

Катарина ТОМИЋ*

ПОЈАМ ИНВЕСТИЦИЈЕ У ПРАКСИ ICSID АРБИТРАЖЕ – ДА ЛИ ЈЕ СЛУЧАЈ SALINI РЕШИО ДИЛЕМУ?

Резиме

Овај чланак бави се једним од услова за заснивање надлежности ICSID-а – проистицањем спора из инвестиције. Имајући у виду да ICSID Конвенција не дефинише појам инвестиције, арбитражни трибунали су се до сада сусретали са случајевима у којима је било неопходно да донесу суд о томе да ли одређена трансакција између привредног друштва и државе представља инвестицију или не. Постоје два приступа: да се остави вољи страна да одлуче да ли се њихов правни однос треба сматрати инвестицијом или да се предложи објективни критеријуми за утврђивање инвестиције. Циљ овог чланка је да понуди преглед приступа које су арбитражни трибунали заузимали у разним случајевима, као и да размотри различите критеријуме за одређивање инвестиције које трибунали користе.

Кључне речи: инвестиција, ICSID, Salini тест

I. Увод

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова, ICSID, као центар за решавање спорова који је администрирао највећи број међународних инвестиционих спорова¹, надлежан је за решавање правних спорова који директно проистичу из инвестиције². Међутим, ICSID Конвенција, која успоставља и уређује ICSID, не дефинише и не обрађује експлицитно појам инвестиције. Сходно томе, трибунали су од самог почетка били суочени са изазовом одређивања трансакција и правних односа који се сматрају инвестицијом у смислу ICSID Конвенције, како би засновали

* студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду

1 About ICSID, International Center for Settlement of Investment Disputes, World Bank, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx>, 10.04.2019.

2 Закон о ратификацији конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 2/2006, чл. 25.

своју надлежност у конкретним случајевима. Да бисмо разумели које су то карактеристике и типови трансакција за које је надлежан *ICSID* у случају настанка спора, тј. шта се сматра инвестицијом у пракси *ICSID* арбитраже, првенствено ћемо узети у обзир сам текст *ICSID* Конвенције и њене пратеће документе. Затим, биће речи о случају *Salini v Morocco*, који је био један од првих случајева који је понудио објективне критеријуме за одређивање инвестиције; и најзад, видећемо како се разумевање појма инвестиције развијало у арбитражној пракси након случаја *Salini*.

II. Појам инвестиције у *ICSID* Конвенцији и пратећим документима

1. *ICSID* Конвенција

Сам текст *ICSID* Конвенције не садржи појам инвестиције и не бави се његовим значењем³. У чл. 25. ст. 1 *ICSID* Конвенције, инвестиција се помиње у контексту заснивања надлежности *ICSID*-а, без прецизирања који би то правни односи тј. трансакције представљале инвестицију.

Међутим, током писања *ICSID* Конвенције, било је речи о појму инвестиције и разматрало се о томе које би то трансакције потпадале под надлежност *ICSID*-а. Како би се обезбедило да ће *ICSID* бити надлежан искључиво за спорове који проистичу из инвестиција, одбор задужен за писање *ICSID* Конвенције при Светској банци је предложио дефиницију инвестиције⁴.

Сходно томе, током *travaux préparatoires* нуђене су различите дефиниције појма инвестиције, али државе нису могле да постигну консензус о значењу инвестиције. Управо због ове немогућности достизања заједничког разумевања појма инвестиције, тј. сагласности о њеном значењу⁵, у финалном тексту *ICSID* Конвенције изостављена је дефиниција инвестиције.

Овакав приступ писаца *ICSID* Конвенције је разумљив: (1) из практичних разлога – током писања није достигнута сагласност о појму

3 Предраг Цветковић, „Услови заснивања надлежности Центра за решавање инвестиционих спорова“, *Liber Amicorum Gašo Knežević*, Београд, 2016, 597.

Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2. издање, Оксфорд, 2012, 61.

4 Anniruddha Rajput, „Defining “Investment”: A Development Perspective“, *Indian Journal of Arbitration Law*, Volume II, Issue 1), 23.

5 A. Rajput, 15.

П. Цветковић, 597.

