

Др Мирољуб ПАУНОВИЋ*

ОСНОВНЕ ОСОБЕНОСТИ ИНВЕСТИЦИОНИХ АРБИТРАЖА

Резиме

У раду се одређује појам инвестиционе арбитраже као посебног феномена у међународним пословним односима и праву. Преглед основних особености инвестиционе арбитраже даје се кроз разматрање најзначајнијих разлика у односу на међународну трговинску арбитражу. Ове разлике постоје у многим аспектима ове две области арбитражног начина решавања спорова, а у раду се приказују оне особености инвестиционе арбитраже које у значајној мери одступају од начела, правила и праксе трговинске арбитраже. Тако се ове разлике, између остalog, испитују у погледу основа за заснивање надлежности арбитраже, примене материјалног права, поступка и улоге судова у спровођењу арбитраже.

Кључне речи: инвестициона арбитража, трговинска арбитража, надлежност, инвестициони спор, инвеститор, двострани споразуми о унапређењу и заштити инвестиција.

I Појам инвестиционе арбитраже и правни оквир

1. Појам и настанак инвестиционе арбитраже

Трговинска арбитража, као начин решавања спорова којим странке, својим споразумом, изузимају одређене спорове из надлежности државних судова и поверавају их арбитражама, познат је вековима.

Инвестиционе арбитраже су се појавиле тек у другој половини десетог века, а огроман замах добиле су при крају десетог и почетком десетог века.¹ У питању је оквир за решавање спорова између

* Адвокат у Београду

1 Chin Leng Lim, Jean Ho, Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration*, New York, 2018, 52.

инвеститора из иностранства и држава у којима се остварује инвестициони подухват. Надлежност инвестиционе арбитраже није заснована на директном односу инвеститора и државе, већ се установљава посредно, преко механизма предвиђеног двостраним споразумима о заштити и подстицају инвестиција између држава-уговорница. Овај механизам омогућава да инвеститор из једне државе тужи државу-уговорницу у којој послује и да захтев заснује на повредама стандарда заштите која је уговорена између његове и тужене државе.

Нагли развој инвестиционе арбитраже објашњава се потребом земаља-пријемнице инвестиција да привуку стране улагаче и на тај начин обезбеде услове за развој. Има, међутим, и аутора који велики број закључених двостраних споразума о инвестицијама и повећани број инвестиционих спорова објашњавају настојањима власника капитала и привредних субјеката из развијених земаља да осигурају повољан третман за своја улагања и послове,² често на штету земаља пријемнице капитала.³

У том периоду развијена је обимна литература која се бави инвестиционом арбитражом, постоји велики број арбитражних одлука из многобројних инвестиционих спорова (које се на одређени начин објављују), те је створен посебан правни систем инвестиционих арбитража у коме су измене, у појединим аспектима и битно, основни поступати и правила који су развијени у трговинским арбитражама.

2. Правни оквир за заштиту инвестиција и арбитражно решавање инвестиционих спорова

Разлике између трговинске и инвестиционе арбитраже уочавају се већ при разматрању правног оквира ових метода разрешења спорних питања. Са становишта међународног права, за трговинску арбитражу једини стварно релевантан извор је Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука.⁴ С друге стране, за инвестициону арбитражу од значаја су споразуми из домена међународног јавног права - вишестране конвенције (пре свега Конвенција о решавању инве-

2 Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd edition, New York, 2010, 220,221.

3 Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, New York, 2015, 47-71.

4 (Њујоршка) Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука – *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Закон о ратификацији, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 11/81.

стиционих спорова између држава и држављана других држава, тзв. Вашингтонска конвенција,⁵ Енергетска повеља, те регионални споразуми – *North American Free Trade Association-NAFTA* и др.), као и читава мрежа двостраних споразума о подршци и заштити инвестиција.⁶ Двостраним споразумима једна држава-уговорница се обавезује да омогући улагања у складу са својим законодавством лицима из друге државе-уговорнице, те да та улагања подржи.⁷

У трговинској арбитражи странке често уговарају примену арбитражних правила одређених институција или се опредељују за *ad hoc* арбитраже.⁸ Код инвестиционе арбитраже се, када је то одређено двостраним споразумима, спорови износе пред Центар за решавање инвестиционих спорова, који је основан Вашингтонском конвенцијом.⁹ Двострани споразуми предвиђају и могућност да се, алтернативно, инвестициони спорови решавају и пред неком институционалном арбитражом која је створена за трговинске спорове, као и да се спор води пред *ad hoc* арбитражом.¹⁰

5 (Вашингтонска) Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* – Закон о ратификацији, Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 2/2006). Конвенцију је прихватио велики број држава и има више чланица чак и од Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука – в. Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 61.

