

Др Мирјана ЏУКАВАЦ, LL.M.\*

## ДЕЈСТВО АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА НА ТРЕЋА ЛИЦА - трговинска и инвестициона арбитража -

### Резиме

Ширење дејства арбитражног споразума на треће лице могуће је у извесним околностима и поред чињенице да се овим занемарују два основна принципа грађанског права: принцип релативног дејства уговора и принцип одвојене личности правног друштва. У првом делу чланка анализира се доктрина „*groupe des sociétés*“ и институт пробоја кроз правно лице, чијом применом, уз посебне услове и специфичне околности сваког посебног случаја, арбитри могу одлучити да прошире дејство арбитражног споразума на треће лице.

У другом делу чланка анализира се активна легитимација индиректног улагача у инвестиционим арбитражама која се заснива на арбитражној клаузули из међудржавних уговора о заштити инвестиција. Инвестиционе арбитраже су по правилу, ако то није изично искључено, пружале заштиту индиректном улагачу тумачећи појам инвестиције веома широко на основу надлежног МИТ-а или БИТ-а. Инвестиција може бити и сама својина на акцијама, без обзира да ли индиректни улагач држи акције преко друштва које има националност државе инвеститора, националност државе домаћина или неке треће државе.

**Кључне речи:** арбитража, треће лице, повезана друштва, индиректни улагач.

Арбитража је као алтернативни начин решавања спорова веома стара институција, каже се да је као идеја стара колико и људски род.<sup>1</sup>

\* (American University Washington College of Law)

Секретар Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије од 1996-2016.

Ипак, њен прави зачетак се везује за античко доба и решавање спорова између држава-градова.<sup>2</sup> Међутим, суштински развој и правно уобличавање арбитраже је почело много касније – крајем XIX и почетком XX века, паралелно са развојем међународних трговинских односа. У даљој прошлости није било ни изблиза толиког обима и учесталости трговинских и других пословних односа, па ни потребе која би захтевала организовање специјализоване институције самих странака за решавање међусобних спорова, независно од државних судова. Арбитраже као приватна врста правосуђа почела је свој нагли развој пре око сто година – заправо двадесетих година прошлог века доношењем првих универзалних међународних конвенција,<sup>3</sup> а даљи развој арбитраже првенствено се огледао кроз развој међународне трговинске арбитраже, чија су решења и стандарди постали основ за развој других врста арбитража. Ипак, друге врсте

---

1 Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Удружење правника Југославије, Београд, 2000, 19.

2 М.Трајковић, 19.

3 Прве универзалне конвенције које је потписао велики број земаља биле су Протокол о арбитражним клаузулама од 24.09.1923. године (Женевски протокол 1923.) и Конвенција о извршењу иностраних арбитражних одлука од 26.09.1927. (Женевска конвенција 1927.). Иако су се горе наведене конвенције односиле на све арбитражне клаузуле, односно арбитражне одлуке, свака држава-уговорница је могла ограничити њихову примену улагањем трговинске резерве само на уговоре, односно арбитражне одлуке донете у стварима које се по националном праву сматрају трговинским. Доношењем Конвенције о признавању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. (Њујоршка конвенција) ове конвенције су умногоме изгубиле значај. Њујоршка конвенција, којој је приступио највећи број земаља, такође даје могућност да свака земља-чланица улагањем трговинске резерве ограничи њену примену само у односу на арбитражне одлуке које се по домаћем праву могу сматрати да су донете у трговинским стварима.

Регионалне конвенције, које такође имају доста чланица, посвећене су готово искључиво међународној трговинској арбитражи, као на пример Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи од 21.04.1961. године, Интерамеричка конвенција о међународној трговинској арбитражи од 30.01.1975. године (Панамска конвенција), Арапска конвенција о трговинској арбитражи од 14.04.1987. године и друге.

Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова држава и држављана других држава од 18.03.1965. год (Вашингтонска конвенција) створен је механизам специјализоване институционалне арбитраже (ICSID) у оквиру Светске банке за решавање инвестиционих спорова. Посебно треба нагласити делатност Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (Унцитрал). Модел закон из 1985. године (ревидиран 2006.) је извршио велики утицај на бројне националне законе о арбитражи који су донети почев од деведесетих година XX века па све до сада. Треба поменути и УНЦИТРАЛ-ова Правила за међународну *ad hoc* арбитражу чија се примена уговора првенствено у *ad hoc* арбитражама, али се може уговорити пред неким институционалним арбитражама, као што је наша Спољнотрговинска арбитража.

арбитража (грађанске у ужем смислу, спортске, јавно-правне и друге) ни изблизу нису доживеле такав узлет.

Модерна арбитража, у пуном смислу те речи, творевина је трговине и обликована је према њеним потребама. Управо у области трговинске арбитраже, и то на основу потребе да се регулишу извесне ситуације које се могу јавити у односима изеђу привредних друштава, дошло је до одређених изузетака у правилу да арбитражни споразум може деловати само између странака које су га закључиле.

Признањем дејства арбитражног споразума у односу на трећа лица која нису странке из основног уговора па ни арбитражног споразума, који је најчешће једна од клаузула основног уговора, крше се два основна принципа уговорног и привредног права: принцип релативног дејства уговора и принцип одвојене личности правног друштва.<sup>4</sup> Јасно је да се ово може урадити само изузетно и у строго ограниченом броју случајева. Ти случајеви су се односили на доктрину „*groupe des sociétés*“ и правни институт пробоја кроз правно лице.

## I Трговинска арбитража

### 1. Доктрина „*groupe des sociétés*“

Осамдесетих година прошлог века у пракси Арбитражног суда Међународне трговинске коморе (даље у тексту: ICC арбитража) појавили су се случајеви где је својство странке у арбитражном поступку признавано правним субјектима који нису били странке из арбитражног споразума. Иако ово питање није регулисано ни међународним ни националним изворима права, арбитражна теорија је покушала да утврди неке опште принципе на основу којих би се могли подвести ови случајеви. Типичан случај у коме се поставља питање проширеног дејства арбитражног споразума на трећа лица је постојање повезаних друштава - „*groupe des sociétés*“<sup>5</sup> где би, и поред постојања одвојеног правног субјективи-

4 Исто: Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд, 2013, 147.

