. Посматрајући праксу формулисања сагласности, односно једностраних понуда за вођење арбитражних поступака у БИТ-овима које је закључивала Република Србија, могуће је раздвојити неколико различитих ситуација. Првенствено, безусловна сагласност државе за вођење арбитражног поступка који иницира страни улагач у оквиру дијагоналне клаузуле може се наћи у члану 11 БИТ-а који је потписан између Републике Србије и Републике Португал:¹⁶

„Спор који може настати између улагача једне Стране и групе Стране који произилази из улагања улагача на територији групе Стране решаваће се пријатељским путем кроз преговоре.

2. Ако се спор не може решити у складу са ставом 1. овог члана у року од шест (6) месеци од дана доношења писменој захтева за решавање, улагач може спор поднети на решавање:

15 G. Blanke, B. Sabahi, *нав. дело*, стр. 218–219.

16 Закон о потврђивању споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010).

(а) надлежном суду Сйране ујоворнице на чијој йерийиорији је извршено улајање; или

(б) Међународном ценйру за решавање инвестиционих сйорова (ICSID) кроз мирене и суђење, основаној у складу са одредбама Конвенције о решавању инвестиционих сйорова између држава и држављана друих држава, оћворене за йоийисивање у Вашингтону 18. марта 1965. йодине, или

(в) *ad hoc* арбийражном суду, основаном у складу са Арбийражним йравилима Комисије Уједињених нација за йрјовинско йраво (UNCITRAL)...

Текст наведене клаузуле заправо представља пристанак Републике Србије и Републике Португал да, у случају да се спор између улагача и државе пријемнице улагања не може решити кроз преговоре у периоду од шест месеци од тренутка подношења писменог захтева за решавање спора, страни улагач има право да изврши избор и спор упути на арбитражу или пред ICSID центром или *ad hoc* арбитражном суду који би поступак водио по UNCITRAL арбитражним правилима. За наведене поступке, по тексту саме дијагоналне клаузуле, постојала би безусловна сагласност државе пријемнице улагања да се поступак реши – у зависности од сагласности и избора инвеститора – пред неком од наведених арбитража. Сличну дијагоналну клаузулу са јасно исказаном сагласношћу државе пријемнице улагања садрже и други БИТ-ови које је Република Србија закључила са, примера ради, Савезном Републиком Немачком (члан 9 БИТ-а),¹⁷ Републиком Хрватском (члан 10 БИТ-а),¹⁸ Републиком Словенијом (члан 10 БИТ-а),¹⁹ Републиком Азербејџан (члан 11 БИТ-а)²⁰ односно са Републиком Казахстан (члан 9 БИТ-а).²¹

17 Закон о о ратификацији споразума између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са протоколом (*Службени лист СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 7/1990).

18 Закон о потврђивању споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Хрватске о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни ујовори*, бр. 10/2001 и 13/2001 и испр.)

19 Закон о потврђивању споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 6/2004).

20 Закон о потврђивању споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 8/2011).

21 Закон о потврђивању споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени йласник РС – Међународни ујовори*, бр. 3/2011).

Имајући у виду формулацију претходно наведених дијагоналних клаузула, питање да ли страни улагач након прихвата једностране понуде има пуноважан споразум обе стране у поступку за вођење арбитражног поступка се не би тумачило као спорно. Додатно, вреди поменути да је питање безусловне сагласности некада и изричито наведено у оквиру дијагоналне клаузуле, као што је то случај са чланом 9(4) БИТ-а који је Република Србија закључила са Кувајтом који наводи да „свака *сйрана ујоворница овим йуиџем даје безусловни йрисйианак да се инвестициони сйор йоднесе на решавање йуиџем обавезне арбијтраже, у складу са избором улајача*“.²²

Са друге стране, нешто рестриктивнији приступ арбитражном решавању спора предвиђа БИТ који је Република Србија закључила са Индијом:

„(1) Сваки сйор између улајача једне Сйране Ујоворнице и друје Сйране Ујоворнице у вези са улајањем йрејходне йо основу овој Сйоразума, решавање се, колико је йо мојуће, на йријайељски начин йуиџем йрејовора између сйрана у сйору.

