
АРБИТРАЖНО РЕШАВАЊЕ ПРИВРЕДНИХ СПОРОВА

Проф. др *Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ**

О (НЕ)АРБИТРАБИЛНОСТИ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА ИЗ ЕУ ИНТРА БИТ-ова

Сажетак

Билатералним споразумима о подстицању и заштити страних директних инвестиција (БИТ) државе уговорнице се узајамно обавезује да да на својој територији обезбеде уговорену заштиту, а у случају да дође до спора, нуде посебан механизам (investor-state- dispute settlement - ISDS) за њихово решавање. Проблеми у решавању оваквих инвестиционих спорова ЕУ интра БИТ-ова, настају у случајевима кад арбитри треба да примене право ЕУ чија су решења различита од оних у међународном праву, што отвара питање арбитрабилности спорова, очувања аутономије права ЕУ и хијерархијског односа између права ЕУ и обавеза преузетих БИТ-овима као међународним уговорима. Након различитих тумачења и приступа који су по овом питању имали међународни инвестициони трибунали, поједине државе чланице ЕУ и Европска комисија, Суд правде се о томе изјаснио 8. марта 2018. године у пресуди донетој у предмету Achmea (Ахмеа). Ради разумевања пресуде, у раду је у првом делу изнето чињенично стање, правна и политичка позадина односног БИТ-а између Холандије и Чехословачке, док је у другом делу анализирана и коментарисана одлука Суд правде. Иако ће се о далекосежном значају пресуде која се већ може сматрати „водећим случајем“, водити бројне расправе, већ се може констатирати да је у питању неочекиван и радикални став Суда, који је сма-

* Универзитет у Крагујевцу

трао да ИСДС клаузуле угрожавају аутономију и јединство права ЕУ и да су инкомпатибилне са правом ЕУ, а такви спорови нерабитрабилни.

Кључне речи: стране директне инвестиције, ИСДС механизам, право ЕУ, инвестиционе арбитраже, арбитрабилност.

Постављање проблема

До ступања на снагу Споразума из Лисабона (2009. године), питање страних директних инвестиција и њихова заштита је била у надлежности држава чланица Европске уније. Захваљујући томе, државе чланице су закључиле око 1600 инвестиционих споразума са заинтересованим трећим државама. Ови споразуми се, према својству друге уговорне стране, обично деле на спољне или екстерне и на унутрашње, или интерне.

Под спољним билатералним инвестиционим споразумима се подразумевају они које су државе чланице закључиле са трећим државама које нису чланице ЕУ. Под унутрашњим билатералним споразумима, који се у ЕУ означавају и као интра ЕУ БИТ, се подразумевају споразумима које је закључила држава чланица ЕУ са другом државом која је касније примљена у ЕУ. Ових споразума у ЕУ данас има на снази око 200. Све до последњих десетак година, разлика између екстерних и интерних споразума није посебно истицана, јер су у питању били споразуми исте садржине. За предмет овог рада је од значаја да је и у једним и у другим споразумима био предвиђен механизам за решавање спорова, тзв. ИСДС механизам (*investor state dispute settlement*). ИСДС механизам по својој садржини представља арбитражну клаузулу којом је предвиђено мирно решавање спорова, а ако се у томе не успе, формира се арбитража најчешће у складу са УНЦИТРАЛ или ИКСИД правилима. Питање права држава уговорница да предвиде овакав начин решавања међусобних спорова, као ни њихова пуноважност нису постављана. Државе уговорнице су различито гледале на значај БИТ-ова. Једни су их од почетка сматрали "систематским ризиком" за аутономију права ЕУ¹. Међутим, између 1990 и 2000. године органи ЕУ, а посебно Комисија су их сматрали неопходним инструментом за припрему придружене државе за чланство у ЕУ, а у

1 Вид. Мишљење општег правобраниоца *Wathelet*, у предмету Ахмеа, тач. 44. и статистичке податке о покренутих поступцима и одлукама.

њима садржан ИСДС механизам као "неутрални и деполитизовани форум" за решавање спорова.²

Међутим, након проширења ЕУ од 2004, 2007. и 2013. године, неке од дотадашњих "трећих држава (нечланица)" су примљене у ЕУ. Њиховим пријемом, дотадашњи спољни споразуми који су у потпуности били регулисани правилима међународног (јавног) права, а пре свега Бечком конвенцијом о уговорном праву³, су постали и део права ЕУ. У практичном смислу то је значило да се њихове одредбе, па и одредбе о ИСДС механизму, морају тумачити и примењивати и у складу са правом ЕУ. С обзиром да је одредбама члана 344. УФЕУ, предвиђена обавеза држава чланица да "спорове који се односе на тумачење или примену Уговора, не решавају на начин који није предвиђен Уговорима" (о оснивању и функционисању ЕУ), као спорно је постављено питање, да ли то значи и да им је забрањено уговарање и ИСДС механизма. Са становишта арбитражног права, као спорно је постављено питање арбитрабилности⁴ спорова из ЕУ интра БИТ-ова.

О овом питању су, већ од почетка, арбитражни трибунали и Европска комисија заузели различите и супротстављене ставове⁵. Разли-

2 Вид. Anamaria Toma-Bianov, *The Twisted Tale of the Compatibility an ISDS Clause Established by an Intra-EU BIT with the EU Law: A Scrutiny of the Advocate General Wathelet's Opinion in the Achmea Case*, *Law Review*, vol. VII, issue 2, July-December 2017, стр. 3.

