

др Марија КРВАВАЦ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици

РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД ICSID АБИТРАЖОМ

Резиме

Установљење Центра за решавање инвестиционих спорова у оквиру Међународне банке за обнову и развој омогућило је покрећање арбитражног поступка од стране инвеститора против држава чланица на основу билатералног, односно мултилатералног уговора. Центар решава спорове правне природе произашле директно из инвестиција. Пре установљења Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Усвајањем Вашингтонске конвенције формиран је специфичан облик арбитраже, чија природа у теорији покреће различите расправе. Констатуисана на јединствен начин на међународном нивоу она се разликује како од приватне тако и од међународне арбитраже. Спор се покреће сходно одредбама приватног права, али због јавног интереса међународна регулатива пресудно утиче на решавање спора.

Кључне речи: ICSID арбитража, меродавно право, инвестициони спор.

I Увод

Велике инвестиције реализују се путем јединствених, не одвојених малих уговора што се може правдати комплексношћу, обимом и технологијом реализације. Правни положај и односи странака заснивају

се на позитивним прописима, правилима имовинског права, општим условима уговора као и на судској пракси и правној доктрини. Инвестициона улагања чине само један сегмент различитих облика страних инвестиција на подручју привредне делатности сваке земље, међу којима постоји интензивна инвестициона сарадња кроз различите облике правних послова. Она уобичајено добија на интензитету, из чега произилази учесталост проблематике одређивања надлежног права и начина решавања спорова.

Инвестиције представљају посебно сложено подручје за обликовање механизма решавања потенцијалних спорова, посебно ако се као стране појављују домаћа државна и страна компанија. Државни суверенитет, политичка стабилност, недостатак норми међународног права о страним инвестицијама, присутност велике количине новчаних средстава у својој укупности доприносе да решење спора буде посебно сложено. У складу са тим, покретање спорова пред међународном арбитражом има значајну улогу у превазилажењу проблема везаних за судско решавање спорова поводом инвестирања. Ипак, за институционалне и *ad hoc* међународне арбитраже везује се низ тешкоћа као што је неопходност претходног пристанка државе на арбитражање и уздржавање Влада појединих земаља да се изложе страним институцијама, могуће мешање домаћих судова у арбитражни поступак, потенцијално одбијање државе да поштује претходни пристанак на арбитражу и немогућност да се принудним путем држава доведе пред арбитражу, проблеми везани за признање и извршење судских пресуда, недостатак могућности подношења жалбе одговарајућој инстанци и тд. Упркос томе арбитража је у пракси и даље преферирани начин решавања спорова између држава и страних приватних лица и често једина опција прихватљива за обе стране у инвестиционом пројекту. Арбитар је природни судија инвестиционих спорова али је интервенција локалних судова често неизбежна, тако да се арбитража и судски поступак углавном допуњају. Предност арбитражног начина решавања спорова потврђује и повољан третман арбитражних пресуда од стране националних правних система, тако што се арбитража мање везује за национално право развијајући праксу одлучивања по правичности, општим принципима, трговачким обичајима. У настојању уговорних страна да избегну решавање спорова пред државним судовима у чију независност, непристрасност и ефикасност неретко изражавају сумњу, арбитража добија на значају.

1. Начини решавања спорова

Могућност арбитражног решавања спорова од посебног је значаја за стране инвеститоре, односно уколико инвестициони спор не може

решити у поступку мирења, страни инвеститор има интерес да се обрати некој страни институционалној или *ad hoc* арбитражи. Претпоставка надлежности арбитраже је постојање пуноважног споразума у форми компромиса или компромисорне клаузуле. Слобода уговорних страна је ограничена арбитрабилношћу појединих врста спорова, односно саговорачи могу пред арбитражом решавати оне спорове чији је предмет уређен диспозитивним прописима. Инвестициони спорови су несумњиво арбитрабилни и не морају обавезно представљати предмет расправе пред државним судом, без обзира на то што је једна страна у уговору држава а друга приватно лице. Ово је посебно важно за страног инвеститора имајући у виду да национални судови могу бити пристрасни и под снажним утицајем законодавне и судске власти своје земље.

