
МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

Др Соња БУНЧИЋ
редовни професор Факултета техничких наука Универзитета
у Новом Саду

Милена ГАЛЕТИН
студент докторских студија на Правном факултету Универзитета
у Новом Саду

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО КАО МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА У КЛАУЗУЛИ БИЛАТЕРАЛНИХ СПОРАЗУМА О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Резиме

Становишиће да већина билатералних споразума о подстицању и заштити улагања (БИТ) не садржи клаузулу о одређивању меродав-
ној права за суштинину спора између државе уговорнице и улагача који
је држављанин друге државе уговорнице, је оштрије прихваћено. Када
је она предвиђена БИТ-ом, обично се налази у делу који се односи на
решавање спорова и тада се углавном наводи да ће арбитражни суд
решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а, на основу нацио-
налних закона и прописа стране уговорнице која је страна у спору, на
чијој територији је извршено улагање, укључујући и одредбе о суко-
бу закона, као и оштрије прихваћених правила и принципа међународног
права. Последње наведено представља предмет овог истраживања. Ау-
тори у раду анализирају релевантне одредбе БИТ-ова које је Република
Србија закључила са другим државама и врше компарацију са одред-
бама БИТ-ова закључених између других држава. Осим тога, анализи-

рани су њоједини случајеви из праксе арбитражних судова у којима је међународно право одређено као меродавно право, ие је посебно указано на значај међусобној односа и утицаја међународној и националној права у вези са овим питањем.¹

Кључне речи: инвестициони спорови, клаузула о одређивању меродавној права, међународна арбитража, билатерални споразум о подстицању и заштити улагања.

I Увод

Билатерални инвестициони споразуми (у даљем тексту: БИТ), установљени, пре свега, ради подстицања улагања, пружају правну заштиту физичким лицима и привредним друштвима који имају држављанство, односно правну припадност једне државе уговорнице (у даљем тексту: држава порекла) када врше инвестирање у другој држави уговорници (у даљем тексту: држава пријема). Са развојем међународне трговине и прекограничног кретања капитала, неминовно је дошло и до повећања броја судских и арбитражних спорова² између ових субјеката, а као једно од првих питања које се поставља приликом њиховог решавања јесте које право је меродавно за предмет, односно суштину спора. Како су везани БИТ-овима, најпре ће се у њима тражити одговор на ово питање. Међутим, већина БИТ-ова не садржи уопште клаузулу о одређивању меродавног материјалног права за решавање ових спорова, док неки од њих садрже такве клаузуле, и тада је предвиђена једна и/или више од следећих могућности: 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, као и општеприхваћених правила и принципа међународног права.

Полазећи од аутономије воље, као једног од основних принципа на којима почива међународна арбитража,³ арбитражи су дужни да утврде да ли међу странама постоји споразум око тога које ће право

1 Рад је сачињен као део пројекта Унапређење конкурентности Србије у процесу придруживања Европској унији број 47028, финансиран од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

2 Аутори се у раду баве само праксом арбитражних судова.

3 Одређивање меродавно материјалног права је релевантно само када је у питању међународна арбитража. Такво питање се не поставља када је у питању унутрашња арбитража – тада арбитражи суде на основу домаћег супстанцијалног права. Вид. Маја Станивукковић, *Међународна арбитража са одабраним примерима*, Нови Сад, 2013, стр. 24.

(или правна правила) бити меродавно у случају настанка спора, а сама клаузула у БИТ-овима о избору меродавног права је посебна врста таквог споразума, односно представља реализацију аутономије воље. Овде долази до изражаја супротност интереса поменуте две стране јер ће држава пријема готово увек настојати да као меродавно право буде предвиђено њено национално право, док инвеститор настоји да заштити своје интересе бирајући пре свега, међународно право као меродавно. Осим тога, како су у питању спорови у којима не може постојати потпуна равноправност странака правна заштита инвеститора се, између осталог, остварује управо путем одговарајуће примене и тумачења правила о одређивању меродавног права. Битно је још напоменути и то да у случају да стране нису одредиле право које ће се применити на суштину спора, то ће учинити арбитри што им даје релативно широка дискрециона овлашћења приликом одлучивања о овом питању,⁴ а то, свакако, може значајно да утиче и на сам исход арбитражног поступка.