6 Сматра се да данас у свету има знатно преко 2000 ових двостраних инвестиционих споразума – в. Karl-Heinz Bokstiegel, „Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?“, *Arbitration International (LCIA)*, vol. 28, issue 4, 2012, 577, 578.

7 Двострани споразуми се, према почетним словам а енглеског назива (*Bilateral Investment Treaties*) уобичајено скраћено називају БИТ-овима. Србија има око 50 БИТ-ова.

8 У трговинској арбитражи странке често уговарају примену Арбитражног правила МТК, Швајцарских правила међународне арбитраже, Правилник Лондонског суда међународне арбитраже - *LCIA*, и др., док се код *ad hoc* арбитраже опредељују за *UNCITRAL*-ов правила.

9 Арбитражни судови који поступају пред Центром за решавање инвестиционих спорова (*Center for Settlement of Investment Disputes – ICSID*) примењују обавезујуће одредбе Вашингтонске конвенције, као и Правила поступања у арбитражном поступку – Арбитражна правила (*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings – Arbitration Rules*); када у инвестиционом споровима пред Центром тужилац није држављанин државе уговорнице или тужена држава није уговорница Вашингтонске конвенције, поступак је уређен Додатним правилима (*Additional Facilities*). Центар има посебна правила за отпочињање поступка – Правла поступка за отпочињање мириења и арбитраже – (*Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Procedure – Institution Rules*), а од значаја за вођење поступка су и Административна и финансијска правила (*ICSID Administrative and Financial Regulations*). М. Станивуковић, 61, 62.

10 У двостраним споразумима које је закључила Србија предвиђа се, за инвестиционе спорове, надлежност Центра за решавање инвестиционих спорова, примена Арбитражног правила.

II Основ надлежности инвестиционе арбитраже

1. Стране у инвестиционом спору

У инвестиционим арбитражама тужилац је правно или физичко лице које је инвестицирало у неки инвестициони односно пословни подухват у држави, а тужена страна је држава-пријемница инвестиције.

У пракси постоји проблем одређивања круга лица која су овлашћена да туже државу по основу двостраних споразума о заштити инвестиција. По неким споразумима, као тужиоци могу се појавити само директни инвеститори, а у другим споразумима појам „инвеститора“ знатно се проширије и укључује сва лица која имају пословне аранжмане у држави-уговорници (у овим случајевима је и појам „инвестиције“ проширен да укључује, поред директних инвестиција, и друге пословне трансакције). Ово изазива доста неспоразума у одређивању лица која могу повести инвестициони спор против ржаве-домаћина.¹¹

2. Инвестициона арбитража без арбитражног споразума

Поред обавезе да омогуће и подрже улагања лицима из друге државе-уговорнице, двострани споразуми садрже још један важан елемент – државе се обавезују да ће дати и одговарајућу заштиту инвеститорима. Споразуми у том погледу садрже и одредбе о решавању инвестиционих спорова између државе-уговорнице и држављана друге државе-уговорнице (физичких и правних лица).

Између државе и инвеститора не постоји директни уговорни однос, па ни споразум о арбитражи, који је основ сваке трговинске арбитраже. Двостраним споразумима између држава управо се успоставља директна веза између једне државе-уговорнице и инвеститора из друге државе-уговорнице, па и у погледу решавања спорних питања. Предмет оваквих инвестиционих спорова је посебне врсте – не ради се о споровима у погледу испуњења уговорних обавеза из инвестиционе трансакције (што би могао бити предмет спорова пред трговинском арбитражом), већ о споровима који произистичу из аката државе којима је повредила

МТК или надлежност *ad hoc* арбитраже по UNCITRAL-овом правилнику. Двострани споразум са Немачком предвиђа само надлежност Центра, а по споразуму са Кином на арбитражу могу да се износе само спорови око накнаде за експропријацију, док су остали инвестициони спорови резервисани за домаћи суд тужене државе.

¹¹ M. L. Moses, 224. Вашингтонска конвенција одређује инвеститоре као „држављане друге државе уговорнице“ и прецизира овај појам у чл. 25 ст. 1.

страну инвестицију или пропуста државе да пружи одговарајућу заштиту страној инвестицији.¹²

Закључењем двостраног споразума држава „нуди“ арбитражно решавање спорова инвеститорима из друге државе-уговорнице, а они ту понуду односно могућност прихватају, подношењем тужбе против државе пред арбитражним forumom који је предвиђен двостраним споразумом; dakле, надлежност се заснива без постојања „класичног“ арбитражног споразума.¹³

Ово је велико одступање од правила трговинске арбитраже да између странака мора постојати арбитражни споразум, те да споразумом спор мора бити тачно одређен. Обавезни састојци арбитражног споразума код трговинске арбитраже (без којих споразум не постоји) су ознака странака и њихова јасна изјава да су се определиле за арбитражно решавање спорова односно да спор изузму из надлежности државних судова; постојање ваљаног арбитражног споразума искључује надлежност државних судова у „арбитрабилној“ материји.¹⁴