Уговорне стране имају могућност да утврде начин решавања спорова *компромисом* прецизирајући предмет спора, избор и састав арбитражног већа арбитражни поступак, меродавно право и др. Осим тога, уговор може садржати *арбитражну клаузулу* са мање или више детаљном садржином, чиме се искључује могућност да, уколико уговорне стране не желе да закључе компромис поводом решавања спора, исти не буде решен уопште. Компромис и компромисорна клаузула имају подједнак значај и представљају правни основ за избор арбитра и конституисање арбитраже. Пословна пракса познаје и друге неформалне облике решавања спорова, као што је *mini trial* поступак и *иосредовање*, с тим што необавезујуће начине решавања насталог спора и предлог решења спора стране нужно прихватају добровољно.

а) Центар за решавање инвестиционих спорова

Потреба за стварањем истински међународног и непристрасног органа за решавање инвестиционих спорова довела је до успостављања механизма специјализоване институционалне арбитраже кроз рад Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID). Центар је основан 1966. године на бази регионалног споразума Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. са задатком деполаризације и денационализације инвестиционих спорова, довођења странке у једнак третман и фаворизовања атмосфере заједничког поверења.¹ Центар за

1 Пре установљења ICSID Центра страни инвеститори су зависили од дипломатске и /или војне заштите државе домаћина. Државе у којима се реализује инвестиција у прошлости су приговарале да се поступак пред ICSID не може сматрати као сагласност на опциону понуду да се покрене арбитража у инвестиционим споровима из билатералних и мултилатералног уговора. Тим поводом Арбитражни суд је у спору *Generation Ukraine* заузео став „... је извесно потврђено да инвеститор може

решавање инвестиционих спорова делује при Међународној банци за обнову и развој у Вашингтону тако што се за сваки конкретни спор образују арбитражни судови, а структура поступка и извршење одлука у целини су одвојени од националних закона. Конвенцијска правила су допуњена управним и финансијским Прописима и правилима; Пословником о раду за покретање мирења и арбитражног поступка; Пословником о раду за спровођење мирења и Пословником о раду за спровођење арбитражног поступка. Најновије измене ICSID Правила ступиле су на снагу 2006. према којим је одређено да трећа лица, која нису странке у спору, могу да интервенишу у поступку и присуствују рочиштима; да је објављивање одлука Центра јавно; јачање независности арбитра као и ограничавање накнада које могу наплатити арбитра и др. Надлежност Центра претпоставља испуњеност услова у погледу статуса странака, њихове сагласности и природе предметног спора, и обухвата сваки правни спор између једне државе уговорнице (или саставне власти или органа државе потписнице о којима је та држава обавестила центар) и држављана друге државе уговорнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се стране у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар.² Странка не може једнострано повући сагласност о надлежности Центра.³

Центар је надлежан за решавање спорова између државе која је потписница конвенције и странца који је држављанин друге државе потписнице. Под држављанином државе уговорнице подразумева се:

- а) свако физичко лице које је било држављанин неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору, на дан када су се странке сагласиле да спор изнесу пред посреднике или арбитра, као и на дан кад је молба регистрована сходно чл. 28. ст. 3. или чл. 3, али не обухвата лице које је или једног или другог од ова два дана било такође држављанин државе уговорнице која је странка у спору; и
- б) свако правно лице које је имало припадност неке државе уговорнице, изузев државе странке у спору на дан када су се странке сагласиле да спор изнесу пред посреднике или арбитра, и свако правно лице које је тог дана имало држављанство држа-

да прихвати понуду државе на арбитражу пред ИЦСИД на основу билатералног инвестиционог уговора. Не постоји ништа у билатералном уговору што би могло да сугерише да инвеститор мора да своју сагласност достави директно држави у другачијој форми“. Вид. *Generation Ukraine v. Ukraine*, judgment of 16. September 2003, 10 ICSID reports 240, paragraph 12.2.

2 В. Stern, „Comments – International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System“, (1999) 16(2) *Int'l Arb* 118, 127–128.

3 Вашингтонска конвенција, чл. 25, ст. 1.