II Међународно право као меродавно право предвиђено клаузулом билатералних инвестиционих спорова

1. Међународно право као меродавно право у билатералним инвестиционим споразумима Републике Србије

Република Србија је закључила 52 Споразума о подстицању и заштити улагања, од чега су 42 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 који у Републици Србији, као сукцесору, и даље важе. Последњи овакви споразуми су закључени са Уједињеним Арапским Емиратима⁵ и Краљевином Мароко,⁶ 2013. године.

4 Yas Banifatemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, у: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, стр. 192. Такође, Antonio Parra је у свом излагању на Другој годишњој конференцији о међународној арбитражи и медијацији, 2007. године, истакао да, приликом одређивања меродавног права за предмет спора, не би требало превише пажње посвећивати питању да ли арбитри имају сувише широка дискрециона овлашћења приликом избора између примене домаћег или међународног права.

5 Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни ујевори*, бр 3/2013).

6 Закон о потврђивању Споразума између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 12/2013).

Анализом одредаба 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. Оно што је битно за предмет овог истраживања је чињеница да сви БИТ-ови који садрже ову клаузулу предвиђају међународно право као меродавно право, осим у случају Споразума Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања, из 2003. године, који предвиђа само да ће арбитражна пресуда бити донета у складу са одредбама БИТ-а. У осталим БИТ-овима који садрже ову клаузулу нема битнијих одступања. Тако је у Споразуму између Владе Републике Србије и Владе Народне Демократске Републике Алжир о узајамном подстицању и заштити (члан 9 тачка 7) предвиђено да ће *арбитражни суд донети одлуку у складу... са важећим принципима међународног права*, у Споразуму између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања из 1997. године – *арбитражни суд ће решавати спор у складу са... примењивим правилима и принципима међународног права*, у Споразуму између Републике Србије и Краљевине Мароко о узајамном подстицању и заштити улагања из 2013. године – *арбитражни суд суди на основу... одређених правила и принципа међународног права*. Може се рећи да једино Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (члан 11 тачка 5) донекле одступа од наведених одредаба, јер предвиђа да ће спор бити решен у складу са принципима међународног *јавног* права.⁷

2. Међународно право као меродавно право предвиђено клаузулом БИТ-а о решавању инвестиционих спорова – упоредни приказ

Аутори ће најпре дати приказ анализираних билатералних инвестиционих споразума држава⁸ из региона. Република Хрватска је

7 Осим наведених, клаузулу о одређивању меродавног права садржи Споразум између Србије и Црне Горе и државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања, Споразум Савезне Републике Југославије и Владе Народне Републике Кине о узајамном подстицању и заштити улагања, Споразум између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања. Иначе, сви анализирани споразуми предвиђају да ће арбитражни суд решавати спор у складу са одредбама самог БИТ-а, док је национално право предвиђено у шест случајева.

8 Аутори су у раду користили билатералне инвестиционе споразуме из UNCTAD-ове базе података, доступно на адреси: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>.

закључила 58 БИТ-ова, од чега су 48 на снази. Клаузулу о одређивању меродавног права садржи њих 19, што је знатно више него у случају БИТ-ова Републике Србије. Међународно право није предвиђено као меродавно једино у Споразуму о узајамном подстицању и заштити улагања између Републике Хрватске и Исламске Републике Иран, из 2000. године, док у свим осталим јесте.⁹

Слична ситуација као код нас је у Словенији и Црној Гори, док се одредбе БИТ-ова које је закључила Босна и Херцеговина у великој мери разликују од свих наведених. Наиме, што се тиче Словеније, подаци до којих су аутори успели да дођу (анализирана су 23 БИТ-а, од укупно 34 који су на снази) показују да клаузулу о избору меродавног права садржи свега неколико инвестиционих споразума, а у свима њима је предвиђена могућност да међународно право буде одређено као меродавно.¹⁰ Црна

9 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; Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Croatia for the promotion and protection of investments, 1997, чл. 10 ст. 6; 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, чл. 13 тач. 5; 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 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; 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; 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; 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 Republic of Croatia and the State of Kuwait for the promotion and reciprocal protection of investments 1997, чл. 9, тач. 7; 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 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; 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 Kingdom of Spain on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997, чл. 11 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.