5 Правна теорија дефинише појам повезаних друштава као скуп друштава од којих свако за себе поседује посебан и различит правни субјективитет, који као такав, не поседује неки свој посебан правни субјективитет, чак и ако постоји фактичко јединство доношења одлука, управљања и контроле. (Charles Jarosson, „Convention d'arbitrage et groupe de sociétés“, ASA Special Series, No.8, December 1994, 210). Слично: Мирко Васиљевић, *Привредна друштва, домаће и страно право*, Београд, 1999, 477), где се наводи да је свим формама групе друштава заједничко постојање правног субјективитета свих појединачних зависних друштава (филијале), одвојеног од правног субјективитета матичног друштва, али не и постојање

тета сваког повезаног друштва из групације, арбитражни споразум из уговора једне чланице групације могао да има дејство и на друге чланице групације. На постојање повезаних друштава увек се позива тужилац у арбитражном поступку: или се једна чланица групације позива као тужилац на припадност групи да би себи обезбедила учешће у арбитражном поступку (иако није странка из арбитражног споразума) или се тужилац позива да је тужени као једна од чланица групације пасивно легитимисан, иако није странка из арбитражног споразума. Последица примене ове доктрине је учешће повезаног друштва у арбитражном поступку као супарничара, било као активно или пасивно легитимисаног.<sup>6</sup>

Одлука ICC арбитраже у познатом случају *Dow Chemical*<sup>7</sup> је једна од првих у којој је арбитраж проширила дејство арбитражног споразума на трећа лица те се, стoga, сматра својеврсним прецедентом у овој материји. Спор је произашао из два уговора које су закључиле две филијале америчке компаније *Dow Chemical*, из Венецуеле и Швајцарске, са француском фирмом *Isover Saint Gobain* о дистрибуцији производа за термичку изолацију у Француској. У уговорима је било назначено да ће филијала из Француске реализовати уговор, а испоруке су могле да врше и друге филијале из групације. Оба уговора садржала су истоветну арбитражну клаузулу којом је била уговорена надлежност ICC арбитраже. Пошто је избио спор који се односио на квалитет производа, америчко матично предузеће и три филијале су повеле спор против *Isover Saint Gobain*-а. Француска фирма је приговорила надлежности арбитраже у односу на матично предузеће и њену француску филијалу. Арбитражни суд је путем међудлуке установио да је надлежан и у погледу ове две чланице групације. Арбитри су изнели следеће образложение: „Узимајући у обзир да једна група везаних предузећа има, упркос томе што свако предузеће представља посебно правно лице, економску реалност о којој арбитражни суд треба да води рачуна када одлучује о сопственој надлежности.[...] Узимајући у обзир, нарочито, да арбитражка изричите прихваће-

јединственог правног субјективитета групе као такве. Свако друштво има посебне органе управе, акте, самостални стечај и сл. Ипак, у домену фискалног, рачуноводственог и радног права постоје одређена решења према којима се повезана друштва третирају као јединствен правни субјекат. Имовинско право је остало изван области изричите законске регулативе. Вид. М. Васиљевић, 478.

6 М. Станивуковић, 147-148.

7 *Dow Chemical v. Isover Saint-Gobain*, ICC међудлука одлука о. 4131 од 23. септембра 1982, *Journal du Droit International (JDI)*, Clunet 1983, 899-901, *Revue de l'arbitrage*, 1984, 137, коментар A. Chapelle.

на од стране неких предузећа из групе треба да буде обавезујућа и за друга предузећа на основу улоге коју су ова имала у закључењу, извршењу или раскиду уговора који садржи наведену клаузулу, која изражава заједничку вољу свих странака у поступку, као да су и оне саме биле уговорне странке [...].<sup>8</sup> Апелациони суд Париза је одбио тужбу *Isover Saint Gobain*-а за поништај међуодлуке о надлежности.<sup>9</sup> Револуционарна одлука из 1982. године у случају *Dow Chemical* је била основ за низ других одлука ICC арбитража које су се односиле на повезана друштва.<sup>10</sup>

Доктрина „*groupe des sociétés*“ на првом месту истиче да у највећем броју случајева странка која није потписала основни уговор, а самим тим ни арбитражну клаузулу, није ни желела да у њему учествује, те се на њу ни не може односити клаузула из уговора између трећих лица. Међутим, у одређеним случајевима, на основу претходне анализе свих чињеничних и правних аспеката, може се закључити супротно. Проширење надлежности арбитража у односу на неку чланицу повезаних друштава која није потписала основни уговор, нити је у њему поменута, могуће је само ако су испуњени одређени услови. Арбитражна пракса и доктрина, иако не спадају у непосредне, већ само посредне изворе арбитражног права, у случајевима „*groupe des sociétés*“ су одиграле веома значајну улогу. На основу случаја *Dow Chemical*, као и низа других случајева из праксе ICC арбитража, доктрина је настојала да формулише одређене критеријуме засноване на специфичним околностима сваког појединачног случаја, који дефинишу када би било могуће проширити дејство арбитражног споразума и на трећа лица - чланице повезаних друштава.

На основу случајева из праксе поједини аутори су предложили да се после подробне анализе чињеничних и правних аспеката случаја примене следећи критеријуми.<sup>11</sup> Прво, при тумачењу уговора треба пронаћи истинску вољу странака, било тумачењем основног уговора, било саме арбитражне клаузуле. Друго, веома је важно и понашање самих странака

8 Извод из одлуке, *ibid.*

9 Апелациони суд Париза, *Isover Saint- Gobain v. Dow Chemical*, пресуда од 21.октобра 1983, *Revue de l'arbitrage*, 1984, 98, коментар A. Chapelle.