ве уговорнице странке у спору, а које су се странке сагласиле да због стране контроле третирају као држављанина друге државе потписнице за сврхе ове конвенције.⁴

Поред тога, непходно је да спор буде правне природе, односно да се тиче тумачења и примене одредаба уговора о страним улагањима, закона и подзаконских аката. Надлежност Центра се може засновати арбитражним споразумом садржаним у уговору о улагању између државе и страног улагача или закљученим посебно између државе и страног улагача; одредбом садржаном у националном закону о страним улагањима којом се држава унапред подвргава надлежности Центра; и одредбом садржаном у двостраном или вишестраном међународном уговору којом се државе унапред подвргавају надлежности Центра⁵. У последња два случаја држава пристаје да буде тужена пред овом институцијом од стране било ког приватног улагача на основу закона или закљученог и потврђеног споразума који регулише предмет спора.⁶ Крај XX века карактерише експанзија билатералних споразума који садрже пристанак држава чланица на ICSID арбитражу. Упркос томе што инвеститор није дужан да прихвати арбитражну понуду, билатерални инвестициони споразуми представљају најзначајнији извор надлежности ICSID-а, а број инвестиционих спорова на основу одредаба садржаних у двостраним уговорима прогресивно расте.⁷ Уговори о заштити

4 Вид. Вашингтонска конвенција, чл. 25, ст. 1 и 2. У тексту се даје објашњење термина Contracting State. Конвенција не поставља критеријуме за одређивање припадности правног лица, што се обично уређује двостраним споразумима о заштити инвестиција тј. споразуми садрже појам „инвестиција“ али и појам „инвеститор из друге државе уговорнице“. Пример, *Tokios Tokéles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18.

5 Тако је привредно друштво MNSS B.V i Recupero Credito Acciaio N V покренула спор против Црне Горе у вези са инвестицијама MNSS (Montenegro speshlti stils) и RCA у односу на Жељезару Никшић ад у стечају, у складу са ICSID Додатним правилима. Захтев је регистрован од стране Генералног секретара 6. децембра 2012: ICSID Case No.Arb (AF)/12/8. Основ за покретање арбитражног поступка је билатерални инвестициони Споразум између Краљевине Холандије и бивше СР Југославије од 29. јануара 2002. Споразум је обавезујући за Црну Гору као део бивше СРЈ; KUNSTTRANS Holding GMBH i Kunstrans d.o.o Београд поднели су захтев за покретање поступка против Републике Србије у складу са Вашингтонском конвенцијом и Институционалним правилима ICSID-а. Основ за покретање арбитражног поступка је Споразум између СРЈ и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања од 12. октобра 2001. Фирма Kunstrans се бави складиштењем слика и пред међународном арбитражом на име изгубљене добити од Србије потражује неколико милиона евра.

6 Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова Њосвећен њроф. Миодрају Трајковићу* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 514.

7 M. Stevens, ICSID and Bilateral Investment Treaties, IBA Sektion on Business Law, Arbitration and ADR, june 2001, 37; A. Broches, The Convention on the Settlemnt of In-

инвестиција најчешће предвиђају покретање арбитражног поступка на основу Допунских правила ICSID (Additional Facility Rules) чак и када једна од две државе није уговорница Вашингтонске конвенције.⁸ Неколико вишестраних уговора садрже одредбу о решавању спорова између страног инвеститора и државе домаћина, међу којима је споразум NAFTA (North American Free Trade Agreement-Северноамерички споразум о слободној трговини– САД, Канада, Мексико) из 1993, протокол из Буенос Аиреса о унапређењу и заштити улагања унутар Меркосура (Јужноамерички трговински блок-заједничко тржиште између Аргентине, Бразила, Парагваја и Уругваја) и земаља које нису чланице Меркосура, у оквиру уговора из Асунсиона из 1991; Уговор о Повељи о енергији (Energy Charter Treaty) из 1995.

Поступак пред ICSID арбитражом подразумева постојање пуноважног арбитражног споразума, који се унеколико разликује од класичног арбитражног споразума када су део двостраног уговора.⁹ Наиме, Вашингтонска конвенција предвиђа да се спорови могу решавати путем међународне концилијације (мирењем, посредовањем) или путем арбитраже Помоћно тело Центра поступа са циљем да олакша поступак арбитражног решавања спорова, примењујући сопствена арбитражна правила. Арбитражна клаузула о решавању спорова има правно дејство само ако је претходно одобрена од стране Генералног секретара ICSID. Арбитража је у правом смислу речи делокализована и интернационална, односно не потпада под процесну контролу неког националног законодавства.