10 Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Slovenia on the Mutual Promotion and Protection of Investments, 2001, чл. 11 тач. 6; Agreement between Bosnia and Herzegovina and the Republic of Slovenia for the Reciprocal Promotion

Гора је закључила 19 билатералних споразума о подстицању и заштити улагања, али је свега 9 на снази (6 анализирано). Од свих анализираних једини споразум који садржи клаузулу о одређивању меродавног права (која, између осталог, прописује међународно право као меродавно) је споразум који је закључила са Републиком Македонијом.¹¹

Као што је већ истакнуто, БИТ-ови које је Босна и Херцеговина (БИХ) закључила пружају једну другачију слику када је ова проблематика у питању. Наиме, од 38 БИТ-ова који су на снази у БИХ, чак 20 садржи клаузулу о одређивању меродавног права,¹² а у 19 од њих је предвиђено међународно право као меродавно.¹³ Једино у БИТ-у који је

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; 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; Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, 1998, чл. 11 тач. 3; Спогодба међу Република Македонија и Република Словенија за заедна заштита и поттикнување на инвестициите, 1996, чл. 7.

- 11 Договорот међу Владата на Република Македонија и Владата на Црна Гора за заедно поттикнување и заштита на инвестициите, 2011, чл. 7 тач. 4.
- 12 Као и у случају билатералних споразума Босне и Херцеговине, од 35 БИТ-ова који су на снази у Македонији, у 21-ом се налази клаузула о избору меродавног права.
- 13 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; Agreement between the Republic of Austria and Bosnia and Herzegovina for the Promotion and Protection of Investments, 2000, чл. 16.; Соглашение между Республикой Беларусь и Боснией и Герцеговиной о содействии осуществлению и защите инвестиций, чл. 8 тач. 4; Agreement between the Belgo-luxembourg economic union, on the one hand, and Bosnia and Herzegovina, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 2004, чл. 9 тач. 5; 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 State of Kuwait for the encouragement and reciprocal protection of investments, 2001, чл. 9 тач. 7; 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 between Bosnia and Herzegovina and the Portuguese Republic on the mutual promotion and protection of investments, 2002, чл. 8

Босна и Херцеговина закључила са Турском није предвиђено да ће спор бити решен у складу са правилима и принципима међународног права, већ само да ће се решавати у складу са одредбама самог БИТ-а и правом и правним правилима државе на чијој територији је извршено улагање, укључујући и њене колизионе норме.¹⁴

Уколико посматрамо билатералне инвестиционе споразме које су закључиле државе ван региона, ситуација је слична горе описаној. Наиме, неки БИТ-ови садрже клаузулу о одређивању меродавног права за суштину спора и у оквиру ње предвиђено међународно право као меродавно, неки је садрже, али није међународно право као меродавно, док трећу групу чине они који је уопште не садрже. Тако је, на пример, међународно право предвиђено у БИТ-у између Аргентине и Кореје,¹⁵ Тајланда и Аргентине,¹⁶ Француске и Доминиканске Републике.¹⁷ Са друге стране, оваква одредба не постоји у БИТ-овима Немачке и Нигерије,¹⁸ Француске и Ирана,¹⁹ Јапана и Ирака,²⁰ Уједињених Арапских Емирата и

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 Slovak Republic for the promotion and reciprocal protection of investments, 2008, чл. 8 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; Договорот на поттикнување и заштита на инвестиции меѓу Република Македонија и Босна и Херцеговина, 2001, чл. 8.

14 Agreement Between the Republic of Turkey and the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1998, чл. 8 тач. 3.

15 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.

16 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.

17 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.

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

19 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.

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

Русије,²¹ Уједињеног Краљевства и Камеруна,²² Шри Ланке и Немачке,²³ Сједињених Америчких Држава и Еквадора,²⁴ Индије и Бангладеша.²⁵

III Међународно право као меродавно право у пракси арбитражних судова

Анализирајући одлуке арбитражних судова које су донете на основу билатералних инвестиционих споразума, уочава се да је као меродавно материјално право примењено национално или међународно право, истовремено национално и међународно – сукцесивно или конкурентно, затим национално право као примарно, уз истовремену примену међународног права и, коначно примарно – међународно право, уз примену националног права. Ово отвара бар два битна питања: прво, приликом примене правила и принципа међународног права поставља се питање која су то правила, које међународне конвенције и споразуме сматрати релевантним, а како се арбитри често у својим одлукама позивају и на обичајно међународно право, као и на општа правна начела,²⁶ неопходно је разумети и њихову улогу у овом процесу; друго, истовремена примена националног и међународног права представља једно од кључних питања које се поставља, како у академским круговима, тако и у пракси арбитражних судова, те је пажњу потребно усмерити на утврђивање међусобног односа и утицаја међународног и националног права кад се једно и/или друго одреди као меродавно. Следи кратки приказ случајева из праксе арбитражних судова у вези са неким од ових питања.