3 Vienna Convention on the Law of Treaties. Concluded at Vienna on 23 May 1969. Доступно на: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>

4 О питању арбитрабилности вид. Јелена Вукадиновић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном арбитражом*, докторска теза, Правни факултет у Београду, 2016.

5 Вид. одлуке арбитражних трибунала у предметима *Eastern Sugar BV protiv Češke Republike* (UNCITRAL)088/2004, делимична одлука Стокхолмске трговачке коморе од 27. марта 2007.; *Rupert Joseph Binder protiv Чешке Републике* (UNCITRAL), одлука од 6. јуна 2007. о надлежности; *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius protiv Словачке Републике* (UNCITRAL), одлука од 30. априла 2010. о надлежности; *AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erdmü Kft protiv Мађарске* [предмет (ICSID) бр. ARB/07/22], одлука од 23. септембра 2010.; *Achmea BV* (претходно *Eureka BV*) *protiv Словачке Републике* (UNCITRAL) (предмет РСА-а бр. 2008-13), одлука 26. октобра 2010. надлежности, допуштености и суспензији и коначна одлука од 7. децембра 2012.; *European American Investment Bank AG protiv Словачке Републике* (UNCITRAL) (предмет РСА-а бр. 2010-17), одлука од 22. октобра 2012. о надлежности; *Electrabel SA protiv Мађарске* (предмет ICSID-а бр. ARB/07/19), одлука од 30. децембра 2012. о надлежности, меродавном праву и одговорности и одлука од 25. децембра 2015.; *Charanne BV i Construction Investments Sàrl. protiv Краљевине Шпаније* (предмет SCC-а бр. 062/2012), коначна одлука од 21. јула 2016.; *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl protiv Краљевине Шпаније*

ке су биле посебно изражене о оним питањима из билатералног споразума која су на различите начине била регулисана у међународном праву и у праву ЕУ. Стога је у ширем смислу, као претходно, постављено питање хијерархијског односа између међународног права и права ЕУ. Све до доношења одлуке у предмету Ахмеа⁶, о овим и повезаним питањима су се појединачно изјашњавали надлежни арбитражни трибунали, Европска комисија⁷ (у даљем тексту Комисија), поједине државе чланице и органи Уније,⁸ али није постојао јединствени став. Једни су сматрали да особена природа права ЕУ, која се манифестује кроз поштовање начела аутономије, директног дејства, примата и делотворности, подразумева да предност има право ЕУ и да спорне одредбе треба тумачити у складу са њим, а да о томе мора одлучивати искључиво Суд правде ЕУ. Други, углавном арбитражи и поједине државе чланице, су сматрали да спорне одредбе треба тумачити у складу са међународним правом и да у случају сукоба са правом ЕУ, предност треба дати правилима међународног инвестиционог права. Суд правде ЕУ се о овим питањима изјаснио у одлуци донетој у предмету *Achmea* (Ахмеа)⁹

-
- (предмет ICSID-а бр. ARB/13/30), одлука од 6. јуна 2016. о надлежности; *Isolux Infrastructure Netherlands BV против Краљевине Шпаније* (предмет CCS V 2013/153) одлука од 12. јула 2016.; *WNC Factoring Ltd против Чешке Републике* (UNCITRAL) (предмет PCA-а бр. 2014-34), одлука од 22. фебруара 2017.; *Anglia Auto Accessories Limited против Чешке Републике* (предмет SCC-а V 2014/181), коначна одлука 10. марта 2017.; *I. P. Busta i J. P. Busta против Чешке републике* (предмет SCC-а V 2015/014), коначна одлука од 10. марта 2017. и *Eiser Infrastructure Limited i Energía Solar Luxembourg Sàrl против Краљевине Шпаније* (предмет ICSID-а бр. ARB/13/36), одлука од 4. маја 2017. Вид. напомену број 7. у Мишљењу Општег правобраниоца. Одлуке су објављене на <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.
- 6 *Achmea BV (претходно Eureko BV) против Словачке Републике* (UNCITRAL) (предмет PCA бр. 2008-13), коначна одлука од 7. децембра 2012. Доступно на интернет страници Investment Policy Hub (Центар за политику улагања) Конференције УН за трговину и развој (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.
- 7 Комисија је генерално сматрала да ЕУ интерни БИТ-ови нису усклађени са правом ЕУ и да их треба или изменити или ставити ван снаге. У том смислу је покренула поступке против Аустрије (C-205/06, EU:C:2009:118); од 3. марта 2009, против Шведске (C-249/06, EU:C:2009:119) и од 19. новембра 2009., против Финске (C-118/07, EU:C:2009:715). У свим овим предметима Суд правде је нашао да постоји повреда.
- 8 Вид. Радован Вукадиновић, Штетно дејство арбитражног решавања спорова из интерних споразума Европске уније о заштити страних инвестиција на правни поредак Европске уније, *Анали Правог факултета у Београду*, 65(2017)3.
- 9 C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158

Предмет Ахмеа

Чињенично стање

1991. године тадашња Чехословачка и Краљевина Холандија су закључиле Споразум о подстицању и узајамној заштити страних инвестиција¹⁰ (у даљем тексту БИТ), који је ступио на снагу 01. јануара 1992. године. Као начин решавања спорова, у Споразуму је арбитражном клаузулом у члану 8. било предвиђено мирно решавање, а у случају да мирење не успе, предвиђена је решавање пред арбитражним трибуналом, који ће бити основан у складу са УНЦИТРАЛ правилима. Након распада Чехословачке 1993. године, Словачка је наследила права и обавезе из БИТ-а.