10 Тако се о дејству арбитражне клаузуле из уговора матичног предузећа у односу на зависно предузеће расправљало и у ICC случајевима No. 4402 (1983), Yearbook IX (1984) 138; No. 4504 (1985), JDI 1986, 1118; No. 4972 (1989), JDI 1989,1101; No. 6519 (1991), JDI 1991,1065; а у супротном смеру са зависног на матично предузеће у случајевима No. 5730 (1988), JDI 1990, 1029; No. 5721(1990), JDI 1990, 1020 и други.

11 Marc Blessing, „Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories”, ASA Special Series, No. 8, December 1994, 104.

приликом закључења и у току реализације самог уговора - да ли је странака која није потписница уговора наводила сауговарача да помисли да је и она укључена у уговор, односно да ли је узела активно учешће у току преговора, а затим и у току извршења главног уговора. Треће, мора се водити рачуна и о самој структури и организацији унутар групе друштава, односно да ли предузећа унутар групе чине економско јединство (*unité économique*) односно економску реалност (*réalité économique*). На крају, треба водити рачуна и о законским решењима меродавног права (ако их има), аналогној примени института пробоја кроз правно лице и примени општег правног начела „фер и разумних очекивања“. Сличне или исте критеријуме предлажу и остale присталице „*groupe de societe*“ доктрине.<sup>12</sup>

Далеко од тога да доктрина „*groupe des sociétés*“ није била озбиљно критикована, иако је у пракси примењивана доста рестриктивно (највише у Француској). Поред критике да свој извор налази у *lex mercatoria*, а не у формалним правним изворима, ова доктрина занемарује и два основна правна принципа: принцип релативног деловања уговора и принцип одвојених правних личности.<sup>13</sup> Њена примена може довести до неприхватљивих решења тако да, на пример, матично друштво може бити везано арбитражним споразумом друштва-кћери или чак друштвавунуке само ако је председник или извршни директор матичног предузећа пружао помоћ у преговорима или касније у извршењу уговора.<sup>14</sup>

#### *a) Пракса Спољнотрговинске арбитраже*

Доктрина „*groupe des sociétés*“ до сада није наишла на позитиван пријем у нашем праву укључујући ту и праксу Спољнотрговинске арбитраже. Разлога за то има више. Пре свега, *lex mercatoria* као извор права

12 Тако, на пример, Сигвард Јарвин (S. Jarvin, „Extending the Scope of Arbitration Agreement to Non-Signatories-the Group of Companies Doctrine“, ASA Special Series, No. 8, December 1994, 198) сматра да се надлежност арбитраже може проширити и на друге чланице повезаних друштава када се тумачењем воље странака може закључити да се као странка из уговора могу сматрати и друге чланице повезаних друштава. Даље, проширење је могуће уколико се докаже да матично друштво није деловало само за свој рачун, већ и за рачун друштва кћери. И на крају, уколико је друштво које није потписало уговор активно учествовало у његовој припреми, преговарању, извршењу и окончању. Слично и Ch. Jarosson, 220-226 и други.

13 Више о критикама доктрине „*groupe de sociétés*“ вид. Мирјана Џукавац, „Арбитража и трећа лица“, Арбитража, Београд, 2003, 39-40.

14 Otto Sandrock, „Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories“, ASA Special Series, No. 8, December 1994, 168.

овде се тешко признаје, а и писмена форма арбитражног споразума као форма *ad validitatem* је обавезна према члану 12 Закона о арбитражи.<sup>15</sup>

Тако, у спору пред СТА Т-6/99<sup>16</sup> тужилац, предузеће из тадашње СР Југославије, тужио је као првотуженог предузеће из Француске с којим је закључио уговор, због тога што му тужени није испоручио извесну робу. Као друготуженог означио је предузеће из СР Југославије позивајући се да је овај оснивач првотуженог. Друготужени је приговорио надлежности арбитраже. Арбиражно веће је нашло да није надлежно у односу на друготуженог са следећим образложењем :

[...] *Имајући у виду да су прво и друготужена самосталне правне особе, основане у двема државама по нормама два различита права, што нико од учесника у овом спору није довео у питање, пред овако јасном одредбом чл. 13 ст. 1 Правилника, позивање тужиоца на то да је друготужена оснивач првотужене представља беспредметан навод, којим ничим није оспорио тврђњу друготужене да није потписник наведеног уговора и да не може одговарати за обавезе које је првотужена преузела. Према југословенском Закону о предузећима, однос оснивача и основаног предузећа регулисан је у основи тако што оснивач не одговара за обавезе основаног предузећа.[...] С друге стране, однос оснивача и основаног представља, у суштини, статусни однос, који не може имати било какве везе са надлежношћу арбитраже, јер надлежност проистиче из облигационог односа, уговора, који тужилац није са друготуженом закључио, те није ни уговорио надлежност ове арбитраже.*<sup>17</sup>

Из образложења ове одлуке се јасно може видети да су арбитри СТА остали на чврстом становишту поштовања принципа релативног дејства уговора и принципа одвојених правних личности. Оснивач сам по себи не одговара за обавезе основаног предузећа, па макар и да је предузеће ћерка 100% у власништву оснивача, а тужилац у овом случају није ни понудио доказе да је друготужени, као оснивач првотуженог, имао било какве везе са уговором, што би евентуално повукло разматрање арбитара о примени доктрине „*groupe des sociétés*“.

Али по свему судећи, ова доктрина тешко да би могла бити примењена код нас, без обзира на специфичне околности случаја.

15 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/06.

16 Арбитражна одлука у спору Т-6/99 донета 20. новембра 2001. године.

17 Извод из одлуке Т-6/99, *Зборник арбитражне праксе Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије 1997-2016*, Привредна комора Србије, Београд, 2017, 51.

Проширења дејства арбитражног споразума на странку која га није потписала када су у питању везана друштва, могуће би било применом једног другог правног института који познају сва модерна права, а то је пробој правне личности.