(2) Сваки йакав сйор који није решен на йријайељски начин у року од шест месеци може бији йодней:

(а) на решавање, у складу са законом Сйране Ујоворнице која је одобрила улајање, надлежном суду, арбијтражном или административном йелу йе Сйране ујоворнице или

(б) на међународно йоравнање у складу са Правилима за йоравнање Комисије Уједињених Нација за међународно йрјовинско йраво (UNCITRAL).

(3) Ако се Сйране Ујоворнице не сајласе о йроцедури за решавање сйора йредвиђеној сйавом (2) овој члана или уколико је сйор йодней на йомирење, али је йосйујак йоравнања окончан на неки друји начин, а не йоийисивањем сйоразума о йоравнању, сйор се може йоднейи на арбијтражу...“

На овај начин, државе су предвиделе да пре него што се створи могућност за вођење поступка пред међународном инвестиционом арбитражом (пред ICSID центром, или по UNCITRAL арбитражним правилима), држава и инвеститор морају да покушају да спор реше пред надлежним домаћим судом/арбитражом/управним органом односно

22 Закон о ратификацији споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени лист СЦГ – Међународни ујовори, бр. 2/2005); На веома сличан начин, и БИТ закључен између Републике Србије и Кипра (Службени лист СЦГ – Међународни ујовори, бр. 14/2005) садржи експлицитну, безусловну сагласност државе пријемнице улагања на накнадни избор арбитраже од стране инвеститора.

посредством *UNCITRAL* правила о међународном поравнању. Овако формулисана једнострана понуда за вођење арбитражног поступка инвеститору не дозвољава да слободном изјавом воље прихвати понуду и спор директно упути пред међународну инвестициону арбитражу већ то право условљава постојањем претходне, неуспешне процесне степенице.

На крају, требало би издвојити и примере који не представљају једнострану понуду за вођење арбитражног поступка већ само сагласност да се спорови – након што странке у спору постигну *накнадни сјоразум* – у начелу требају решавати пред међународном арбитражом. Члан 6 БИТ-а који је био закључен између Савезне Федеративне Републике Југославије и Краљевине Шведске 1978. године,²³ предвиђао је да ће се сви спорови који настану између инвеститора и државе пријемнице улагања бити решени пред *ICSID* центром али након закључења посебног споразума између странка у спору. Заправо, дијагонална клаузула из наведеног БИТ-а не представља понуду за вођење арбитражног поступка већ понуду за закључење посебног споразума којим би се предвидела надлежност међународне арбитраже. Тиме је уместо гаранције да ће инвеститор на располагању имати неутралан форум пред којим би се спор мешовите арбитраже решавао, БИТ предвидео једино могућност да стране *након насјанка сјора* уговоре надлежност *ICSID* центра. Такође, праве понуде за вођење арбитражног поступка неће бити ни када формулација дијагоналне клаузуле у БИТ-у за циљ има не само да ограничи обим сагласности државе пријемнице улагања, веч и да арбитражно решавање спора као механизма ограничи на само одређени тип спора. Пример тако формулисане клаузуле садржи члан 9 БИТ-а закључен између Републике Србије и Народне Републике Кине, који арбитражу као механизам за решавање спорова везује једино за спорове који се тичу експропријације, док је страном инвеститору као опција за све друге врсте спорова остављена надлежност суда државе пријемнице улагања.²⁴

Како би се са сигурношћу утврдило да ли БИТ у оквиру дијагоналне клаузуле предвиђа једнострану, безусловну понуду за вођење арбитражног поступка државе пријемнице улагања, неопходно је приступити анализи сваког појединачног случаја. У зависности од тога да ли је сагласност државе пријемнице улагања директно уперена на вођење

23 Текст БИТ-а између СФРЈ и Краљевине Шведске из 1978. године у преводу на енглеском и шведском језику доступан на: http://www.unctad.org/sections/dite/ial/docs/bits/sweden_yugoslavia.pdf.