2004. године Словачка је отворила своје тржиште здравственог осигурања и страним инвеститорима, што је Ахмеа, као холандско друштво за осигурање и чланица Холандске осигуравајуће групе, искористило и у Словачкој основало друштво кћер (*subsidiary*) за пружање услуга здравственог осигурања. Касније, 2006. године, Словачка је делимично изменила прописе о осигурању и забранила поделу добити остварене из здравственог осигурања. У поступку пред Уставним судом, Уставни суд Словачке је 2011. године донео одлуку да је ова забрана противна словачком Уставу, па је Словачка посебним законом од 1. августа 2011. поново дозволила расподелу добити. Сматрајући да им је на тај начин нанета штета, друштво Ахмеа је у октобру 2008. године, у складу с чланом 8. БИТ-а против Словачке државе покренуло арбитражни поступак пред арбитражним трибуналом основаним у складу са УНЦИТРАЛ правилима. Трибунал је заседао у Франкфурту на Мајни, а поступак је водио уз примену немачког права. Међутим, Словачка је као тужени након покретања поступка арбитражном већу поднела приговор ненадлежности, али је приговор одбијен делимичном арбитражном одлуком од 26. октобра 2010. године. Против делимичне одлуке о надлежности, Словачка је надлежним немачким судовима првог степена и жалбеним судовима поднела тужбу за поништај, која није усвојена.

У поступку о меритуму који је затим уследио, Словачка и група држава чланица ЕУ заједно са Европском комисијом су, као умешачи, изнели низ приговора и покушали да увере арбитра да се спорна питања морају тумачити у складу са правом ЕУ. Арбитражни трибунал је, међутим, 7. децембра 2012. године, арбитражни споразум сматрао пуноважним и донео

10 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic.

коначну арбитражну одлуку у којој је сматрао да Словачка Република забраном расподеле добити и забраном преноса повредила одредбе БИТа о поштености и праведном поступању и слободном преносу плаћања и обавезала Словачку да плати накнаду штете од 22,1, милион евра.

Против коначне одлуке Словачка је поднела тужбу за поништење Високом земаљском суду у Франкфурту (*Oberlandesgericht*). Тужба је, међутим одбијена па је Словачка поднела жалбу Савезном суду Немачка (*Bundesgerichtshof*).

У захтеву за поништај Словачка подсећа да је од дана њеног пријема у Унију, 01. маја 2004. године, БИТ постао уговор између држава чланица и део права ЕУ, па његове нејасне одредбе треба тумачити у складу са правом Уније које, у подручју које уређују, имају првенство пред одредбама БИТ-а. Конкретно, Словачка је изразила сумњу у усклађеност арбитражне клаузуле из члана 8. БИТ-а са одредбама чланова 18, 267. и 344. УФЕУ-а.

Одредбе члана 8. БИТ-а, гласе:

1. Сваки спор између једне уговорне стране и улагача из друге уговорне стране који се односи на улагање тог улагача решава се, ако је могуће, споразумно.

2. Свака уговорна страна пристаје да се спор из става 1. овог члана упути арбитражном суду ако није решен споразумно у року од шест месеци након дана на који је једна од странака у спору затражила да се споразумно реши.

.....

5. Арбитражни суд утврђује своја правила поступка у складу са арбитражним правилима Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право (УНЦИТРАЛ).

6. Арбитражни суд примењује правна правила, узимајући у обзир нарочито, али не искључиво:

право предметне уговорне стране које је на снази;

одредбе овог уговора и сваког другог меродавног уговора између уговорних страна;

одредбе посебних уговора који се односе на улагање;

општа начела међународног права.

7. Суд одлучује већином гласова; његова је одлука коначна и обвезујућа за странке у спору."

Иако није делио наведене сумње, Савезни суд је одлучио да застане са поступком и Суду правде ЕУ упутио захтев за одлуку о претходном питању, у коме је тражио одговор на три следећа питања.

1. *Да ли је примена клаузуле из билатералног уговора о улагању између држава чланица и Уније којом се предвиђа да улагач из једне државе уговорници у случају спора поводом улагања у другој држави уговорници може покренути поступак против последње државе пред арбитражним судом, ако је наведени уговор закључен пре приступања једне од држава уговорница Унији, а арбитражни поступак се покреће после тог датума, противна одредбама члана 344. УФЕУ.*

Чланом 344. УФЕУ-а предвиђено је да се „[д]ржаве чланице обвезују [...] да спорове о тумачењу или примени Уговорâ неће решавати ни на који други начин осим оног који је њима предвиђен“.

У случају негативног одговора на прво питање:

2. *Да ли је примена такве одредбе у колизији са одредбама члана 267. УФЕУ?*

Члан 267. УФЕУ, први и трећи став гласе:

„Суд Европске уније надлежан је да одлучује о претходним питањима која се тичу:

(а) тумачења Уговорâ;

(б) ваљаности и тумачења аката институција, телâ, уредâ или агенција Уније.

Ако се такво питање појави пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да је одлука о том питању потребна да би могао да донесе пресуду, затражити од Суда да о томе одлучи.

Ако се такво питање појави у предмету који је у току пред судом неке државе чланице, против чијих одлука према националном праву нема правног лека, тај је суд дужан да то питање упути Суду.”