## 2. Пробој правне личности

Суштина института пробоја кроз правно лице огледа се у злоупотреби једног правног лица од стране другог правног или физичког лица или чак и државе, у одређене, најчешће недозвољене сврхе.<sup>18</sup> Ако једно предузеће, физичко лице или држава злоупотребе друго предузеће да би склопили неки уговор са трећим лицем, они могу бити сматрани за странку из тог уговора, односно ефекат тог уговора може бити проширен и на њих, иако нису били уговорна странка нити су фактички потписали уговор.<sup>19</sup> Постојање злоупотребе неопходно је за примену института пробоја кроз правно лице у националним системима која познају ову установу.<sup>20</sup> Насупрот томе, за примену „*groupe des sociétés*“ доктрине, доказивање постојања злоупотребе може, али и не мора бити одлучујућа чињеница - довољно је да су два или више друштва у извесним околностима имала неке заједничке активности везане за закључење или испуњење уговора да би се сматрало да арбитражна клаузула може деловати и у односу на друштво које није странка из основног уговора стога што ју је ово прећутно прихватило.<sup>21</sup>

### a) Пробој правне личности у пракси СТА

Пробој кроз правно лице је институт регулисан нашим законима о привредним друштвима на суштински истоветан начин почев од 1989. године, када је први пут уведен у наше право. На његову примену стран-

18 У нашем праву је први пут институт пробоја кроз правно лице уведен 1989. године изменама Закона о предузећима из 1988. год. (*Службени лист СФРЈ*, бр. 46/89). Данас овај институт регулише чл. 18 Закона о привредним друштвима Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 36/11; 99/11, 83/14 и 5/15).

19 Небојша Јовановић сматра да је за примену института пробоја кроз правно лице у нашем праву потребно кумулативно испуњење три услова: постојање злоупотребе, имовинска корист или штетна последица по другу странку и узрочна веза између злоупотребе и имовинске користи, односно штетне последице. Вид. Н. Јовановић, „Побијање правног субјекти-витета компанија“, *Правни живот*, бр. 10/1997, 874-879.

20 М. Станивуковић, 147.

21 М. Станивуковић, 147; М. Џукавац, 41.

ке су се позивале како у судској, тако и у арбитражној пракси.<sup>22</sup> У предмету који се пред СТА водио под бројем Т - 14/11<sup>23</sup>, „А“ (државна агенција) је са конзорцијумом две румунске фирме закључила уговор о продаји капитала српске фирме „Ж“ методом јавног тендера. Тужилац-противтужени-„А“ је као продавац туженима-противтужиоцима, као купцима, продао 70% регистрованог капитала субјекта приватизације за који су ови исплатили цену. Како је дошло до тешкоће у даљој реализацији овог уговора, тужилац је обавестио тужене да раскида уговор због неиспуњења и реализовао банкарску гаранцију, а тужени су противтужбим, поред осталог, захтевали повраћај уложених ивестиција у „Ж“ позивајући се на пробој кроз правно лице. Тужилац је приговорио пасивној легитимацији када се радило о овом делу противтужбеног захтева. Арбитри су усвојили овај приговор уз следеће образложение:

*„Тужилац-противтужени није пасивно легитимисан по овом захтеву, јер спорне износе није он примио.[...] Нема основа ни покушај Конзорцијума да ово тражење, свестан спорне пасивне легитимације, оправда позивом на пробој правне личности. „А“ и „Ж“ у који су средства уложене, су различити правни субјекти, а нису испуњени законски услови да се „А“ учини одговорном за обавезе „Ж“. Најпре, у моменту закључења уговора о приватизацији и до раскида тужилац-противтужени није био „власник-основач Ж“ и између њих не постоји правна веза која је претпоставка за пробој. Но и независно од тога, тужени-противтужиоци нису навели, па стога ни доказали, да је тужилац-противтужени злоупотребио правно друштво „Ж“ за незаконите и преварне циљеве или да је са имовином привредног друштва располагао као сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји, што су били услови за пробој по члану 15 Закона о привредним друштвима који је био на снази у време закључења уговора о приватизацији, а слично и по члану 18 сада вежећег закона о привредним друштвима.“<sup>24</sup>*

Поред постојања злоупотребе, пробој правне личности би могућ и у случају да је једно привредно друштво располагало са имовином другог привредног друштва као да је његова сопствена ситуација иначе типична за везана друштва. У овом случају може, али и не мора, бити присутна злоупотреба правног субјективитета везаног друштва.

22 Више о судској пракси вид. Вера Марковић, „Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу са освртом на законску регулативу других земаља“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2001, 853-863.

23 Арбитражна одлука у овом предмету донета 25. марта 2014. године.

24 Извод из одлуке Т-14/11, *Зборник арбитражне праксе*, 246.

## II Инвестициона арбитража

### 1. Индиректни улагач

Еквивалент повезаним друштвима или „*groupe des sociétés*“ из области чисто трговинске арбитраже је појам индиректног улагача (*indirect shareholder*) из области инвестиционе арбитраже.<sup>25</sup> Директни улагач је друштво које је директно погођено мерама државе-домаћина које представљају кршење одређеног билатералног споразума две државе о заштити инвестиција (БИТ - Bilateral Investment Treaty) или одређеног мултилатералног споразума (МИТ - Multilateral Investment Treaty), као што је, на пример, НАФТА (North America Free Trade Agreement). Међудржавни уговори редовно пружају страним инвеститорима низ значајних повластица између којих је и веома значајно право да спорове са државом-домаћином реше путем арбитраже (најчешће се предвиђа надлежност ICSID арбитраже или *ad hoc* арбитраже према UNCITRAL-овим арбитражним правилима). Активна легитимација за вођење спора пред арбитражом која је предвиђена БИТ-ом или МИТ-ом директог улагача се претпоставља, без обзира колики је његов удео у тој инвестицији. Питање које се поставља је да ли се овим привилегијама може користити и индиректни улагач-привредно друштво које поседује акције у повезаним друштвима која воде до директог улагача.