У поступку концилијације, захтев за посредовањем тј. мирењем треба да садржи податке о предмету спора, о странкама и њихов пристанак на посредовање, сходно правилима о покретању поступка посредовања и арбитраже. Генерални секретар има дужност да странке одмах обавести о извршеној регистрацији или о одбијању регистрације поднетог захтева.¹⁰ Комисија за посредовање састоји се од једног или непарног броја посредника, именованих на темељу споразума страна-

vestment Disputes Between States and Nationals of Other States,136; RCADI, 1972, 389. Од укупног броја случајева решаваних пред ICSID четвртина отпада на Источну Европу и Средњу Азију, 24% на Јужну Америку, а 7% на Западну Европу. Највише арбитражних спорова у оквиру ICSID везано је за нафту, плин и рударство, затим за енергетски сектор 17% и друге индустрије 12%. Највише регистрованих арбитража има Аргентина (153).

8 Нпр. чл. 24 Модел Bilateral Investments Treaties SAD и чл. 1120 NAFTA.

9 Нпр. Asian Agricultural Products Ltd. w. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. Arb/87/3 award 27 June 1990.

10 Механизам претходног решавања спорова примењиван је и у великим међународним инвестиционим пословима и аранжманима, каква је била изградња тунела испод Ламанша.

ка. Поступак посредовања се води у складу са одредбама Конвенције и Правилника о посредовању, уколико се странке нису другачије споразумеле. Комисија има задатак да идентификује и разјасни спорна питања између странака у спору, уз настојање да странке постигну споразум и о томе саставља извештај. Уколико странке не постигну споразум комисија закључује поступак посредовања и констатује да странка није учествовала у поступку посредовања или да странке нису постигле споразум.

2. ICSID арбитража

Свака држава потписница или држављанин потписнице Вашингтонске конвенције може да покрене арбитражни поступак, упућивањем писаног захтева Генералном секретару Центра који препис доставља другој странци.¹¹ Арбитражни суд при ICSID образује се у најкраћем могућем року после регистрације тужбеног захтева, а састоји се од једног арбитра или непарног броја арбитра који се одређује споразумом странака. Уколико су странке пропустиле да постигну договор о броју арбитра и начину именовања арбитражни суд чине три арбитра, одређених од стране странака у спору, док трећег одређују странке споразумно. Арбитражни поступак се води сагласно одредбама Конвенције и ако се странке нису другачије споразумеле, према Правилнику о арбитражи. У току арбитражног поступка суд није овлашћен да изриче привремене мере, осим ако то захтевају околности конкретног спора у ком случају арбитража може дати препоруку за њихово предузимање ради заштите права странака надлежном државном органу. Арбитражни суд доноси одлуку већином гласова својих чланова тако што је сваки члан суда овлашћен да приложи арбитражној одлуци посебно мишљење, независно од тога да ли се слаже са већином, уз обавезно образложење о неслагању. Генерални секретар има дужност да странкама, без одлагања, достави оверене преписе арбитражне одлуке.

Вашингтонска конвенција предвиђа да свака страна може да затражи тумачење арбитражне одлуке подношењем захтева Генералном секретару Центра. У том случају арбитража која је донела одлуку, или нова арбитража, има могућност да одложи извршење одлуке до решавања по захтеву за тумачењем.¹²

Упоредо са тим, Конвенција предвиђа и могућност контроле арбитражног решавања спора као и правна средства која странка може

11 Србија је положила инструменте ратификације Вашингтонске конвенције 9. маја 2007. Више података доступно на адреси: www.worldbank.org.

12 Вид. чл. 50 Конвенције.

да истиче против арбитражне одлуке, односно *захтев за ревизију одлуке* и *захтев за њоноишијој одлуке*. У случају промењених околности тј. откривања нове/их чињеница које суштински утичу на одлуку, странке могу захтевати ревизију арбитражне одлуке, о чему решава арбитража која је одлуку донела или новообразовани арбитражни суд. Док не одлучи по захтеву за ревизијом арбитражни суд може одложити извршење арбитражне одлуке.