Одредбе двостраних споразума о заштити инвестиција којима државе-уговорнице предвиђају могућност да инвеститор (који има

12 У овом раду разматрају се само арбитражни спорови између инвеститора и држава-домаћина по основу двостраних споразума (БИТ-ова), а не и спорови по основу инвестиција које су страна лица закључила са директно са државом, „као трговицем“ (спорови из ових других односа воде се као „обичне“, трговинске арбитраже). Могуће је да и из ових директних уговора произађу инвестициони спорови (што је познато и у пракси односа Србије са страним инвеститорима са којима је био закључен уговор о неком облику инвестирања, а који су касније повели и инвестициони спор по основу БИТ-а Србије са земљом у којој је било регистровано седиште инвеститора); о овом разликовању спорова в. М. Станивуковић, 1, 2.

13 Jan Paulsson, „Arbitration without Privity“, *ICSID Law Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, 1995, 232; Christofer H. Schreuer, *The ICSID Convention, a Commentary*, New York, 2nd edition, 2005, 192; M. Sornarajah, 139-146.

14 Арбитражни закони прописују и друге услове за пуноважност арбитражног споразума. По српском Закону о арбитражи – ЗоА (Службени гласник РС, бр. 40/2006), услов који се односи на сагласност воља странака подразумева да споразум мора бити закључен слободно израженом вољом (ништав је ако је закључен под утицајем претње, преваре, принуде или заблуде). Постоје и услови који се односе на уговорне стране - морају да су одређене и да имају способност да закључе арбитражни споразум (правна лица јавног права могу да закључују споразуме – држава, када је у функцији трговца). Спор мора бити из тачно одређеног односа. Поред тога, предмет спора мора бити арбитрабилан (да је спор такве природе да по меродавном праву може да се решава арбитражом) – мора да се ради о имовинском спору, те - да за спор није одређена искључива судска надлежност. Арбитражни споразум мора бити сачињен у прописаној форми (писана форма) – ништав је ако није у писаној форми (в. ЗоА, чл. 5, 9, 10, 12).

комерцијални уговор са неким лицем приватног или јавног права у држави-пријемници), представљају нови вид споразума којим се спор из једног уговорног, трговачког односа „подиже“ на ниво односа са државом-пријемништвом односно државом у којој се одвија одређена пословна трансакција. При том, у уговорном односу из кога је потекао инвестициони спор са државом може бити и сама држава (али као трговац, а не као носилац суверенитета), али су потребни посебни услови да би се спор из таквог односа подигао на ниво спора са државом по споразуму о заштити инвестиција (да би, дакле, била тужена држава због повреде стандарда заштите страних инвестиција, што је њена обавеза по међународном праву, а не држава као уговорна страна по комерцијалном уговору због повреде тог уговора).

Посебно изазовно питање у вези са надлежношћу, које је су разматрали арбитражни судови у инвестиционој арбитражи, а о коме се изјашњавала и доктрина, јесте питање да ли се може установити надлежност по двостраном споразуму о заштити инвестиција који не садржи одредбу о решавању спорова, али има тзв. одредбу „најповлашћеније нације“ односно да ли се у таквом случају може засновати надлежност инвестиционе арбитраже позивањем на то да у двостраном споразуму са другом државом тужена држава има предвиђене одредбе о инвестиционим споровима. Пракса и доктрина дају различите одговоре на поменуто питање да ли клаузула „најповлашћеније нације“ може да буде повезница са другим двостраним споразумом који има одредбе о решавању спорова између инвеститора и државе како би се тако добио основ за надлежност инвестиционе арбитраже.¹⁵

3. Предмет инвестиционог спора

Обавезни састојци арбитражног споразума код трговинске арбитраже (без којих споразум не постоји) су ознака странака и њихова јасна изјава да су се определиле за арбитражно решавање спорова; при том, ти спорови односно њихов предмет морају бити тачно одређени.¹⁶ Предмет спорова код трговинске арбитраже је врло широк, али се суштински своди на питање уговорних односа, тужбени захтеви произилазе из неиспуњења уговорних обавеза странака у комерцијалном подухвату.

Код инвестиционих арбитража у питању су спорови између страног инвеститора и државе пријемника из односа у коме држава није уговор-

15 K-H. Bockstiegel, 583; C. L. Lim, J. Ho, M. Paparinskas, 309, 318.

16 ЗоА, чл. 9.

на страна (или је то у својству „трговца“). Тужба страних инвеститора састоји се у тврдњи да је тужена држава, противно својим обавеза из двостраног споразума о заштити инвестиција који његова држава има са државом коју тужи, својим поступцима или пропустима нарушила његова права и интересе као инвеститора. Тужбени захтеви се у овим ситуацијама састоје у захтевима за отклањање сметњи и повреда инвестиције и за накнаду штете.