Типична ситуација је да друштво А, рецимо матично предузеће, поседује акције у друштву Б (друштво ћерка) а друштво Б у друштву Ц (друштво унука). Да ли је могуће да друштво А директно тужи за накнаду штете које је друштво Ц претрпело од стране државе-домаћина?<sup>26</sup> Најшире тумачећи појам „инвеститор“ и „инвестиција“ који су садржани у БИТ-овима и МИТ-овима, пракса инвестиционих арбитража у многобројним случајевима дала је позитиван одговор, било да се радило о индиректном угагачу-привредном друштву, које има националну припадност директног улагача, било да је имало националну припадност државе домаћина или неке треће земље. Националност улагача је један од критеријума коришћења преференцијалног третмана који предвиђају БИТ-ови и МИТ-ови, али у случајевима индиректног улагача видећемо да националност предузећа из ланца повезаних друштава није била од превасходне важности него „националност акцијског капитала“.

25 Тако М. Станивуковић, 148.

26 Christoph Schreuer, „Shareholder Protection in International Investment Law“, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2, No. 3, 2005, 11.

*a) Индиректни улагач посредством друштва националности порекла инвестиције*

Пример за ову ситуацију је веома познати случај Сименс против Аргентине.<sup>27</sup> У овом случају пред ICSID-ом немачка фирма Сименс је као индиректан улагач тужила Аргентину на основу БИТ-а између Немачке и Аргентине из 1991. године. Немачка фирма СНИ (Siemens Nixdorf Informationssysteme), зависно предузеће у потпуном власништву и контроли Сименса, образовала је у Аргентини фирму СИТС (Siemens IT Services S.A.) у циљу учешћа на лицитацији за известан посао у Аргентини. Услови лицитације су били да посао може реализовати само локална фирма. Пошто је посао додељен СИТС-у у трајању од шест година, Сименс је у овај уложио додатни капитал и обезбедио средства за извршење уговора. После две године од почетка реализације нова влада Аргентине је раскинула уговор, а Сименс покренуо спор пред ICSID-ом. Аргентина је оспорила активну легитимацију Сименса као индиректног утагача. ICSID није уважио аргументе Аргентине и огласио се надлежним. Тумачењем чланова БИТ-а арбитражни суд је нашао да „БИТ не прави разлику између директног и индиректног улагања“, да је „појам инвестиције веома широко дат,“ да укључује „акције, уделе и друга права као илустрацију“, те да међународни уговор „не захтева да између инвестиције и директног улагача не буде уметнуто више друштава у ланицу.“<sup>28</sup>

*b) Индиректни улагач посредством друштва националности земље - домаћина*

Случај Енрон против Аргентине<sup>29</sup> илуструје ову ситуацију. Арбитража се заснивала на БИТ-у између Аргентине и Сједињених Држава из 1991. године и тицала се учешћа у приватизацији аргентинског предузећа из области гасне индустрије ТСГ (Transportadora de Gas del Sur). Енроново учеће се огледало у власништву акција низа аргентинских предузећа. Енрон је поседовао половину акција аргентинске фирме КИЕСА (Compañía de Investiones de Energia S.A.). Само Енроново учешће у КИЕС-и је ишло је преко две аргентинске фирме у његовом стопостотном власништву: ЕПКА (Enron Pipeline Company Argentina S.A.) и ЕАКХ

27 *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID No. ARB/02/8, одлука о надлежности од 3. августа 2004. године.

28 *Siemens*, 123, 137.

29 *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID No. ARB/01/3, одлука о надлежности од 14. јануара 2004. године.

(Enron Argentina Ciesa Holdings S.A.). КИЕСА је, са своје стране, поседовала контролни пакет акција у ТСГ од 55,30% од укупних акција ТСГ. Енрон је контролисао и четврту аргентинску фирму, ЕКИЛ (Ерса Ciesa Inversiones Ltd.), а преко ЕПКЕ, ЕАКХ-а и ЕКИЛ-а је поседовао 75,93% акција још једне аргентинске фирме- ЕДИДЕСКА (Enron de Inversiones de Energia S.C.A.), а ЕДИДЕСКА је, са своје стране, поседовала 10% акција у ТСГ. Укупно, израчунато је да Енрон има учешће од 35,263% у ТСГ-у. Пошто је Енрон тужио Аргентину пред ICSID-ом због незаконитих мера које су погодиле његов интерес у ТСГ-у, Аргентина је приговорила да је Енрон инвестирао у ТСГ преко низа локалних фирм које су са своје стране инвестицирале у ТСГ. Стога је учешће Енрона у ТСГ само маргинално и индиректно те спроведено кроз ланац локалних фирм у којима има различито учешће.<sup>30</sup> Аргентина је исто тако нагласила да ако би се сваком индиректном инвеститору допустило да уложи независну тужбу, то би могло довести до безброј тужби.<sup>31</sup> Трибунал није усвојио ове аргументе. Навео је да на основу међународног права и ICSID Конвенције акционари могу тужити независно од компаније у питању, без обзира да ли имају већинско или мањинско учешће.<sup>32</sup> Надаље, анализом самог БИТ-а трибунал је закључио да је дефиниција инвестиције широка те не искључује мањинске или акционаре који не држе контролни пакет акција од права на активну легитимацију.<sup>33</sup>

*в) Индиректни улагач посредством друштва националности треће земље*

ICSID је признавао и право на активну легитимацију индиректном улагачу који је извршио улагање преко друштва из треће земље, чија је национална припадност била различита од националности индиректног улагача, као и земље-домаћина. У случају Вејст Менаџмент против Мексика,<sup>34</sup> Вејст Менаџмент, америчка фирма, тужио је Мексико на основу НАФТА споразума. И у овом случају радило се о ланцу везаних предузећа. Уговор о концесији су закључили град Акапулко и мексичка

30 Enron, 50.

31 Enron, 50-52.

32 Enron, 39. Исто у *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID No. ARB/01/8, одлука о надлежности од 17. јула 2003, 47-48; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID No.ARB/02/16, одлука о надлежности од 11. маја 2005, 93 и даље.

33 Enron, 44-49.

34 *Waste Management Inc. v. Mexico(„No. 2“)*, ICSID No. ARB(AF)/00/3, одлука од 30. априла 2004. године.