Свака страна у арбитражном спору може да поднесе захтев за поништај арбитражне одлуке Генералном секретару Центра. Захтев се подноси из једног или више Конвенцијом предвиђених разлога: неправилног конституисања арбитражног суда; несавесног понашања једног члана суда (као што је околност да је био подмићен); битних повреда правила поступка; недостатка образложења односно објашњења основа на којима се темељи одлука. После пријема захтева за поништај арбитражне одлуке председник Административног савета је дужан да образује *ad hoc* одбор од три члана са листе арбитра. Одбор може да поништи арбитражну одлуку у целини или делимично, из разлога наведених у захтеву и одређених конвенцијом. Уколико одлука буде поништена свака странка у спору има могућност да поново покрене спор пред новим арбитражним судом који ће се формирати у предвиђеном поступку.¹³

Странке имају обавезу да се повинују арбитражној одлуци, изузев ако је извршење обустављено на основу конвенције.¹⁴ Све државе чланице Вашингтонске конвенције дужне су да признају обавезност одлука донетих на основу конвенцијских одредаба и да обезбеде извршење новчаних обавеза одређених арбитражном одлуком. Странка која подноси захтев за признање и извршење одлуке на територији државе потписнице дужна је да достави надлежном суду или другом органу препис одлуке коју је оверио Генерални секретар Центра. Извршење се спроводи по правилима о принудном извршењу која важе у држави на чијој се територији тражи извршење.¹⁵

Вашингтонском конвенцијом је створена јединствена специјализована институционална арбитража¹⁶ за решавање спорова произашлих из различитих облика инвестиционих улагања.¹⁷ Међународни Центар

13 Вид. чл. 52 Конвенције.

14 Вид. чл. 53 Конвенције.

15 Вид. чл. 54 Конвенције.

16 Aleksandar Goldštajn, Siniša Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Naučna knjiga, Zagreb, 1987, 365–405.

17 Интересантну одредбу у том погледу садржи Рударски закон Саудијске Арабије који предвиђа решавање спора концесионара и коцедента пред Board of Concession Appeals а једини начин да се избегне надлежност овог тела за решавање

за решавање инвестиционих спорова између државе и грађана других држава, уз Арбитражни суд Међународне трговинске коморе у Паризу, по својим карактеристикама представља међународну трговачку арбитражу у правом смислу те речи, насупрот већини арбитража које се могу окарактерисати као националне. Судови земље у којој је седиште арбитраже немају никакву супервизорску улогу.¹⁸

а) Примена материјалног права прег ICSID арбитражом

Међународни карактер инвестиционих улагања може се сматрати спомом која повезује целину чињеница које укључују више правних поредака с једне стране и целине правних норми које треба одредити с друге стране. Ова концепција води до примене механизма међународног приватног права које означава меродавно национално право за реализацију улагања. С друге стране међународни карактер инвестиција може се сматрати сведочанством њене припадности транс-националном правном поретку, који постоји заједно са принудама про-изашлим из унутрашњих правних поредака чије разлике настоји да по-степенно апсорбује.

ICSID арбитража је независна од националних правних система што је једна од њених најважнијих карактеристика. Независност је обезбеђена јасним правилима поступка, немогућношћу страног инвеститора да користи „домаће правне путеве“ уколико постоји пуноважна сагласност за решавање спора пред ICSID Центром, својством коначности одлуке ICSID арбитраже, заокруженим правним оквиром који креира међународно право.¹⁹

Вашингтонска конвенција предвиђа три критеријума одређивања меродавног материјалног права:

- правна правила утврђена споразумом странака,
- у одсуству споразума странака примењује се право државе домаћина, укључујући и њена правила о сукобу закона (колизионе норме) као и релевантна правила меродавног права;
- решавање инвестиционог спора у складу са принципом *ex aequo et bono* у случају да су стране изричито овластиле ICSID арбитражу да одлучује на овакав начин.²⁰

концесионог спора јесте уговорна клаузула о надлежности Центра за решавање инвестиционог спора.

18 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 109.

19 Г. Кнежевић, В. Павић, 28.