У случају негативног одговора на прво и друго питање:

3. *Да ли је у супротности са одредбама члана 18. УФЕУ примена такве одредбе, у околностима које су описан у првом питању?*

У члану 18. првом ставу УФЕУ-а одређено је да је "[у]нутар подручја примене Уговорâ и не доводећи у питање било коју њихову посебну одредбу, забрањена свака дискриминација по основу држављанства".

Став Немачког савезног суда

Без обзира што Савезни суд није делио сумње на које је указала Словачка, сматрао је да је због многобројних билатералних уговора о улагању који садрже сличне арбитражне клаузуле који су и даље на снази између држава чланица, потребно да упути захтев за претходну одлуку ради решења спора који се пред њим води. При томе је имао у виду да је реч о питањима од великог значаја о којима Суд правде још није одлучивао,

У погледу првог питања, Немачки савезни суд је сматрао да из предмета и циља ове одредбе произлази да се она не примењује на спорове између појединаца и државе чланице, без обзира што то у самом тексту није јасно наведено. Осим тога, искључиви предмет члана 344. УФЕУ-а су спорови о тумачењу и примени Уговора. О томе, међутим, није реч у главном поступку, јер је арбитражна одлука од 7. децембра 2012. донета само на основу БИТ-а. Према схватању немачког Суда, циљ одредби члана 344. УФЕУ-а јесте да гарантује поредак надлежности који је утврђен Уговорима и, према томе, аутономију правосудног система Уније, чије поштовање осигурава Суд, и истовремено представља одраз обавезе лојалности држава чланица према Суду, у смислу члана 4. става 3. УЕУ-а. Из тога се, по схватању Савезног суда не може закључити да се чланом 344. УФЕУ-а штити надлежност Суда правде, кад је реч о свим споровима у којима се право Уније може примењивати или тумачити. Овом одредбом се искључива надлежност Суда штити само ако државе чланице морају пред њим покренути поступке предвиђене Уговорима. Међутим, спор као што је онај у главном поступку не може се решити у оквиру поступка пред судовима Уније. Наиме, Уговорима није предвиђен никакав судски поступак на основу кога би улагач као што је друштво Ахмеа, пред судовима Уније могао остваривати право на накнаду штете од државе чланице које му је додељено билатералним уговором о улагању као што је БИТ.

У погледу другог питања, Савезни суд пита да ли члан 267. УФЕУ-а спречава примену арбитражне клаузуле као што је она о којој је реч у главном поступку и, с тим у вези, истиче да арбитражни поступак сам по себи не може осигурати уједначену примену права Уније, коју члан 267. УФЕУ-а има за циљ да осигура. Наиме, иако би на основу одредби члана 8. став 6. БИТ-а, арбитражни суд требало да поштује право Уније и да

му, у случају сукоба, да првенство у примени, он ипак не би могао Суду упутити претходно питање, с обзиром на то да се не може сматрати "судом", у смислу члана 267. УФЕУ-а.

Савезни суд сматра да се уједначена примена права Уније у овом случају ипак може сматрати осигураном јер се пре извршења арбитражне одлуке од државног суда може захтевати да изврши контролу усклађености арбитражне одлуке с правом Уније те тај суд може, према потреби, Суду упутити претходно питање.

Поред тога, у складу с чланом 1059. ставом 2. тачком 2. подтачком (б) немачког Закона о грађанском поступку, противност признавања или извршења арбитражне одлуке јавном поретку представља један од разлога за поништење такве одлуке. Попут онога што је Суд пресудио у вези с арбитражним одлукама којима се решавају спорови међу појединцима, право контроле националних судова над арбитражном одлуком у спору између појединца и државе чланице с правом може бити ограничена само на повреду основних одредаба права Уније. Дејство те околности *не би требало да значи да је арбитражна клаузула, као што је она у главном поступку противна члану 267. УФЕУ-а.*

Савезни суд Суд додаје и да је Суд правде већ заузео став да је међународни уговор којим се изван институционалног и правосудног оквира Уније предвиђа успостављање посебног суда који је надлежан за тумачење и примену тог уговора *у складу с правом Уније*, ако њиме није угрожена аутономија свог правног поретка. Суд није изразио резерву у погледу успостављања правосудног система који би решавао спорова о тумачењу или примени самих одредби предметног међународног уговора и који не би утицао на надлежности судова држава чланица у погледу тумачења и примене права Уније, ни на могућност или чак обавезу да ови други упуте Суду претходно питање. Међутим, од арбитражног суда о коме је реч у главном поступку управо се захтева да донесе одлуку о повреди одредаба БИТ-а, које треба тумачити с обзиром на право Уније и посебно одредбе којима се уређује слободно кретање капитала.

У погледу трећег питања, Савезни суд сматра да, за разлику од холандских или словачких улагача, улагачи из других држава чланица не могу покренути поступак пред арбитражним судом уместо пред државним судом, што може представљати дискриминацију која је забрањена одредбама члана 18. УФЕУ-а. Међутим, ограничавање погодности на држављане држава чланица уговорница билатералним уговором унутар Уније јесте дискриминаторно само ако се држављани других држава чла-

ница који не уживају ту погодност налазе у објективно упоредивој ситуацији. Међутим, то по схватању немачког Суда, није случај овде.