У случају *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic* постојала је одредба о меродавном праву у БИТ-у између

-
- 21 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.
- 22 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.
- 23 Treaty between the Federal Republic of Germany and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the promotion and reciprocal protection of investments.
- 24 Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment, 1993.
- 25 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.
- 26 Вид. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2009, стр. 604 и даље.

Холандије и Чешке²⁷ која предвиђа да арбитражни суд одлучује на основу закона, узимајући у обзир нарочито, мада не искључиво: право државе пријема, одредбе БИТ-а, као и друге релевантне споразуме између страна уговорница и општеприхваћене принципе међународног права.²⁸ Спор²⁹ је, на основу БИТ-а, поднет на решавање УНЦИТРАЛУ.³⁰ Наиме, тужилац у овом случају је *CME Czech Republic B.V. (CME)* је холандска компанија са уделом од 99% у чешкој телевизијској компанији (*CNTS*). *CNTS* и *CET 21*, чешка компанија без страног капитала, су основале прву већу приватну ТВ станицу (*TV NOVA*) у Чешкој, а све након одобрења националног Савета за медије. Наиме, Савет је 1993. године дао лиценцу *CET-у 21* да емитује телевизијски програм, а уговором о лиценци је предвиђено да је *CET 21* носилац лиценце, док је *CNTS* оператер (ексклузивни провајдер). Осим тога, према одредбама уговора, *CNTS* има искључиву контролу над комерцијалним, техничким, управљачким и другим активностима и стара се о неометаном емитовању програма и уређивачкој независности. Све ово је било уговорено баш на овај начин јер се сматрало да је најприхватљивије решење обзиром да се јавно мњење углавном противило пуној страни контроли. Убрзо је *TV NOVA* постала веома успешна, остварујући позамашне приходе. 1996. године је национални Савет за медије Чешке је захтевао да се изврши редефинисање односа између *CNTS* и *CET 21*, те је између њих закључен нови уговор о пружању услуга. Међутим, 1999. године, након преговора са Саветом за медије, први човек ових компанија је одлучио да *CNTS* не буде више ексклузивни провајдер, да би након тога *CET 21* раскинуо уговор са њим, под чудним околностима. Због изне-

27 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, 1991, чл. 8 ст. 6.

28 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.*

29 *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic*, доступно на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>.

30 У Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, у члану 35. стоји следеће: 1. Арбитражни суд ће примењивати правна правила која су странке одредиле као меродавна за суштину спора. Уколико странке не одреде таква правила, арбитражни суд примењује правна правила која сматра одговарајућим. 2. Арбитражни суд ће одлучити као *amiable compositeur* (посредник) или *ex aequo et bono* (по правичности) 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. Вид. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), 2011, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

тог, СМЕ је покренула спор против Чешке на основу БИТ-а закљученог између Холандије и Чешке, наводећи неколико битних повреда БИТ-а (укључујући експропријацију, правичан и поштен стандард третмана инвестиције) од стране Савета за медије и потраживала је накнаду штете. Чешка је негирала ове тврдње, а арбитражни суд је нашао да су радње, односно пропусти чешког Савета за медије довели до кршења забране експропријације инвестиције и појединих одредаба БИТ-а.³¹ Арбитражни суд се најпре у својим одлукама ослањао само на међународно право, да би у коначној одлуци дошао до закључка да је за поједина питања меродавно и право државе пријема.

Дакле, што се одређивања меродавног права тиче, тужени је сматрао да би на суштину спора требало применити право Чешке, а међународно би требало да буде примењиво једино у случају да постоји правна празнина у чешком праву или уколико чешко право није у сагласности са међународним правом.³² Према мишљењу арбитражног суда, на основу чл. 8 ст. 6 БИТ-а, ни једном од наведених извора није дата предност у примени, у односу на остале (праву државе пријема, одредбама БИТ-а, као ни међународном праву).³³ Осим тога, у коначној одлуци³⁴ стоји да се у случају сукоба националног и међународног права, примењује међународно право. Такође, примениће се оно право које је најповољније за страног улагача, на основу чл. 3 ст. 5 БИТ-а, те арбитражни суд због тога није прихватио тврдњу туженог да на питање накнаде штете примени право Чешке.³⁵ За питање камате, арбитражни суд је узео у обзир одредбе чешког грађанског законика.³⁶

Још један случај, често помињан, у којем је постојао сукоб националног и међународног права, је случај *Wena Hotels v Egypt*.³⁷ Случај је ре-

31 Више података доступно на адреси: http://www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf.