Под појмом „инвестиције“ у двостраним споровима о заштити инвестиција не подразумевају се само тзв. директне инвестиције (улагање у капитал привредних друштава – било оснивањем или куповином постојећих удела или акција, од постојећих чланова или путем докапitalизације) односно гранични случајеви (уговорна улагања, вођење послова и др.).

Први елеменат дефиниције улагања је по правилу, према анализи двостраних споразума из којих произилазе инвестициони спорови, општа одредница: „свака врста“ средстава, имовине, активе, „било која врста улагања“ и сл. Други елеменат дефиниције је набрајање инвестиција примера ради: стварна права, хартије од вредности, облици учешћа у привредним друштвима, права интелектуалне својине, концесије и сродна права. Формулације су различите, али све се своде на проширење појма и често се двостраним споразумима не прецизира да потраживање мора бити у вези са директним улагањем, већ укључује и интерес који произилази из комерцијалних послова (продаја, грађење, кредит, и др.). У инвестиционој арбитражној пракси се под овај појам, широким тумачењима, подводе сва имовинска потраживања, која укључују новчана те друга имовинска која имају економску вредност.¹⁷

У коментарима Вашингтонске конвенције наводе се четири елемента дефиниције инвестиције; да би спор имао карактер инвестиционог спора потребно је да је у питању: - подухват који је одређеног трајања, - подухват који укључује предузетнички ризик, - подухват који подразуме-

17 У већини двостраних споразума које има Србија дефиниција „инвестиције“ је најшире постављена тако да укључује свако потаживање у новцу („any claim in money“). И српски Закон о улагањима (Сл. гласник РС, бр. 89/2015) врло је широко поставио дефиницију улагања (у која спадају и страна улагања), али ипак уже од одредби инвестиционих споразума (члан 3 став 1 тачке 2 и 3) – Закон изричito одређује да се под „улагањем“ не сматрају новчана и друга потраживања која непосредно произилазе из трговачког посла (продаје, пружања услуга и др.) и кредита (члан 2 став 2).

ва утрошак новца или други улог, и – подухват који доприноси развијању земље-пријемнице.¹⁸

У пракси инвестиционих арбитража поставља се питање дефиниције појма стране инвестиције (пре свега у односу на имовинска потраживања из међународних пословних, трговачки трансакција у ужем смислу). Ово је од значаја за утврђивање да ли је у питању инвестициони спор, те да ли страно лице, које је странка у одређеном пословном односу, може тужити државу због повреде своје пословне трансакције, односно да ли странка из таквог односа ужива заштиту предвиђену двостраним споразумом о заштити инвестиција.¹⁹ Очигледна је тенденција инвеститора да појам инвестиција прошире, а стандарде заштите пошире.²⁰

У пракси и теорије инвестиционе арбитраже преовлађује став да држава-уговорница не може тужити страног инвеститора из државе с којом има споразум о заштити инвестиција, а по основу тог споразума. Међутим, мишљења о питању подношења противтужбе од стране државе у спору који је покренут тужбом инвеститора су подељена; углавном преовладава мишљење да противтужба није могућа, јер је сврха механизма установљеног двостраним споразумима заштита инвеститора, а не заштита држава.

4. Стандарди заштите инвеститора

Да би се утврдило шта може бити предмет инвестиционог спора треба погледати и стандарде заштите који се, по двостраним споразумима, гарантују страним инвеститорима, те тумачењима која су у арбитражној пракси развијена у погледу ових стандарда. На овај начин се заправо може видети како држава може да повреди страну инвестицију и на чemu се заснивају тужбе у инвестиционим споровима.

Први стандард заштите обухваћен је одредбама двостраних споразума којима се забрањује незаконита експропријација односно гарантује

18 С. Н. Schreuer, 124, 125, 135-140. Иначе, Вашингтонска конвенција не садржи дефиницију, већ само тражи да је спор настао непосредно из инвестиције – *arising directly out of an investment* (чл. 25 ст. 1).

19 OECD (Организација за економску сарадњу и развој) већ скоро 20 година ради на Мултилатералном споразуму о инвестицијама (нацрт садржи широку дефиницију инвестиције, али су неспоразуми око таквог присуства, изгледа, и зауставили рад на изради текста Конвенције). У ово дефинисање се упустила и MIGA – *Multilateral Investment Guarantees Agency*, али ни тај покушај, као ни остали, није помогао да се пронађу стандардна решења.