Ставови општег правобраниоца и умешача у спору

У дугом и исцрпном мишљењу који је дао децембра 2017. године Општи правобранилац је, *што се тиче трећег питања*, сматрао да уговарањем ИСДС механизма за решавање спорова у конкретном БИТу не значи дискриминацију по основу држављанства која је забрањена чланом 18. УФЕУ¹¹, на шта се позивала Словачка. Према схватању Општег правобраниоца механизам ИСДС уведен чланом 8. БИТ-а није обухваћен подручјем примене *ratione materiae* ни слободе пословног настањивања, ни слободног кретања капитала, нити осталих одредби УФЕУ-а, јер се правом Уније не стварају правна средства којима се омогућује појединцима да туже државе чланице пред Судом.¹²

Што се тиче другог питања, и дилеме да ли члан 267. УФЕУ спречава примена одредби о споразумном решавању спорова, као што су одредбе у члану 18. БИТа између Холандије и Чехословачке, одговор зависи од тога како се схвата и дефинише "тело" које има правну природу "суда" из члана 267. УФЕУ, које је овлашћено да тражи одлуку о претходном питању од Суда правде. У одређивању елемената којима се дефинише такво "тело" правобранилац наводи "његово оснивање на основу закона, његову сталност, својство обавезне надлежности, контрадикторну природу поступка, примену правних правила и његову независност"¹³. Осим тога, потребно је да се „пред њима води поступак и [да] су позвани да донесу одлуку у поступку чија је сврха доношење одлуке судског карактера"¹⁴. На основу ових критеријума, арбитражни судови нису аутоматски искључени из појма "суд државе чланице" у смислу чланка 267. УФЕУ-а.

Према мишљењу општег правобраниоца, у овом случају су испуњени сви ти критеријуми¹⁵. У скалду са тим, сматра да одредбе члана 267.

11 Тач. 82.

12 Тач. 56.

13 Тач. 86. Мишљења. У овом смислу наводи пресуду Суда од 31. јануара 2013. године, *Belov* (C-394/11, EU:C:2013:48, t. 38.) и тамо наведену судску праксу, као и пресуде од 12. јуна 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, тач. 23.) и од 6. октобра 2015, *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, тач. 17).

14 Тач. 86. Мишљења.

15 Тач. 89. Мишљења. Вид . и Juergen Basedow, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*, 2015, св. 32(4), *Journal of International Arbitration*, стр. 367.

УФЕУ-а нису у колизији са одредбама члана 8. БИТ-а којим се омогућује да спорове између улагача и држава решава арбитражни суд који треба сматрати "судом једне од држава чланица" у смислу одредби члана 267. УФЕУ-а¹⁶. На основу одлука које је Суд правде донео у два случаја, које наводи, Општи правобранилац "наслућује" почетак примене критеријума допуштености арбитраже унутар једне државе¹⁷, али и у погледу међународне арбитраже.¹⁸

На крају, Општо правобранилац износи и да није спорно да је оснивачким уговорима успостављен нови правни поредак Уније која има своје органе, у чију су корист у све ширим областима државе чланице ограничиле своја суверена права и чији су субјекти не само државе чланице, него и њихови држављани.¹⁹ Право Уније карактерише и надређеност у односу на права држава чланица, као и директно дејство низа одредби које се примењују на њихове држављане и саме државе чланице.²⁰ Осим тога, на основу начела лојалне сарадње, државе чланице су дужне и да обезбеде примену и поштовање права Уније. Томе служи и успостављени правосудни систем Уније који је задужен да очува посебну и аутономну природу правног поретка Уније²¹, и да осигура усклађеност и јединство у тумачењу права Уније и да заједно са националним судовима гарантује пуну примену права Уније у свим државама чланицама и судску заштиту права појединаца која произлазе из тог права.

Став Словачке

У поступку пред арбитражним трибуналом и у поступку против признања и извршења арбитражне одлуке Словачка је изнела низ приговора, од којих су ова разматрања од значаја они који се односе на пунважност арбитражног споразума. У том погледу, Словачка је већ од подно-

16 Тач. 85. Мишљења.

17 Пресуда од 12. јуна 2014. године у предмету, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754.

18 Решење од 13. фебруара 2014, *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92

19 C- 26/62 *van Gend & Loos* [1963] ECR I, 12. и C-6/64 *Costa* [1964] ECR 585, 593.

20 Тач. 231. Мишљења.

21 Вид. тач. 234. Мишљење Општег правобраниоца, који наводи Мишљење Суда правде датог у предметима: 1/09, тач. 67; 1/91 (Споразум ЕЕА – I) од 14. децембра 1991. (EU:C:1991:490, тач. 35); 1/09 (Споразум о стварању уједначеног система решавања спорова који се односе на патенте) од 8 марта 2011. (EU:C:2011:123, тач. 66. и 68.); 2/13 (Приступање Уније ЕК/БП) од 18. децембра 2014. (EU:C:2014:2454, тач. 173.); члан 19. став 1. УЕУ и пресуду Суда од 13. марта 2007, у предмету *Unibet* (C-432/05, EU:C:2007:163, тач. 38.).

шења захтева за покретање арбитражног поступка истакла приговор ненадлежности арбитражног суда тврдећи да је Уговором о функционисању ЕУ уређено исто подручје као и БИТом између Холандије и Чехословачке, па БИТ треба сматрати непримењивим или као да је престао да важи, у складу са одредбама чланова 30. и 59. Бечке конвенције о уговорном праву.²² Додаје и да о захтевима Ахмее једино може ДА одлучује Суд правде ЕУ, који је одређене одредбе БИТа, као оне о слободном преносу плаћања, већ прогласио неусклађеним са правом ЕУ.