20 Вид. чл. 42 Конвенције.

Поред тога, Конвенција утврђује хијерархију у примени критеријума за избор меродавног права на изричит и недвосмислен начин. Систем одређивања меродавног права полази од споразума странака али представља и водич арбитрама у поступку одређивања материјалног права које треба применити у случају да су странке пропустиле да изврше избор меродавног права, тако што упућује на примену права државе пријема заједно са правилима међународног права. Сагласност страна о избору меродавног права може упућивати на примену права државе пријема; права треће државе; међународно право; комбинацију правних правила пореклом из различитих правних система; правна правила креирана од стране самих странака. Дакле, стране инвестиционог спора имају могућност да као меродавно изаберу право земље пријема, затим право треће земље или унутрашње право. У складу са колизионим принципом аутономије воље страна, право страна да изаберу меродавно право пред ICSID центром укључује и могућност да откажу тај избор и да се одреде за примену неког другог меродавног права.²¹ Слобода страна у избору меродавног права је ограничена, уколико је избор одређеног права имао за циљ избегавање правила одређеног правног система и уколико је оно у супротности са међународним јавним поретком или домаћим јавним поретком. Центар преваходно води рачуна о избору меродавног права у мери у којој је оно у супротности са међународним јавним поретком.²²

У одсуству споразума странака прва опција ICSID арбитраже јесте примена права земље пријема инвестиционих улагања укључујући и њене колизионе норме. Локално право је оно са којим инвестиције остварују најтешњу везу, имајући у виду измене које могу да поремете уговорну равнотежу те је нормално да се уговор изјасни о утицају измењених прописа на права и обавезе страна. Наиме, држава и инвеститор у уговору могу да унесу стабилизациону клаузулу којом се утврђује да се одредбе унутрашњег права имају схватити према њиховој садржини у тренутку закључења уговора. Осим тога, ICSID арбитража нема право да се огласи ненадлежном уколико не постоје домаће норме у односу на регулисање конкретног аспекта инвестиције, већ се

21 Тако је у спору поводом споразума италијанске компаније В&В и Владе Конга о изградњи и експлоатацији фабрике за производњу пластичних боца током поступка дошло до споразума странака да ИЦСИД арбитража може одлучивати *ex aequo et bono* и поред тога што је уговор садржао клаузулу о меродавном праву. (В&В v. Kongo, 21 I. L.M., 740, 748–750, 1982) Подаци на сајту www.worldbank.org/ICSID.

22 Hirsch, Morche, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 126; Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2006, 252–185.

ослања на примену релевантних правила међународног права.²³ Споразум државе и инвеститора део је процеса интернационализације управо кроз примену међународних правила и принципа.

ICSID Центар је овлашћен да одлучује *ex aequo et bono* и да спор пресуђује на начелима правде и правичности, те се не постављају границе у избору правила за спор у питању. У складу са тим, неопходно је да арбитри базирају одлуку на објективним и рационалним разлозима што би странкама обезбедило сигурност и правичност решења.²⁴

3. Меродавно право за инвестиционе спорове

Вашингтонска конвенција признаје право избора меродавног права у пракси међународних арбитража те странке могу изабрати као меродавно право домаћина, право неке треће државе али и право страног улагача или *lex mercatoria*, опште принципе међународног права и сл. Применом колизионе аутономије воље странке могу да одреде меродавно право за међусобна права и обавезе, с тим што је избор у значајној мери ограничен имајући у виду да су унутрашњи прописи о инвестицијама јавноправни прописи. То би значило да странке немају могућност да избором меродавног права искључе примену императивних одредби и норме јавног поретка земље. У доктрини и пословној пракси постоје супростављени ставови о питању примене меродавног права на стране инвестиције. По једном, који полази од примата међународног над унутрашњим правом, на инвестициони однос увек треба применити међународно право, док друго становиште полази од тога да кроз стране инвестиције држава не може ограничити вршење својих суверених права, те је увек меродавно право државе домаћина.