20 M. Sornarajah, 150, 151.

брза, адекватна и ефикасна накнада у случају законите експропријације. У овај стандрад спадају и одредбе о забрани онемогућавања и отежавања трансфера добити и репатријације капитала (неки облици одузимања инвестиције односно права из инвестиције се називају „пузећом“ експропријацијом). Иако би се овај стандард заштите могао сматрати оправданим, не могу се све мере које нису повољне за инвеститоре подвести под појам експропријације (на пример, одлуке судова по тужбама приватних лица), затим мере које нису донете у функцији суверенитета (*ex iure imperii*), већ *ex iure gestionis*.²¹

У готово све двостране споразуме о заштити инвестиција уграђен је стандард фер и једнаког поступања (*fair and equitable treatment – FET*). Његова садржина није јасна – не зна се да ли је то минимални стандард садржан у међународним обичајима или и обухвата и нешто друго.²² Но, пракса у инвестиционим арбитражама се потрудила да овај стандард толико развије да је дошло до његове својеврсна злоупотребе – по овом стандарду се чине покушаји да се сваки комерцијални неуспех инвестиционог (или пословног) подухвата припише домаћој држави односно њеним поступцима или пропустима.

Постоје и механизми заштите изведени из стандарда фер и једнаког поступања. Такав су стандарди транспарентности и „легитимних очекивања“ (*legitimate expectations*). По овим стандардима, или по стандарду са посебним називом „гаранције стабилности“, гарантује се стабилност „окружења“ коју је инвеститор могао да очекује.²³ Одредбе о овим, додатним стандардима налазе се и у неким новијим двостраним споразумима о заштити инвестиција.

Посебан случај заштите страних инвеститора представљају тзв. „кишобране“ клаузуле. Њима се држава-домаћин обавезује да ће „поштovati све обавезе које је преузела према инвеститору из друге државе уговорнице“. Израз „све обавезе“ веома је широк и може, поред обавеза на основу двостраног споразума у коме се налази, да обухвати и обавезе преузете на основу других аката, а посебно на основу уговора које држава закључује са приватним лицима као трговац, а не као носилац суверенитета. Овај концепт подразумева могућност да се обавеза испуњења

21 У пракси инвестиционих спорова које је водила Србија овакав случај је, на пример, раскид приватизационог уговора од стране Агенције за приватизацију због неиспуњења од стране купца друштвеног капитала неке од преузетих обавеза).

22 M. Sornarajah, 45, 46, 91, 346-350, 397, 398.

23 M. Sornarajah, 98, 243, 248, 253, 298, 316, 397, 418.

приватнопрвног уговора подигне на ниво међународне обавезе државе и то уметањем одговарајуће клаузуле у међународни уговор односно у споразум о заштити инвестиција.²⁴

Интересантно је да се у арбитражној пракси стандарди заштите страних инвеститора врло широко тумаче и користе да се у право заштите страних инвестиција уведу повреде и тамо где их суштинске нема (ово је посебно опасно, јер се под инвестицијама које уживају заштиту подразумевају и типичне комерцијалне трансакције, па наводне повреде стандарда омогућавају да се спорови из таквих односа олако преносе на ниво државе односно да држава означава као тужена страна). Може се рећи да је у инвестиционим арбитражама показана одређена „инвентивност“ у креирању стандарда заштите и у „проналажењу“ могућих начина њихове повреде – како у тужбама, тако и у арбитражним одлукама; у свему овоме доктрина међународне инвестиционе арбитраже свесрдно подржава и разрађује идеје и концепте развијене у пракси.

Интересантно је да се исте радње и пропусти државе користе као аргументи за повреду свих стандарда заштите, без диференцирања (дакле, иста наводна повреда служи као основ за тужбу по основу повреде забране експропријације, као повреда стандарда фер и једнаког поступања, и изведеног стандарда).²⁵ При том се не прави разлика ни код квантификације тужбеног захтева по овим различитим основима (колико држава дугује на име накнаде штете нанете повредом појединих стандарда, већ се обештећење тражи „збирно“, без спецификације према врсти повреда). Ово заправо показује све недостатке система у области инвестиционих спорова (али и у изради односно закључивању споразума о заштити инвестиција).

5. Одбрана држава против захтева инвеститора

Тужене државе су у инвестиционим споровима развиле низ аргументата настојећи да побију наводе тужби и тужбене захтеве инвеститора. У одбрамбене механизме које користе државе спада доктрина сталног суверенитета на националним добрима односно изворима, позивање на

24 О овоме детаљно у М. Станивуковић, 3-9. „Кишобран“ клаузуле постоје у Споразуму о заштити и промоцији улагања Србије са Грчком (члан 2 став 4), те у Споразуму о заштити и унапређењу улагања са Хрватском (члан 3).