У каснијем поступку за поништај коначне арбитражне одлуке, Словачка је тврдила да је одлука противна њеном јавном поретку јер арбитражни суд није могао да покрене поступак одлучивања о претходном питању пред Судом правде ЕУ, односно да арбитражни споразум противан члановима 267. и 344. УФЕУ, као и начелу недискриминације из члана 18. УФЕУ.

Поводом захтева за претходно одлучивањем, остале државе чланице су се поделиле у два табора: за и против аргумената које је изнела Словачка. На страни Словачке су се као умешачи нашле Чешка, Естонија, Грчка, Шпанија, Италија, Кипар, Пољска, Румунија и Европска комисија. Ови умешачи тврде да су материјалне одредбе наведеног БИТ-а, укључујући члан 8., дискриминирајуће због тога што се у њима, у конкретном случају, одобрава повлашћено поступање према улагачима из Холандије који су уложили у Словачку Републику, док се на тај начин не поступа према улагачима који нису закључили такав БИТ са Словачком Републиком.

На страни Ахмеа, и става да је реч о пуноважној арбитражној клаузули у БИТу, нашле су Немачка, Холандија, Аустрија и Финска. Једна група држава: Чешка, Мађарска и Пољска, су захтевале поновно отварање усменог поступка, који је Суд правде одбио као неоснован²³.

Став Суда правде

У одговору на постављена питања, Суд је пошао од чињенице да је арбитражни трибунал који је установљен на основу ИСДС механизма из члана 8 БИТа, био позван да тумаче и примењују право ЕУ, као што су одредбе о слободи настањивања и слободном промету капитала. Стога је

22 Vienna Convention on the Law of Treaties. Concluded at Vienna on 23 May 1969.

23 Пракса преотварања расправе није непозната. Према одредбама члана 83. Пословника о раду, Суд може ако сматра да ствар није довољно разјашњена одредити да се поново отвори усмени поступак. Вид. пресуду Суда од 22. јуна 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging* и др, C-126/16, EU:C:2017:489, тач. 33. и тамо наведену судску праксу.

потребно утврдити да ли се арбитражни суд из члана 8. БИТа, може сматрати судом државе чланице из члана 267. УФЕУ, и да ли представља део правосудног система ЕУ.

Суд је нашао да су Словачка и Холандија закључивањем БИТа договориле механизам за решавање спорова који је изван судског система ЕУ и који не може да обезбеди пуну делотворност ЕУ права и да се арбитражни суд основан у складу са одредбама члана 8. БИТа, не може сматрати судом "државе чланице", те није овлашћен да Суду упути претходно питање.²⁴ У складу са тим, Суд налази да арбитражна клаузула у БИТу има штетно дејство на аутономију права ЕУ и да стога није компатибилна са ЕУ правом.²⁵

За овакав став Суд наводи више разлога.

Прво, Суд констатује да са правом Уније нису неспојиве одредбе међународних споразума које предвиђају оснивање суда који је задужен за тумачење његових одредби и чије одлуке обавезују његове органе. Овлашћењима да закључује такве међународне споразуме располаже и ЕУ.²⁶ Међутим, у конкретном случају могућност упућивања спорова телу које није део правосудног система Уније предвиђена је "уговором који није склопила Унија, него државе чланице." У том смислу, Суд прави разлику између трговачких арбитража и арбитраже основане БИТом између држава чланица.

Стога одредбе члана 8. БИТа могу до доведу у питање не само начело узајамног поверења између држава чланица, већ и "очување посебне природе права успостављеног Уговорима, која су загарантована поступком поводом захтева за претходном одлуком, који је предвиђен чланом 267. УФЕУ, и стога није у складу са начелом лојалне сарадње."²⁷

Друго, Суд сматра да арбитражни судови нису судови или трибунали "државе чланице" из члана 267. УФЕУ и стога нису овлашћени да

24 Тач. 49. Пресуде.

25 The arbitration clause in the Agreement between the Netherlands and Slovakia on the protection of investments is not compatible with EU law, Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 26/18 Luxembourg, 6 March 2018, C-284/16 *Slowakische Republik v Achmea BV*, доступно на: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-03/cp180026en.pdf>

26 Вид. Мишљење 1/91, Споразум о Европском економском простору; ЕУ:С:1991:490, тач. 40 и 70.; 1/09 Споразум о стварању и уједињеног система решавања спорова који се односе на патенте, од 8. марта 2011., ЕУ:С:2011:123, тач. 74. и 76. и 2/13, Приступање Уније ЕКЈП, од 18. 12 2014, ЕУ:С:2014:2454, тач. 182. и 183).

27 Тач. 58. Пресуде.

упуте Суду правде захтев за тумачењем и одлучивањем о претходном питању. Арбитражни суд не чини део ни холандског и словачког правосудног система, нити има било какве везе са таквим системима држава чланица ЕУ.

Треће, Суд сматра да за очување јединства и кохерентности (аутономног карактера) права ЕУ није довољно да судови према праву свог седишта могу упутити претходно питање Суду правде у току поступка за поништај или извршење. Суд је везан и ограниченим разлозима због којих се може тражити преиспитивање арбитражне одлуке донете по ИСДС механизму.