32 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 398 и 399.

33 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 402.

34 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 91.

35 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 504. Као што се види, није једноставно утврдити на које питање ће се применити које право, те је најбоље то посебно одредити за сваки појединачни случај. Види: Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration, The Interplay Between National and International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2013, стр. 208.

36 СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs The Czech Republic, Final Award, пар. 631.

37 *Wena v Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000; Decision on Annulment, 5 February 2002.

шаван пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова (ИКСИД), на основу БИТ-а између Египта и Уједињеног Краљевства. У самом БИТ-у не постоји клаузула о одређивању меродавног права за суштину спора, те су арбитрари били дужни да га утврде. Дакле, како није постојао споразум странака о меродавном праву, то је упутило арбитра на примену друге реченице става 1 члана 42 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава,³⁸ која гласи да уколико се странке не сагласе о томе према којим правним правилима ће арбитражни суд решити спор, он ће применити право државе која је странка у спору (као и њене прописе о сукобу закона) и одговарајуће прописе међународног права.

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 лизингу два хотела, у Каиру и Луксору, а неспоразуми у вези уговора су кулминирали када је *ECH* донела одлуку да исели тужиоца из једног хотела, док је у другом донета одлука о принудном управљању.

Укратко, 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, БИТ и правила међународног права су прекршена, јер је дошло до повреде правичног и поштеног стандарда третмана инвестиције, као и стандарда потпуне заштите и безбедности. Арбитражни суд је најпре сматрао да су за суштину спора меродавне одредбе БИТ-а, да би закључио да се меродавно право утврђује на основу члана 42 Конвенције. Египат је настојао да поништи ову одлуку истичући да би право државе домаћина требало да буде примарни правни извор у овом случају. *Ad hoc* комитет је потом изнео да је легитимно право државе која привлачи стране инвестиције да захтева од страног улагача да спроводи и поштује њене законе. Међутим, он је истакао да се не расправља о уговорним обавезама (тада би било меродавно право државе пријема), већ о повредама одредаба билатералног споразума Уједињеног Краљевства и Египта. *Ad hoc* комитет је више обраћао пажњу на то да ли би одређивање међународног права као меродавног на било који начин било супротно са разматраним принципом.³⁹ Осим тога, битно је истаћи и да је *ad hoc* комитет утврдио да је и само право

38 Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006).

39 Вид. Н. Е. Кјос, *нав. дело*, стр. 227–228.

Египта потврђује супериорност међународног права у односу на национално.

Све ово показује да не постоји оштра граница у погледу примене националног и међународног права, већ да арбитражни суд ужива извесну слободу у њеном тумачењу. То значи да право државе домаћина може бити примењено у комбинацији са међународним правом, ако је то оправдано, али исто тако да међународно право може бити примењено и самостално, ако се одговарајуће правило може пронаћи у овој врсти извора, односно да је на арбитражном суду да самостално одлучи на које питање ће применити који извор.⁴⁰

IV Закључак

На основу анализе билатералних инвестиционих споразума можемо закључити да већина не садржи клаузулу о одређивању меродавног материјалног права, а сви они БИТ-ови који је садрже углавном предвиђају међународно право као меродавно. Ово важи и за БИТ-ове које је закључила Република Србија са другим државама.

Одређивање меродавног права се додатно компликује уколико између странака не постоји споразум о овом питању, те су арбитражи дужни да га утврде. Приметно је да још увек не постоји сагласност око тога на који начин у конкретном случају одредити право које ће се применити на меритум спора. При томе, иако арбитражи у својим одлукама узимају у обзир раније донете, није установљен систем прецедената, што указује да они имају поприлично широка дискрециона овлашћења. У том поступку од изузетног значаја је корективна улога Бечке конвенције о уговорном праву⁴¹ приликом тумачења одредаба БИТ-ова, а посматрајући њене одредбе може се рећи да без обзира да ли БИТ предвиђа примену међународног права као меродавног, оно ће увек имати битну улогу приликом тог одређења.⁴²

40 Петар Бундић, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Нови Сад, 2010, стр. 263–264; 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“, *18 ICSID Review* 375, 2003.