25 C. L. Lim, J. Ho, M. Paparinskis, 402.

националну безбедност, право на развој, на заштиту природне околине, на људска права, посебно на право мањина (и староседелаца) и др.²⁶

6. Приговори ненадлежности (прелиминарни приговори)

Инвестиционе арбитраже имају посебне карактеристике и у погледу могућности истицања процесних приговора. Ови приговори, због природе спорова, начина заснивања надлежности и странака имају посебне карактеристике, па се, поред приговора ненадлежности, називају и „прелиминарним“ приговорима,²⁷ а не приговори ненадлежности (овде се не стављају приговори, као у трговачкој арбитражи, да, на пример, спор није обухваћен арбитражним споразумом, јер га нема, да спор није арбитралан, да споразум није у прописаној форми, итд.).

Прелиминарни уговори код инвестиционе арбитраже нису ретки (чешћи су него процесни приговори код трговинске арбитраже) и обухватају шири дијапазон аргумента за ненадлежност.²⁸ Ова ситуација је последица основа на коме почива надлежност инвестиционе арбитраже (не постоји „класичан“ арбитражни споразум међу странкама у спору, као услов надлежности), као и чињенице да се спор из пословног односа „пребацује“ на ниво захтева према држави која није уговорна страна у том односу (или је странка, али само као „трговац“, а не као носилац суворенитета).

Надлежност арбитраже у инвестиционим споровима оспорава се од стране држава са више аргумента.

Први од могућих аргумента је да није у питању инвестиција „у складу са домаћим законима“. Овај приговор изазива питање шта се сматра оваквом инвестицијом – да ли се тражи да је у питању одобрена инвестиција, или се тражи само то да није у питању илегалан посао.

Други приговор је приговор *ratione personae* - да тужилац није држављанин државе-уговорнице односно да није директни инвеститор, већ да је његово улагање посредно (да је уложио у страно предузеће које је онда уложило или закључило уговор са лицем из државе-уговорнице, да је у питању изигравање закона – да је у ствари у питању домаћи држављанин или правно лице домаћег права које симулира, прави привид да је странац).

26 M. Sornarajah, 300-342.

27 ICSID Правила (чл. 41).

28 K-H. Bockstiegel, 582.

Посебна особеност у погледу приговора ненадлежности је да се истиче и приговор да је *prima facie* очигледно да није прекршен двостра-ни споразум о заштити инвестиција, односно да тужена држава није повредила своје обавезе преузете споразумом. Дакле, ставља се у основи материјално-правни аргумент односно приговор *ratione materie* као при-говор ненадлежности. Сврха овог приговора је да се већ у почетној фази спора утврди да ли спор спада у сугерисану надлежност арбитраже одно-сно да ли се у спор из приватног односа може „увући“ држава. Пошто држава није закључила споразум директно са тужиоцем, пракса је развила правило да се и овај аргумент може употребити против надлежности, односно да се може захтевати да се, без улажења у даље детаље спора, види да држава није повредила споразум. Развијен је у пракси стандард да се мора прећи праг у „очигледности“ да је споразум повређен. Када се истакне овај приговор, арбитри у инвестиционим споровима могу да одлуче да се иде се на тзв. бифуркацију поступка односно на поделу поступка у фазе (прво фаза разматрања приговора, па фаза разматрања суштине спора, која се такође може поделити у фазе – фазу утврђивања постојања основа за одговорност државе, и фазу доказивања квантума односно висине штете). Међутим, и у присуству овог приговора арбитри се, према преовлађујућој пракси, опредељују да прихвате надлежност уз формулатију да ће, ако се у фази расправљања о меритуму покаже да су наводи тужиоца тачни, онда постојати и одговорност државе, па и надле-жност арбитраже; при том се подвлачи да би упуштање у разматрање овог процесног приговора заправо захтевало упуштање у разматрање суштине спора.

У пракси је развијен и приговор *ratione temporis* односно да је у питању повреда инвестицији односно пословног односа која је настала пре ступања двостраног споразума на снагу (у двостраним споразумима се по правилу одређује да су предвиђеном заштитом обухваћене и инве-стиције извршене пре ступања споразума на снагу, али да се инвестицио-ни спор не може водити о повреди која је настала пре тог дана). Међутим, у пракси су инвеститори као тужиоци изградили теорије о сложе-ним повредама (*composit acts*) и о продуженом деловању односно проду-женим повредама (*continuing acts*) да би се премостило ово временско ограничење деловања двостраних споразума.

Код разматрања прелиминарних приговора треба разјаснити и однос између клаузуле о решавању спорова из инвестиционог уговора (и уговора о другом пословном односу који је обухваћен појмом инвестиције) и клаузуле о решавању спорова из двостраног споразума о заштити

инвестиција. Наиме, у инвестиционим споровима има покушаја да државе истакну приговор литиспенденције односно да се позову на то да између страна у уговору о улагању или другом пословном уговору већ води спор, те да инвеститор не може покренути и спор против државе због повреде стандарда заштите. Но, и у пракси и у теорији инвестиционе арбитраже прихваћен је став да овакав приговор није дозвољен, односно да се могу паралелно водити два спора – и спор из основног посла (међу странкама из уговора о улагању или из уговора о другој пословној трансакцији, где и држава може бити уговорница), као и и инвестициони спор (између инвеститора и државе по основу двостраног споразума о заштити инвестиција).²⁹ Исто правило важи и за приговор да је ствар већ пресуђена. Наравно, поставља се питање извршења одлука донете у обе арбитраже (у неким одлукама у инвестиционим арбитражама наводи се да не може доћи до „дуплог намирења“).