фирма Акаверде (Acaverde). Акаверде је иначе био у стопостотном власништву две фирме, обе са Кайманских острва : Ака Верде Холдинг (Aca-Verde Holdings Ltd) и Сан Инвестмент (Sun Investment Co.). Америчка фирма Санифил (Sunifill Inc.) купила је Ака Верде Холдинг, а касније се спојила са такође америчком фирмом Вејст Сервисис (Waste Services Inc.) и образовала фирму, тужиоца у спору, Вејст Менаџмент. Мексико је приговорио надлежности ICSID-а на основу НАФТА споразума наводећи да се Вејст Менаџмент не може сматрати инвеститором према споразму, јер су инвеститори били фирме из трећих земаља. Трибунал је нашао, анализирајући НАФТА споразум, да споразум не захтева да сама инвестиција има националност неке од НАФТА чланица.<sup>35</sup> Споразум, дефинишући појам инвестиције, одређује да она укључује и „*интерес у неком предузећу на основу кога власник има право на приход или профит предузећа.*“<sup>36</sup> Стога, националност холдинг компаније преко које је извршено инвестирање није битна у овом случају.<sup>37</sup> Слично становиште заузео је и ICSID трибунал у случају Кардасопулос где се радило о примени БИТ-а између Грчке и Грузије, као и о примени мултилатералног Споразума о енергији (Energy Charter Treaty-ECT).<sup>38</sup>

## 2. Критике и одступање

Став ICSID-а да се на основу пуке својине на акцијама може директно тужити држава-домаћин, без обзира колико друштава и које националности стоје између тужиоца и крајњег улагача, нашао је на многобројне критике, а и нека неприхватљива решења у пракси. Прво, проширење заштите на индиректне улагаче може довести до ситуације да у случају повезаних друштава различита друштава из групације подигну више тужби у односу на исту инвестицију, исте мере државе домаћина и исто чињенично стање, што доводи до неприхватљивог уможавања износа накнаде штете.<sup>39</sup> Друго, једно друштво и његови акционари су разли-

35 Waste Management, 85.

36 Waste Management, 83.

37 Waste Management, 84-85.

38 *Joannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID No. ARB/05/18, одлука о надлежности од 6. јула 2007. године. У овом спору Кардасопулос, физичко лице грчке националности је поседовао 50% акција фирме Трампекс из Панаме која је са грузијском државном фирмом Georgian Oil основала joint venture предузеће ГТИ. ICSID је закључио да је основу индиректног власништва од 25% у ГТИ, Кардасопулос инвестирао на територији Грузије те је стога активно легитимисан да тужи Грузију пред ICSID-ом на основу грчко-грузијског БИТ-а.

39 Katia Yanacca-Small, „Parallel Proceedings“, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. Muchlinski et al.), Oxford University Press, 2008, 1010-1011.

чите правне личности. Када друштво претрпи штету, то још не значи директну штету за његове акционаре. У принципу, акционар није овлашћен да директно тражи накнаду штете у име друштва. Он је евентално овлашћен да тражи да му се накнади индиректна штета на име умањења вредности акција. У том случају арбитри би могли само да одлуче колико се штета коју је држава-домаћин нанела инвеститору пренела на вредност акција. Свако друго решење је потпуно неприхватљиво.<sup>40</sup> Треће, проширење заштите на индиректне улагаче са различитог нивоа у оквиру исте корпорацијске структуре, без икакве рестрикције, може довести до злоупотребе система заштите инвестиција кроз „*investor-treaty shopping*“ и „*forum shopping*“. У ситуацији где приговори *ius pendens* и *res iudicata* не могу бити употребљени јер тужиоци нису формално иста лица, добро познати и често цитиран случај Лаудер/CME против Чешке може илустровати пример.

У првом спору, Лаудер, физичко лице са држављанством Сједињених Држава, као акционар са контролним пакетом у CME, друштву основаном у Холандији, које је са своје стране било већински акционар у чешкој компанији за емитовање програма је покренуо поступак против Чешке по БИТ-у између Чешке и Сједињених Држава пред *ad hoc* трибуналом по UNCITRAL-овим арбитражним правилима.<sup>41</sup> Пошто је Лаудер изгубио спор, други спор је покренуо CME, као холандска фирма, према чешко-холандском БИТ-у, пред, такође, *ad hoc* трибуналом по UNCITRAL-овим арбитражним правилима, али у другом саставу.<sup>42</sup> Оба спора су вођена на основу истог чињеничног и правног стања и истих мера које је предузела Чешка, а које су нанеле наводну штету страном инвеститору, само што је у другом случају арбитражни трибунал сматрао да је CME у праву и доделио му накнаду штете. Свакако да систем прецедената не постоји у арбитражном праву те да проблем није (само) у инкозистентим арбитражним одлукама, већ у признању активне легитимације буквално сваком индиректном улагачу, без обзира на било какве критеријуме. Јасно је такође да се једна велика мултинационална компанија оснивањем зависног друштва било где може лако позвати на привилегије неког БИТ-а или МИТ-а и тужити циљану земљу-домаћина. С друге стране, истина је да мерама државе поред директних могу бити погођени и индиректни улагачи, али је инвестициона арбитража морала ипак да у проте-

40 Damages in International Investment Law, Review of Sergey Ripinsky, Kevin Williams (2008), *Amsterdam Law Forum*, 2009, 148.

41 *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, одлука од 3. септембра 2001. године.

42 *CME v. The Czech Republic*, UNCITRAL, одлука од 14. марта 2003. године.

клом временском периоду постави неке критеријуме до које границе иде заштита индиректног улагача, што није урађено.