41 Бечка конвенција о уговорном праву (енгл. *Vienna Convention on the Law of Treaties*), ратификована и објављена у: *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.

42 БИТ-ови свакако попадају под чл. 2 ст. 1 (а) који прописује да је међународни уговор међународни споразум закључен писмено између држава, регулисан међународним правом, било да је садржан у једном инструменту или у два или више инструмената међусобно повезаних, без обзира на његов посебан назив. При-

Поједини аутори сматрају да би приликом одређивања меродавног материјалног права већи значај требало дати праву државе пријема, а други аутори – међународном праву. Већина, пак, заступа становиште да је међународно право најбоље користити како би се попуниле празнине у националном праву и спречиле повреде међународног права које би могле да настану у случају да се само примењује национално право.⁴³ Такође, општеприхваћено је да стране не могу одредити као меродавно право оно право чија би примена довела до повреде основних принципа међународног права – до повреде јавног поретка међународне заједнице, укључујући и забрану ропства, геноцида, заштиту основних људских права.⁴⁴ Са друге стране, и право државе пријема је веома битно, а посебно због тога што међународно право није комплетан правни систем и не покрива све области.⁴⁵

Показало се да је у пракси најбитније наћи одговор на питање на који начин арбитри треба да пронађу баланс између права државе пријема и међународног права, у случају да стране нису изабрале меродавно право,⁴⁶ као и да међународно и/или национално право треба применити зависно од тога које питање треба да се реши.

ликом одређивања меродавног права на основу БИТ-а, арбитри морају тумачити споразуме о подстицању и заштити улагања у складу са одредбама Конвенције (чл. 31): 1. Уговор се мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора дајти изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовој предмету и његовој циља. 2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, увода и укључених прилога: а) сваки споразум у вези с уговором који постоји између чланица приликом закључивања уговора; б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихватише остале чланице као инструменти 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 одредаба; б) о свакој доцнијој пракси у вези с применом уговора којом је постојећи споразум између чланица у погледу тумачења уговора; и) о сваком релевантном правилу међународној 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.

43 Victor Essien, Aron Broches, „Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law“, *Fordham International Law Journal*, 1995.

44 Christoph Schreuer, „Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration“, *Austrian Review of International and European Law*, бр. 7/2002, стр.147–196.

45 Jan Dalhuisen, Andrew Guzman, „The Applicable Law in Foreign Investment Disputes“, 2013, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2209503>.

46 Ivar Alvik, „The Hybrid Nature of Investment Treaty Arbitration: Straddling the National/International Divide“, у: *The New International Law: An Anthology*, 2010. Наиме, по њему се међународна инвестициона арбитража може окарактерисати као хибридни правни процес који се заснива на примени и националног и међународног права у једном јединственом правном процесу. Такође, уочено је да се губи се стриктна

Sonja BUNČIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Technical Sciences, University of Novi Sad

Milena GALETIN, PhD

Student at the Faculty of Law, University of Novi Sad

INTERNATIONAL LAW AS APPLICABLE LAW IN CHOICE OF LAW CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES

Summary

Most of Bilateral Investment Treaties do not contain the clause determining the law applicable to the substance of the dispute. When BIT contains it, this clause is usually found in the part relating to the settlement dispute and then provides that the arbitral tribunal shall decide in accordance with the provisions of the BIT, on the basis of national laws and regulations of the Contracting Party, which is a party to the dispute, in whose territory the investment is made, including the rules of conflict of laws, as well as the generally accepted principles of international law. The latter mentioned is the subject of this research. The authors analyze the relevant provisions of BITs of the Republic of Serbia and compare them with BITs concluded between other states. Additionally, cases when arbitral tribunals apply international law are presented and, regarding this issue it is pointed out the importance of mutual relation and impact of international and national law.

Key words: *investment disputes, choice of law clause, international arbitration, bilateral investment treaty.*

граница када стране изврше избор меродавног права и када таквог избора нема. Вид. Yas Banifatemi, „The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration“, у: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, Oxford, 2010, стр. 191–210.