III Примена права у инвестиционим арбитражама

1. Меродавно право за суштину инвестиционог спора

Национална законодавства су од значаја за трговинску арбитражу и у погледу поступка (обавезујуће процесне норме права места арбитража), те материјалног права које арбитражни судови примењују (у великом броју случајева арбитри примењују неко национално право које су странке изабрале или које су сами одредили).

Код инвестиционе арбитраже национално право има друкчију улогу. У већини случајева, примењује се материјално право државе у спору, али управо стање односно измене у домаћем законодавству или економске мере уведене новим законодавством представљају основ инвестиционог спора који инвеститор покреће против државе (у случају експропријације, нових пореза и др.).³⁰

2. Извори права

Арбитражна пракса је недвосмислено извор права у инвестиционим споровима, и то директно. Многе се арбитражне одлуке позивају на претходне одлуке других арбитража у идентичним или сличним случајевима. И научна литература се сматра извором права, а одлуке у инвести-

29 М. Станивуковић, 9 – 12; C. L. Lim, J. Ho, M. Paparinskis, 112, 132.

30 Вашингтонска конвенција указује, поред правила међународног права и на примену националног права државе-домаћина (члан 42).

ционим арбитражама често се заснивају на ставовима тзв. „ауторитета“. Већина је аутора „наклоњена“ инвеститорима, док се на супротном „полу“ налазе они који су наклоњени туженим државама и оспоравају широко формулисање и тумачење стандарда заштите.

Иначе, у тумачењу двостраних споразума инвестиционе арбитраже користе Бечку конвенцију о уговорном праву (која важи за кодификацију међународног обичајног права у материји тумачења међудржавних уговора).³¹

V Начела инвестиционе арбитраже

1. Начела трговинске арбитраже и примена на инвестиционе арбитраже

Поједина основна начела трговинске арбитраже важе и у инвестиционој арбитражи (на пример, начело једнаког третмана странака и начело да странкама мора да се омогући да равноправно учествују у поступку и др.), док нека основна правила не важе у инвестиционој арбитражи, посебно она која се односе на арбитражни споразум. Тако правило о „сепарабилитету“ арбитражне клаузуле односно о томе да арбитражна клаузула важи и ако је уговор у коме се налази ништав нема значаја у инвестиционој арбитражи.

2. Транспарентност и поверљивост инвестиционе арбитраже

С друге стране, постоји тежња да се од неких начела трговинске арбитраже одступи у инвестиционој арбитражи. Тако се сматра да је једна од поставки трговинске арбитраже о поверљивости поступка (што се сматра и једним од основних разлога странака да се определе за арбитражу) нема толики практични значај у инвестиционој арбитражи. Већина двостраних споразума о заштити инвестиција не садржи одредбе о поверљивости арбитраже. Вашингтонска конвенција има само одредбе о

31 Бечка конвенција - *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Закон о ратификацији, Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 30/72) предвиђа да уговор треба тумачити у доброј вери, у складу са уобичајеним значењем израза, у њиховом контексту и у светлу предмета и сврхе тог међудржавног уговора, а тај контекст обухвата и преамбулу и анексе уговора (члан 31 ставови 1 и 2). У инвестиционим арбитражама се појам инвестиције, на пример, проширује тако што се из премабуле споразума о заштити инвестиција извлачи да је намера страна подстицање инвестиција, што имплицира да и појам твоја што шире тумачити (исто начело важи и за одредницу да инвестиција мора бити у складу са домаћим законодавством).

тome како се објављују арбитражне одлуке.³² Тенденција да се обезбеди транспарентност у инвестиционој арбитражи је све изразитија,³³ и обrazлаже се особеношћу странака (држава је увек један од учесника поступка), као и потребом да се, пре свега кроз објављивање одлука, обезбеди предвидивост, што је од интереса и за инвеститоре и за државе. Сматра се да, у погледу начела, у области поверљивости и транспарентности поступка постоји највећа разлика између трговинске и инвестиционе арбитраже.³⁴

V Особености поступка у инвестиционој арбитражи

Поступак у инвестиционој арбитражи је у основи идентичан са процесом у трговинској арбитражи. Постоји и неколико битних разлика. Основна је у томе што је, за разлику од трговинских арбитражи, које су у највећем броју случајева, по арбитражним правилницима најпозантијих међународних и домаћих институција, једностепене, у поступку у инвестиционим споровима који се воде пред Центром за решавање инвестиционих спорова могуће изјављивати и правне лекове (истина, они се не изјављују државном суду, већ у посебном поступку пред самим Центром).³⁵