Суд правде је нашао да је арбитражни трибунал био овлашћен да одлучује о овом спору. Након тога, Суд полази од аутономије права ЕУ у односу на национална права и међународно право, начела примата ЕУ права у односу на национална права држава чланица и начела директног дејства и закључује да то ЕУ право чини део унутрашњег права држава чланица, али и да потиче и из међународних споразума које су државе чланице закључиле, те је позван да спорне одредбе тумачи у складу са њима и да их примењује. Међутим, арбитражни трибунал у питању не чини део правосуђа држава чланица и као такав не може бити квалификован као "суд или трибунал" државе чланице у складу са одредбама члана 267. УФЕУ, те нема право да од Суда правде тражи одлучивање о претходном питању.

Суд правде наводи да да судско преиспитивање арбитражних одлука могу да врше само национални судови и то у границама које поставља национално право. Суд сматра и да одлуке трговачких арбитража могу бити испитиване од стране националних судова само под одређеним условима,²⁸ који у конкретном случају нису испуњени.

Коментар

Питање арбитрабилности спорова је значајно правно и политичко питање.²⁹ У правном смислу, под појмом арбитрабилности се подразумева подобност спора да буде решен од стране арбитра као приватно

28 Вид. С- 168/05 *Elisa María Mostaza Claro v Centro Móvil Milenium SL*, ECLI:EU:C:2006:675 i С-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269. Коментар одлуке у предмету *Eco Swiss*, вид. код. Радован Вукадиновић, Примена комунитарног права конкуренције у поступцима пред арбитражама и установама сличним арбитражама, *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, стр. 673.

29 Јелена Вукадиновић, *н. дело*, стр. 101.

изабраних лица, а не од суда, као државног органа и судија као државних лица. Да ли је одређени спор арбитрабилан зависи, са једне стране, од природе спорног односа који у њему преовладава, што чини унутрашње својство овог појма. То, међутим представља неопходан али не и довољан услов. Други услов је политичке природе и своди се на спремност државе да "призна" такву подобност и да у том смислу дозволи странама у спору да заобиђу државни механизам и систем поделе власти, и да уместо државним судовима спор повере на решавање приватним лицима. Главна опасност од оваквог вида "развлашћивања" државе и њених судова не манифестује се само кроз слабљење утицаја државе (њену својеврсну деетатизацију), већ и као потенцијална опасност од правне несигурности која подједнако угрожава и државне (опште) и појединачне (индивидуалне) интересе. И, док се деетатизација државе поздравља и подстиче, као израз поверења у појединце, чиме се оправдава све шире схватање арбитрабилности, Суд правде је у одлуци донетој у предмету Ахмеа, нашао да би вредности на којима почива ЕУ (лојалност, недискриминација), јединство и аутономни карактер права ЕУ, били угрожени. Оправдање за такав став Суд је делимично нашао у разликама које постоје између класичних трговачких арбитража и арбитража које су основане у оквиру ИСДС механизма који је предвиђен у ЕУ интра БИТовима.

Наиме, правни основ за класичне трговачке арбитраже се налази у арбитражној клаузули, као споразуму приватног права. Међутим, осим арбитража које су предвиђене у члану 272. УФЕУ, постоје и арбитраже између држава на основу међународних конвенција³⁰ или арбитраже између појединаца и држава, које се међу собом разликују у погледу правног основа. У случају арбитража између појединаца и државе, основ за надлежност арбитраже се налази у самом уговору.³¹ Такве арбитраже, по схватању Општег правобраниоца, испуњавају тражене елементе (сталност, контрадикторност, обавезност одлука) и могу се сматрати "судом" у смислу члана 267. УФЕУ. То даље значи да се одредбе члана 8. БИТа могу сматрати пуноважним арбитражним споразумом на основу кога може

30 На ово разликовање упућује Општи правобранилац, који у тачки 80, наводи да се у неким међународним споразумима који су склопљени између држава чланица, предвиђа да председник Суда делује као тело које именује арбитре у споровима између држава чланица, или између јавног тела и тих држава чланица. Вид. у том смислу члан 27. Споразума између Владе Француске Републике и владе Италијанске Републике, (Рим 30. јула 2012. године).

31 Вид. предмет C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, EU:C:1982:107

бити конституисана ваљана арбитража. Тако посматране, одредбе члана 8. БИТа задовољавају услове тзв. унутрашње арбитрабилности, јер се односе на имовинско правне односе приватног лица и државе која наступа као носилац доминиума. Суд правде, међутим, није признао и спољну арбитрабилност из разлога који највише подсећају на "јавни поредак ЕУ". Суд ове разлоге не квалификује као "јавни поредак" већ као очување посебне, аутономне природе права ЕУ и његовог јединства и кохерентности, које се манифестују кроз поштовање начела директног дејства и начело супериорности или надређености права ЕУ, не само у односу на права држава чланица, већ и на међународне обавезе.³² У суштини, Суд правде оспорава ИСДС механизам за решавање спорова који садрже ЕУ интра БИТ-ови и по томе се дијаметрално разликује од мишљења Општег правобраниоца. Општи правобранилац сматра да је према устаљеној судској пракси "право улагача да покрене међународну арбитражу најбитнија одредба БИТа",³³ а одредбе члана 8. БИТа третира као "трајну понуду" (*standing offer*) држава уговорница улагачима за спорове који се односе на њихова међусобна улагања.³⁴ Доследно томе, право улагача да покрену међународну арбитражу је у међународном праву о улагањима признато као "најбитнија одредба БИТ-а...."³⁵ Без такве одредбе би, по схватању Општег правобраниоца, цео БИТ био "лишен корисног дејства".³⁶ Суд правде, међутим, разликује арбитражни поступак пред класичним трговачким арбитражама, од поступка по основу ИСДС механизма. Први произилази из начела аутономије, док се други заснива на уговору у коме државе чланице пристају из надлежности својих судова и