У једном новијем случају ICSID је ипак одступио од неограничене заштите индиректног улагача. У случају СКБ банка против Танзаније,<sup>43</sup> тужилац СКБ банка из Велике Британије имала је у 100% власништву СК Шервуд из Хонг Конга (SC Sherwood), а СК Шервуд је имао већинско учешће од 61,2% у СКБ Хонг Конг (Standard Chartered Bank Ltd, Hong Kong), те је учешће СКБ у СКБ Хонг Конг било мањинско и износило 38,8%. СКБ Хонг Конг је од конзорцијума малезијских банака купио кредит које су ове одобриле танзанијској фирмама ИПТЛ (Independent Power Tanzania Ltd.) у циљу пројектовања, изградње, управљања и одржавања електричне централе у Танзанији. Танзанијско државно предузеће ТАНЕСКО (Tanzanian Electricity Supply Company) и ИПТЛ су закључили уговор о куповини електричне енергије на 20 година, али је ТАНЕСКО због неспоразума око обрачуна фактура обуставио плаћање. СКБ банка је тужила Танзанију на основу БИТ-а између Уједињеног Краљевства и Танзаније из 1994. године тврдећи да је њена инвестиција-зајам који је стекла кроз зависно предузеће, Танзанија практично експроприсала. Тумачећи одредбе наведног БИТ-а на основу приговора Танзаније, трибунал је одлучио да СКБ банка није активно легитимисана као индиректни уговарач у овом спору. Тумачећи одређени члан БИТ-а, трибунал је нашао да БИТ захтева да инвестиција буде **извршена** на територији друге државе. Да би уживао подстицаје из БИТ-а тужилац треба да „*докаже да је инвестиција извршена у складу са његовим упутствима, да је уступавио инвестицију или да ју је контролисао на активан и директан начин. Пасивна својина на акцијама једне компаније која поседује инвестицију а коју тужилац не контролише није довољна.*“<sup>44</sup> Зато „*било би неразумно тумачити да БИТ дозвољава да држављани Уједињеног Краљевства са зависним предузећима широм света траже заштиту по основу УК-Танзанија БИТ-а за сваку инвестицију било где у свету коју поседују њихова предузећа-ћерке или унуке.*“<sup>45</sup>

Из цитираног образложења видимо да је трибунал, захтевајући активну и директну контролу инвестиције кренуо ка „*groupe des sociétés*“ доктрини, али се ту и зауставио. Никакви ближи критеријуми о условима признавања активне легитимације индиректног улагача нису дати, већ

43 Standard Chartered Bank v. Tanzania, ICSID No. ARB/10/12, одлука од 2. новембра 2012. године.

44 Standard Chartered Bank, 230.

45 Standard Chartered Bank, 270.

све зависи од чињеница случаја у питању и тумачења арбитражног трибунала одредаба БИТ-а и МИТ-а. А то, као што смо видели, може бити крајње неизвесно и контрадикторно.

На крају, тужене државе су се позивале и на институт пробоја кроз правно лице. Инвестиционе арбитраже су и у овим случајевима давале различит одговор.

### 3. Пробој правног лица

У већини случајева инвестиционе арбитраже нису показале велики ентузијазам да кроз скидање велова низа повезаних друштава дођу до оригиналног улагача и његове националности, већ су лако признавале право индиректног улагача да се може користити привилегијама одређеног међународног уговора чиме је признавана и његова активна легитимација за вођење спора против државе. У пракси су забележени случајеви где се држава успешно или безуспешно позивла на институт пробоја кроз правно лице, покушавајући да докаже да је индиректни улагач само празна „љуштура“ (*shell*) коју директни улагач (зло)употребљава да би уживао привилегије неког међународног уговора.

Случај Салука против Чешке<sup>46</sup> односио се на реорганизацију и приватизацију чешког банкарског система. Салука, фирма основана у Холандији, стекла је акције чешке државне банке ИПБ, те је тужила Чешку наводећи да јој је инвестиција експроприсана и да су власти неједнако поступале. Позвала се на примену чешко-холандског БИТ-а. Чешка је приговорила да Салука није стварни инвеститор, већ британска фирма Номура (Nomura Europe), иначе филијала Јапанске Инвестиционе Банке (Japanese Investment Bank ), да као фирма „љуштура“ не поседује стварни економски интерес у акцијама ИПБ-а, те стога не испуњава услове за дефиницију инвеститора према одредбама БИТ-а, јер се матично друштво Номура, као британска фирма, не може користити подстицајима из овог БИТ-а. Трибунал је одбио приговор Чешке из чисто формалних разлога наводећи да је према језику споразума инвеститор дефинисан као „правно лице основано према праву једне од држава-уговорница“ што је овде био случај, те пробој кроз правно лице није релевантан. Трибунал је ипак признао да чисто формалистички тест, који је у овом случају применио, има и своје недостатке, посебно ризик од *treaty shopping-a*.<sup>47</sup>

46 *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, делимична одлука од 17. марта 2006. године.

47 *Saluka Investments BV*, 230.

У следећем случају ICSID је ушао у суштину пробоја кроз правно лице и огласио се ненадлежним на основу приговора тужене државе да се тужилац послужио матичном фирмом да би добио подстицаје као страни улагач и могућност да спор изнесе пред ICSID. У спору TCA против Аргентине,<sup>48</sup> TCA (TSA Spectrum de Argentina S.A.), аргентинска фирма, као индиректни улагач тужио је Аргентину на основу аргентинско-холандског БИТ-а. TCA, као зависно друштво матичног предузећа TCI (TSI Spectrum International N.V.), фирмe основане у Холандији, учествовао је у приватизацији радио станице. Аргентина је приговорила да се на TCA не може применити БИТ јер га поседује аргентински држављанин. Трибунал је ушао у структуру везаних друштава скидајући вео по вео компликоване компанијске структуре да би се установило да на крају ланца стоји аргентински држављанин Хорхе Хусто Неус (Jorge Justo Neuss).

У овој одлуци већина арбитара је сматрала да трибунал има право да скине корпоративни вео и да према чл. 25(2)(6) ICSID Конвенције утврди да ли је тужилац стварно „лице националности друге државе- уговорнице“ које може спадати у једну од две категорије: лице са страним држављанством или фирма под страном контролом. С обзиром на то да је TCA била фирма коју је поседовао и контролисао аргентински држављанин, она није активно легитимисана. Трећи арбитар је у издвојеном мишљењу изнео став да арбитри уште нису дужни да гледају даље од места где је основано матично предузеће, јер је БИТ јасан да гарантује заштиту свим друштвима основаним у Холандији без обзира у чијем су власништву и ко их контролише.