инвестиције, и (2) због чињенице да овакво решење оставља отвореном могућност да *ICSID* буде надлежан за решавање спорова који проистичу из различитих типова инвестиција, како класичних, нпр. директних или портфолио, тако и новијих попут уговора о трансферу технологије, и сл.⁶

Јасно је, дакле, да сам текст *ICSID* Конвенције не пружа ни какве смернице ни критеријуме за одређивање појма инвестиције. Поставља се питање како онда одредити када је *ICSID* надлежан *rationae materiae*, тј. из којих односа морају да проистекну спорови како би могли да се реше пред *ICSID*-ом?

2. Извештај извршних директора Светске банке

Приликом подношења текста *ICSID* Конвенције Светској банци на потписивање и ратификацију, извршни директори су 18. марта 1965. године поднели и извештај о *ICSID* Конвенцији.

Овај извештај представља сажетак и детаље самог поступка писања *ICSID* Конвенције, укључујући и осврт на неке од најважнијих института које конвенција успоставља. Тако, извештај садржи образложења функција најважнијих органа *ICSID*-а, информације о надлежности центра, детаље о самом поступку, и сл.

У тачки 27. извештаја, извршни директори наводе, између осталог, да појам инвестиције није дефинисан јер је сагласност страна о појму инвестиције кључан елемент за одређивање значења. Ово практично значи је странама остављена могућност да својом сагласношћу воља саме утврде да је њихов однос инвестиционог карактера⁷. Другим речима, дефиниција појма инвестиције је намерно изостављена из текста Конвенције, како би се оставио простор субјективном критеријуму – сагласности страна, да саме одреде да се њихов однос односи на инвестицију. Управо је ова тачка извештаја основ за оно што се назива субјективни приступ у дефинисању појма инвестиције.

Међутим, имајући у виду да је циљ оснивања *ICSID*-а био да буде специфично тело надлежно за решавање баш спорова који проистичу из инвестиција, поставља се питање да ли је оправдано препустити само вољи страна да одреде шта је инвестиција? Другим речима, да ли је потребно увести и објективне критеријуме за одређивање појма инвестиције?

6 А. Rajput, 22.

7 П. Цветковић, 598.

III. Случај *Salini* и његов утицај на арбитражну праксу

Све до случаја *Salini*, трибунали су појму инвестиције приступали на следеће начине: (1) или се нису уопште бавили појмом инвестиције и нису разматрали његово значење јер није улаган приговор ненадлежности под образложењем да спор не проистиче из инвестиције, или (2) су прихватили значење које инвестицији даје билатерални споразум који је на снази⁸.

Тек тридесетак година након доношења *ICSID* Конвенције, трибунали су кренули да разматрају објективне, унапред дефинисане, критеријуме за одређивање појма инвестиције. Кључни случајеви у овом процесу су: (1) *Fedax v Venezuela*⁹, и (2) *Salini v Morocco*¹⁰.

1. Случај *Fedax v Venezuela*

Један од првих случајева који је имао крџијалан утицај на одређивање објективних критеријума за дефинисање инвестиције био је *Fedax v Venezuela*¹¹. У овом случају, држава Венецуела је оспоравала надлежност *ICSID*-а тврдећи да стицање сопствених меница државе Венецуеле индосирањем не представља инвестицију¹².

Утврђујући да ли у конкретном случају спор проистиче из инвестиције, трибунал је понудио пет особина инвестиције: (1) трајност, (2) регуларност профита и прихода, (3) преузимање ризика, (4) допринос тј. улагање у имовини/новцу, и (5) значај тј. допринос развоју државе домаћина¹³. Трибунал је у овој одлуци изнео став да ових пет особина представљају *основне* карактеристике за разликовање инвестиција од других трансакција и уговорних односа¹⁴.

8 Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment“, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (eds. Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer), Kluwer Law International, 2015, 105.

9 *Fedax v Venezuela*, Одлука о надлежности, 11. јул 1997. године, *ICSID Case No. ARB/96/3*.

10 *Salini v Morocco*, Одлука о надлежности, 23. јул 2001. године, *ICSID Case No. ARB/00/4*.

11 R. Dolzer, C. Schreuer, 66, E. Gaillard, Y. Banifatemi, 105.

12 Маја Станивуковић, *ICSID* и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије, *Liber amicorum Dobrosav Mitrović* (eds. Весна Ракић-Водинелић, Гашо Кнежевић), Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, 2007, 10.