32 У неколико арбитражних одлука у споровима између улагача који су држављани Уније и држава чланица, арбитражи су признали надређеност права Уније. Вид *Achmea BV (prije Eureka BV) против Slovačke Republike (UNCITRAL)* (PCA-а бр. 2008-13), одлуку од 26. октобра 2010. о надлежности, допуштености и суспензији, тач. 289.; *Electrabel SA против Madarske* (предмет ICSID-а бр. ARB/07/19), одлуку од 30. новембра 2012. о надлежности, меродавном праву и одговорности, тач. 4.189.до 4.191.; *Charanne BV u Construction Investments Sàrl против Краљевине Шпаније* (предмет SCC-а бр. 062/2012), коначну одлуку од 21. јануара 2016., тач. 439. и 443. и *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl против Краљевине Шпаније* (предмет ICSID-а бр. ARB/13/30), одлука од 6. јуна 2016. о надлежности, тач. 72.

33 Тач. 77. Мишљења.

34 Исто, тач. 204.

35 Исто, тач. 208.

36 Исто, тач. 207.

система правних лекова чије успостављање им је наложено у члану 19(1) УЕУ у областима које покрива право ЕУ.³⁷

Иако није поменуо арбитрабилност, Суд правде је сматрао да се арбитражни споразум садржан у ИСДС клаузули или изведен из ње, не може сматрати пуноважним или оперативним јер би се арбитражним одлукама које би донели арбитражни судови на основу њих угрозио аутономни карактер права ЕУ и његово јединство и кохерентност.³⁸ Суд не спори, да са правом Уније нису неспојиви међународни споразуми који предвиђају оснивање судова за тумачење његових одредби, али "под условом да се поштује аутономија Уније и њен правни поредак."³⁹ Аутономни карактер права ЕУ може бити очуван само ако Суд правде задржи искључиву надлежност да врши контролу свих одлука у којим се тумачи и примењује право ЕУ, па и арбитражних одлука. Суд то чини кроз поступак тумачења и оцене ваљаности целокупног права ЕУ, у поступку одлучивања о претходним питањима.

"У овом случају, међутим, осим чињенице да се спорови у надлежности арбитражног суда из члана 8. БИТ-а, могу односити на тумачење како тог уговора, тако и права Уније, могућност упућивања таквих спорова телу које није део правосудног система предвиђена је уговором који није склопила Унија, него државе чланице. Наведени члан 8. осим начела узајамног поверења међу државама чланицама, може довести у питање и очување посебне природе права успостављеног Уговорима, које је загарантовано поступком поводом захтева за претходну одлуку, што је предвиђено чланом 267. УФЕУ, те стога није у складу са начелом лојалне сарадње, које је наведено тачки 34. ове пресуде.

У таквим околностима, одредбе члана 8. БИТ-а утичу на аутономију права Уније."⁴⁰

37 Вид. пресуду Суда од 27. фебруара 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ЕУ:С:2018:117, тач. 34.

38 О дилемама како одредити појам аутономије права ЕУ вид. Daniel Halberstam, "It's Autonomy, Stupid" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, *German Law Journal*, Vol. 16 No 01(2015), 105.

39 Вид. у том смислу раније наведена Мишљења Суда правде: Мишљење 1/91, (Споразум о Европском економском простору); ЕУ:С:1991:490, тач. 40. и 70.; 1/09 (Споразум о стварању и уједначеног система решавања спорова који се односе на патенте) од 8. марта 2011., ЕУ:С:2011:123, тач. 74. и 76. и 2/13 (Приступање Уније ЕКЉП) од 18.12.2014, ЕУ:С:2014:2454, тач. 182. и 183).

40 Тачке 58. и 59. Одлуке.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD

**ON (NON)ARBITRABILITY OF INVESTMENT DISPUTES
IN EU-INTRA BITS**

Summary

The case of 'Slovak Republic v Achmea BV' relates to Slovakia's attempts to have an investment treaty arbitration award set aside. The arbitration was initiated in 2008 by Netherlands company, Achmea, under the UNCITRAL rules pursuant to the 1991 Netherlands-Slovakia BIT. A tribunal was constituted under the UNCITRAL Arbitration Rules, with its seat in Germany.

In the arbitration Slovakia sought to argue that the arbitral tribunal lacked jurisdiction because it was not entitled to determine matters of EU law, which by reference to the laws of Slovakia in Article 8 of the BIT formed part of the governing law.

On 6 March 2018, the Court of Justice of the European Union (the CJEU) delivered its ruling holding that the investor-state arbitration provisions in a bilateral investment treaty (BIT) between the Netherlands and the Slovak Republic are invalid, as they are incompatible with EU law, and it is at odds with the principle of autonomy of EU law, and has potentially threatened the equal application of EU law throughout the Union's territory.

On a strict reading of the judgment, the CJEU has struck down only those BITs, which contain an applicable law clause that incorporates EU law and where the dispute gives rise to an actual or potential question of EU law. In wider interpretation, Achmea Judgement means that all arbitration agreements in BITs between EU member states are invalid and non-arbitrable.

Keywords: *EU law, investment, bilateral investment treaty, investor state dispute settlement, arbitrability.*