Теорија о примени међународног права тежи интернационализацији инвестиционих улагања и подвлачи њихов међународноправни значај. Присталице ове теорије полазе од тога да је реч о јавноправним уговорима у смислу међународног права, обзиром да су приватни инвеститори потпуно способни да буду носиоци права и обавеза у међународној заједници.²⁵ Инвеститор је равноправан субјект правног односа са државом, па се функционално и претвара у државу.²⁶ Из тих разлога трагање за новим меродавним правним поретком је не-

23 Вид. чл. 42 Конвенције.

24 Тако је у случају *Atlantic Triton ICSID* арбитража била овлашћена да одлучује *ex aequo et bono* и својом одлуком доделила компензацију инвеститору, битно мању од захтеване. Вид. *Atlantic Triton v. Guinea*, 115 *Journal du Droit International* 1981–1988.

25 *Jesup P.C., A Modern Law of Nations*, New York, 1948, 139–141; *Jesup P.C., Transnational Law*, New York, 1956, 13.

26 *Zemanek K., Das Vertragsrecht der Internationalen Organisationen*, Wien, 1957, 21.

потребно, имајући у виду да основни елементи инвестиционог односа представљају истовремено елементе међународног правног поретка. Међународно право је довољно подесно да постави оквире правног односа државе и страног инвеститора, а једини изузетак ће постојати ако се *lex contractus* изричито позива на унутрашње право државе уговорнице, или неко друго национално право у ком случају би се права и обавезе тумачиле по унутрашњем праву или другом праву.²⁷ Пракса сведочи о прихватању ове концепције одређивања меродавног права у једном броју уговора који предвиђају примену међународног права.²⁸ Узимање у обзир решења најрепрезентативнијих националних права од стране међународних арбитража није предмет дискусије, и поред присутне тежње међународних арбитра који лоше познају домаће право да примењују само његова општа начела. Као илустрација би се заправо могло узети решење која би представљало савремену верзију пресуде донете у славном случају шеика Абу Дабија (Abu Dhabia) у којој је арбитар појединац, пошто је сматрао да је локално право сувише неразвијено да би управљало тако сложеном операцијом као што је нафтна концесија исто одстранио, као меродавно, и применио општа правна начела.²⁹

У класичним инвестиционим уговорима се ретко налазе „интереснтне“ клаузуле о меродавном праву која би се позивала на општа правна начела или заједничка начела више националних права, што је случај са другим пословима међународне трговине. Уговор о изградњи тунела испод Ла Манша садржао је клаузулу која се позива на општа начела заједничка енглеском и француском праву, али она није представљала изузетак од правила већ само наставак примене система двоструког колосека који прожима ову операцију од самог почетка.

У међународној законодавној и пословној инвестиционој пракси чешће је као меродавно право примењивано национално право. Пропис о сукобу закона се састоји у томе да инвестициони однос веже за право земље са којом остварује најтешњу везу. С друге стране утицај

27 Verdross A., „Die Sicherung von auslandchen Privatrecchten aus Abkomen zur wirtshhftlichen Entwickleng mit Schiedsklauseln“, *Zeitschrift fur Auslandsches Offentliches Recht und Volkerrecht*, Band 18/1957, 635–651.

28 Пример, уговор између НИОС (nacionalna petrolejska kompanija Irana) са ЕРАП–СО–ФИРАН и СОНОКО (Continental Oil Co.) из 1969. Из арбитражне праксе, спор у којем је међународном праву дат примет у односу на национално право: Техасо Overseas Petroleum Co. And California Asiatic Oil Co. и Либије. Арбитражни суд је закључио да Влада Либије није имала право да прекрши уговорне обавезе према страном инвеститору, без обзира што су декретом национализована сва права, интереси и власништво петролејских компаније. Ово из разлога што уговор Владе Либије и страног инвеститора није подвргнут искључиво либијском унутрашњем праву јер је уговор међународна обавеза извршена на основу међународног права.

29 *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheik Abu Dhabi*, пресуда од 28. 8. 1951. од стране Лорда Асquita of Bishopstona, ICLQ 1952, 247.