24 Закон о потврђивању споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Народне Републике Кине о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/1996).

арбитражног поступка, сагласност инвеститора може довести (и у добром броју случајева и хоће) до склапања пуноважног арбитражног споразума, и тиме активирања механизма заштите појединачних улагачевих права. Наравно, приступ суду државе пријемнице улагања је ретко када ограничен, али је у интересу страног улагача да спор у којем је једна од страна у поступку суверена држава буде измештен на неутрални терен у одлучивању – због чега је управо међународна арбитража општеприхваћена као најадекватнији метод решавања инвестиционих спорова.

IV Закључак

Класични арбитражни споразум, односно арбитражна клаузула у уговору са једне стране и арбитражни споразум странака који настаје по основу дијагоналне клаузуле у БИТ-у са друге, разликују се у неколико димензија. Прво, у инвестиционом спору постоји претпоставка неједнакости странака – имајући у виду да се мешовите арбитраже воде између приватних инвеститора и суверених држава – која се пресликава на сваки аспект односа, укључујући и преговарачку моћ приликом одређивања услова за вођење поступка. Управо због те неједнакости, два равноправн(и)а ентитета – две суверене државе – предвиђају услове у БИТ-у под којима ће се инвеститорима, као слабијим странама у поступку омогућити да кроз једноставан систем „пристанка“ на једнострану понуду за вођење арбитражног поступка обезбеде себи приступ неутралном форуму. На тај начин се не постиже само ефикаснија заштита појединачних права страних улагача, већ се ствара и повољнија клима за даље улагање, што опет директно, позитивно утиче на друштвени и економски развој државе пријемнице улагања.

Друго, начело аутономије воље код класичног арбитражног споразума поприма свој облик кроз сагласне изјаве уговорних страна које су скоро увек дате у контексту једног уговорног односа, са кратким временским размаком. У инвестиционим споровима, тренутак склапања БИТ-а па самим тим и формулисања дијагоналне клаузуле, може бити годинама, некада чак и деценијама удаљен од тренутка када појединачни инвеститор прихвати понуду и покрене арбитражни поступак против државе пријемнице улагања, док ће постојање појединачног уговорног односа између државе и улагача пре бити изузетак него правило.

На крају, као што је и претходна анализа различитих дијагоналних клаузула које је Република Србија закључила показала, контекст остваривања ефикасне заштите кроз предвиђене арбитражне механизме унутар БИТ-а претежно ће зависити од формулације једностране

понуде за вођење арбитражног поступка и њене интерпретације. Међутим, и поред бројних разлика које су условљене природом мешовитих арбитража, давање могућности појединачном страном улагачу да покрене арбитражни поступак против државе пријемнице улагања на основу прихвата једностране понуде за вођење поступка и даље остаје најпредвидљивији, најефикаснији и вероватно најадекватнији начин покретања инвестиционих спорова.

Uroš ŽIVKOVIĆ

Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Belgrade

OVERCOMING THE ARBITRATION AGREEMENT: SOME PARTICULARITIES OF UNILATERAL OFFERS TO ARBITRATE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The author analyses and compares traditional notions of arbitration agreement and arbitration clauses in international arbitration with the concept of arbitration agreement and arbitral consent in the foreign direct investment law and investment arbitration, with a special focus on the effects of unilateral offers to arbitrate that are provided by the host state within the scope of diagonal clauses under its Bilateral Investment Treaties. The analysis of existing diagonal clauses contained in the Bilateral Investment Treaties concluded by the Republic of Serbia provides an insight as to what particular wording of the diagonal clause equals the effect of unilateral offer to arbitrate that would provide a foreign investor with a possibility to institute arbitral proceedings envisaged under the BIT by simply consenting to the offer presented therein.

Key words: *unilateral offers to arbitrate, diagonal clause, arbitration agreement, investment arbitration, BIT, bilateral agreements on promotion and protection of foreign direct investments concluded by the Republic of Serbia.*