Из ова два веома цитирана случаја се види да у пракси инвестиционих арбитража не постоји чак ни јединствено мишљење о питању да ли држава уопште има право да се позива на институт пробоја кроз правно лице да би дошла до истинске националности инвестиције- националност инвестиције се цени са чисто формалистичког гледишта, земље где је друштво инкорпорисано. Очигледно је да одбијање арбитара да уопште узму у обзир институт пробоја кроз правно лице такође може бити извор разних злоупотреба у циљу присвајања статуса и привилегија страног улагача према одредбама БИТ-а или МИТ-а.

48 TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina, ICSID No. ARB/05/05, одлука од 19. децембра 2008. године.

### III Закључак

Основни принцип уговорног права да један уговор може деловати само између лица која су га закључила односи се и на арбитражни споразум као специфичну врсту уговора. „Пребацаивање“ субјективних граница арбитражног споразума у пракси трговинске арбитраже може се посматрати само као изузетак, а никако као правило (овде се не мисли на случајеве који су чести у пракси, када је арбитражни споразум пренет на треће лице путем неког правног посла – цесијом потраживања, дуга или целог уговора, суброгацијом, уговором у корист трећег, универзалном сукцесијом и др.). Ипак, у привредном животу су се појавиле неке ситуације сложених трансакција као и злоупотреба у којима се поставило питање дејства арбитражног споразума у односу на треће лице које није уговорна странка.

У чисто трговинским арбитражама, доктрина „*groupe des sociétés*“ допушта могућност проширења надлежности арбитраже на неко друштво из групације које није потписало арбитражни споразум нити је у њему поменуто, али само после исцрпне анализе чињеничних и правних аспеката конкретног случаја и уз постојање одређених услова. Тако, на пример, тумачењем уговора, треба утврдити истинску вољу странака, а такође се мора узети у обзир понашање друштва које није потписало арбитражни споразум (учешће у припреми, преговарању, извршењу и окончању уговора, деловање за рачун других друштава у групацији, понашање које наводи саутоварача да мисли да је и то друштво укључено у уговор и сл.), те утврдити структуру и организацију саме групације, да ли друштва чине економско јединство односно економску реалност и сл. Доктрина „*groupe des sociétés*“ у пракси је примењивана врло рестриктивно и то углавном пред арбитражом Међународне трговинске коморе из Париза (ICC). Доктрина „*groupe des sociétés*“ до сада није нашла на позитиван пријем у нашем праву, укључујући ту и праксу Спљенотрговинске арбитраже.

Када су у питању инвестиционе арбитраже, ситуација тзв. индиректног улагача унеколико је аналогна ситуацији повезаних друштава. Наиме, и индиректни улагач је чланица неке групе повезаних друштава и није у уговорном односу са земљом-домаћином. Штавише, често и нема никакве везе ни са самом инвестицијом, осим једне - поседује акције у неком друштву из ланца повезаних друштава која стоје између њега и инвестиције. Само на основу те чињенице њему је, као индиректном улагачу, признато готово неограничено право да као заштићени улагач

покрене поступак против државе-домаћина пред арбитражом на основу неког МИТ-а или БИТ-а и да тражи накнаду штете коју је претрпело друштво чије акције држи (већински, мањински, са или без контролног пакета акција). Други услови, барем до скоро, нису постојали. Док је доктрина „*groupe des sociétés*“ у пракси чисто трговинских арбитража примењивана врло рестриктивно, индиректном улагачу је по правилу признавана активна легитимација у арбитражном спору против државе-домаћина, без обзира на могуће злоупотребе.

Када је у питању пробој кроз правно лице, нема дилеме да се пред трговинским арбитражама може позивати на овај институт и да ће он бити примењен ако су испуњени услови за његову примену, на првом месту доказивање постојања злоупотребе. Што се тиче инвестиционих арбитража, пракса је давала различите одговоре да ли је овај институт уопште могуће применити, што је чудно, јер свака злоупотреба, по правилу, треба да буде санкционисана.

На крају, треба напоменути да је Савет Европе недавно дао мандат Европској Комисији да започне рад на Конвенцији којом би се установио MIC (Multilateral Investment Court), а Европски суд правде је одлуком од 6. марта 2018. године (C-284/16, Slowakishe Republik v. Achmea BV) установио да су арбитражне клаузуле у БИТ-овма између чланица Европске уније у супротности са правом Европске уније. Време ће показати да ли ће се ово одразити на будућност инвестиционих арбитража.

**Mirjana CUKAVAC, PhD, LL.M**  
(American University Washington College of Law)  
Secretary at the Foreign Trade Court of Arbitration  
at Chamber of Commerce and Industry of Serbia from 1996-2016.

## EXTENSION OF THE SCOPE OF ARBITRATION AGREEMENT TO THIRD PARTIES

### -Commercial and Investment Arbitration-

#### Summary

*The extension of an arbitration agreement to the third parties is possible in some specific situations in spite of the two basic principles of civil law: principle of contract privity and principle of separate legal identities of companies. In this article author analyzes the group of companies doctrine and piercing the corporate veil, which could be used by the arbitral tribunal under very specific conditions and circumstances of each particular case, to extend the scope of an arbitration agreement to non-signatories.*

*In the second part of this article author analyzes locus stendi of an indirect shareholder in the investment arbitrations. It has been generally agreed among investment arbitration tribunals that, unless explicitly excluded, indirect shareholder enjoys protection under the broad definition of investment found in the BITs and MITs. Investment may be structured through several corporate layers, as an indirect shareholder can hold shares in an intermediary company that has nationality of the home state, host state or even of a third state.*

**Keywords:** arbitration, third party, group of companies, indirect shareholder.