места реализације тј. извршења је такав да се уговори о инвестиционом улагању, поистовећује са пословањем некретнинама на које се универзално примењује *lex rei sitae*. У вануговорном спору који се заснива на захтеву за накнаду штете услед експропријације и других аката државе којима се наглашавају права страног улагача треба применити колизионе норме које се односе на вануговорну одговорност за штету а оне ће уобичајено довести до примене националног права државе пријема. Примена домаћег права је несумњиво најадекватнија за уговор о страним улагањима, посебно када је уговор потврђен кроз законску процедуру односно када постоји посебан национални пропис. Такав уговор постаје део унутрашњег права и представља *lex specialis* у односу на друге домаће законе.³⁰ Уговарање националног права оправдано је у случају када сам улагач изрази спремност да се потчини правном систему, на основу сопствене процене инвестиционе климе и сигурности својих инвестиција.

Код међународних инвестиција неопходно је међусобно допуњавање међународног и националног права, тако да Вашингтонска конвенција прихвата комбиновану примену права државе домаћина и општих принципа међународног права као коректива.

Већина савремених система међународног приватног права упућује на право земље у којој се инвестиција реализује или на право земље у којој је улагање претежно лоцирано. Уобичајено је да се арбитражне пресуде изричу у корист примене домаћег права према прописима међународног приватног права или директним локализовањем инвестиционог посла. Домаће право даје арбитрама мало могућности за слободу одлучивања. Другачије је када арбитражи одлучују као пријатељски посредници. Тако у једној арбитражној одлуци ССИ стоји да: „Ћутање уговорних страна да одреде меродавно право претпоставља да су оне признале да није потребно унапред одредити меродавно право, чијом применом би суд донео одлуку о једном или другом питању постављеном у овом случају. Уосталом, када му је дато овлашћење да делује као пријатељски посредник, као што то одређује уговор, арбитражни суд не мора да одлучи које посебно право управља уговорним односом странака. На тој основи, да би решио питања која поставља спор у току, арбитражни суд ће применити општа широко призната начела аутономног међународног трговачког права, без посебног позивања на систем колизионих норми посебног права“.³¹

30 Душан Китић, „Давање концесија страним инвеститорима“, *Судска Ѣракса*, бр. 7/1991,72.

31 *Slučaj CCI br. 3267, запажање S.Jarvin у: Y.Derains, Colection of ICC arbitral awards 1974–1985, 377.*

II Резиме

Светска банка је извршила класификацију страних директних инвестиција полазећи од мотива за инвестирање. За веће инвестиционе подухвате везује се читав низ правних операција из којих произилазе бројне тешкоће и спорови у реализацији и окончању. Они се могу решавати ванинституционалним и институционалним путем, у зависности од тога да ли се спор решава споразумно или се исти препушта суду, односно арбитражи. Специфичност међународних улагања произилази из оних уговорних односа који подлежу јавноправним прописима земље домаћина. У инвестиционом односу постоји асиметричност статуса странака, односно државе као јавноправног субјекта који има суверено право да уређује правни режим економских активности на својој територији и инвеститора, као субјекта приватног права. Примена права меродавног за уговор односи се на општа решења концепта страначке аутономије воље.

Спорови које покрећу инвеститори на темељу арбитражне клаузуле двостраних споразума о заштити и унапређењу инвестиција подлежу решавању пред ICSID Центром. ICSID арбитража налази се на пола пута између међународне јавне и међународне привредне арбитраже, као, неспорно, један од напреднијих система решавања спорова.

Интензивна инвестициона сарадња држава уговорница подстиче учесталост проблематике одређивања меродавног права и начина решавања спора. Упоредо са тим намеће се потреба проучавања арбитражне праксе у оквиру ICSID, у погледу примене материјалноправних начела двостраних уговора, чиме би требало обезбедити сигурност домаћих органа у дочеку страних инвестиција, као и спречавању спорова државе са страним улагачима.

Marija KRVAVAC, PhD
Professor at University of Priština, Faculty of Law, temporarily settled in
Kosovska Mitrovica

ICSID ARBITRATION

Summary

The purpose of the Centre for settlement of investment disputes shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and national another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing.

The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

Disputes initiated by investors on the basis of an arbitration clause in bilateral agreements on protection and improvement of investments are subject to resolution before the ICSID Centre. ICSID arbitration is half-way between international public and international private arbitration as, undisputedly, one of most modern systems in international arbitration which is almost universally accepted.

Key words: *investment disputes, arbitration, states, international.*