У инвестиционим арбитражама се, на основу двостраних споразума о заштити инвестиција, по правилу одређује да, пре формалног отпочињања спора, инвеститор мора да изложи основе свог захтева држави те да предложи мирно решење спора (двоstrani споразуми по правилу не предвиђају метод за овакво разрешење спорних питања – путем преговора, медијације или на неки од начина алтернативног решавања спорова). Двоstrani споразуми, по правилу, предвиђају да је рок за постизање мирног решења шест месеци.³⁶ Сматра се да је испуњење овог захтева од стране инвеститора (понуда за мирно решење спора) заправо услов за

32 Вашигтонска конвенција, чл. 48.

33 UNCITRAL-ова арбитражна правила имају широку примену у инвестиционим споровима. У последњу верзију ових правила из 2013. унета је одредба (члан 1 став 4) о томе да се на инвестиционе арбитраже примењују и UNCITRAL-ова Правила о транспарентности (*Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*).

34 K-H. Bockstiegel, 585.

35 По Вашингтонској конвенцији, стране могу захтевати ревизију (чл. 51) и поништај (чл. 52) арбитражне одлуке донете у спору пред Центром за решавање инвестиционих спорова. О овим захтевима решава се у посебним поступцима, али у оквиру Центра (одговарајуће одредбе, по којима се спроводи ова „другостепена“ процедуре, налазе се у ICSID Правилнику – чл. 51, 52).

36 У готово свим двостраним споразумима о заштити инвестиција које има Србија предвиђен је рок од шест месеци од предлога инвеститора за постизање мирног решења спора.

прихват понуде државе за решење инвестиционг спора путем арбитраже.

VI Улога судова у одвијању инвестиционе арбитраже

1. Помоћ у одвијању поступка у трговинској арбитражи

Арбитражни прописи у многим земљама предвиђају мешање судова у рад трговинске арбитраже у тачно одређеној мери. Улога судова своди се на помоћ у одређеним ситуацијама - на пример, у конституисању арбитражног већа и у случају захтева за изузеће или престанка дужности арбитара код *ad hoc* арбитража, у одређивању привремених мера, те код извођења доказа. Државни судови имају улогу и у погледу надлежности трговинске арбитраже, било да се питање пред њих постави пре, у току или после завршетка арбитражног поступка.³⁷ Судови имају одређену надлежност и код поништаја домаћих арбитражних одлука, те код признања и извршења страних арбитражних одлука донетих у трговинским арбитражама (стране арбитражне одлуке морају да буду признате од стране редовног суда да би могле да буду принудно извршене у некој држави односно да би стекле снагу домаће правноснажне судске одлуке).³⁸

2. Мешање судова у инвестициону арбитражу

Сматра се да су инвестиционе арбитраже односно спорови који се воде пред Центром за решавање инвестиционих спорова у потпуности „делокализовани“,³⁹ односно да је искључено било какво мешање судова у месту арбитраже у њен рад.

Мада се у начелу може предвидети да и арбитражни суд у инвестиционој арбитражи затражи одређену, ограничену помоћ суда у спровођењу поступка (у извођењу доказа, на пример), странке се не могу обратити суду ни по једном питању у вези са инвестиционим арбитражним поступком, нити у вези са арбитражном одлуком донетом у таквом поступку пред Центром за решавање инвестиционих спорова. Судови не могу да преиспитују ове одлуке, односно арбитражне одлуке не могу да се поништавају пред судом у месту доношења, нити подлежу признању од стране судова ван места доношења (сматра се да имају снагу домаће правноснажне судске одлуке).⁴⁰

37 ЗоА, чл. 14.

38 ЗоА, чл. 57 ст. 1 и 64 ст. 2.

39 M. L. Moses, 225-228.

40 Вашингтонска конвенција, чл. 53, 54.

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
attorney at law, Belgrade

MAIN CHARACTERISTICS OF THE INVESTMENT ARBITRATIONS

Summary

Author considers the notion of investment arbitration as unique phenomena in international business relations and law. The main characteristics of the investment arbitration are presented in review of the principal differences in comparison with international commercial arbitration. The differences are found in many aspects of these two fields of the arbitration as the method of settlement of the disputes; the paper analyses the features of the investment arbitration that depart significantly from the principles, rules and practice of the commercial arbitration. Thus, these differences are considered in regard the ground for jurisdiction of the tribunals in the investment matters, application of the legal rules, proceedings and role of the state court in conduct of the arbitration.

Keywords: *investment arbitration, commercial arbitration, jurisdiction, investment dispute, investment, investor, bilateral investment treaties on protection of investment.*