13 R. Dolzer, C. Schreuer, 66.

14 Laurens J.E. Timmer, „The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre“, *Journal of International Arbitration*, Volume 29 Issue 4, 2012, 367.

Након што је размотрио све околности конкретног случаја, трибунал је у случају *Fedax v Venezuela* дошао до закључка да се ради о инвестицији и засновао своју надлежност¹⁵. Овакав приступ трибунала даје повода дискусији и предмет је бројних критика од тада. Разлог оваквих критика је да се сматра да овакав приступ сувише широко тумачи појам инвестиције по *ICSID* Конвенцији и да у суштини омогућава да се свака финансијска трансакција сматра инвестицијом¹⁶. Оно што је неоспориво је да је случај *Fedax v Venezuela* значајан јер први пут у пракси *ICSID*-а нуди објективне критеријуме за одређивање инвестиције, на које се многи трибунали позивају и данас.

2. Случај *Salini v Morocco*

Случај *Salini v Morocco* представља типичан грађевински спор који се водио због неплаћања накнаде за изградњу аутопута у Мароку¹⁷. Држава Мароко, као тужени, је такође оспоравала надлежност *ICSID*-а, између осталог, под образложењем да спор не проистиче из инвестиције¹⁸.

Начелно, док се бавио питањем постојања инвестиције, трибунал је констатовао да услов инвестиције из члана 25. *ICSID* Конвенције мора да се посматра као објективни критеријум за заснивање надлежности *ICSID*-а¹⁹.

Конкретно, настављајући посао који је започео трибунал у случају *Fedax*, трибунал је редефинисао критеријуме за одређивање инвестиције у случају *Salini*. Наиме, трибунал је дошао до закључка да испуњење критеријума (2) изнад (постојање регуларности профита и прихода) није неопходно да би се одређена трансакција сматрала инвестицијом. Сходно томе, *Salini* трибунал је понудио тест, који се данас назива *Salini* тест, и навео се правни однос може сматрати инвестицијом ако:

- (1) представља улог у имовини или новцу,
- (2) траје одређени период,
- (3) инкорпорише елемент ризика, и
- (4) доприноси развоју земље домаћина²⁰.

15 М. Станивуковић, 11.

16 М. Sasson, 136.

17 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 99.

18 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 99.

19 М. Sasson, 137.

20 L.J.E. Timmer, 367.

A. Rajput, 13.

Интересантно је да је трибунал задржао критеријум доприноса развијању земље домаћина. Иако можда наизглед делује као превише широк и нејасан критеријум, трибунал је истакао у одлуци да га преамбула *ICSID* Конвенције наводи као један од основних циљева²¹. Трибунал наводи у овом случају да се допринос држави не може оспорити јер изградња аутопута неминовно представља посао који би требало да предузме држава или јавна служба²². Из овога се може извући закључак да би допринос држави домаћина постојао у свакој ситуацији када инвестиција представља посао тј. радњу коју би требало да обави држава (попут изградње инфраструктуре).

Управо је овај критеријум *Salini* теста најконтроверзнији и највише критикован. Узрок ових критика су аргументи да допринос развоју државе домаћина није релевантан критеријум јер не разликује трансакције које су инвестиције или не. Конкретно, није тачно да све стране инвестиције доприносе развоју државе домаћина, као што није тачно ни да су све трансакције које доприносе развоју државе инвестиције²³.

Такође, оно што се може приговорити је да је приступ трибунала у овом случају у директној супротности са ставом који су имали писци *ICSID* Конвенције, чија је намера била ²⁴да препусте разумевање инвестиције диспозицији страна²⁵, што се пре свега може видети и из Извештаја извршних директора Светске банке (вид. 1. b) изнад).

У сваком случају, случај *Salini v Morocco* у арбитражну праксу уводи објективни приступ разумевању појма инвестиције. Сходно томе, овај случај је извршио велики утицај на трибунале који су разматрали појам инвестиције²⁶, и представља преседан у пракси *ICSID* арбитраже када је реч о *rationae materiae* услову заснивања надлежности *ICSID*-а.

IV. Пост-Салини ера

1. Прихватање *Salini* теста

Објективни приступ који у праксу *ICSID*-а уводи случај *Salini* кроз свој тест су начелно прихватили многи трибунали.

21 Закон о ратификацији конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, бр. 2/2006, преамбула.

22 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 104.

23 A. Rajput, 26.

24 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 108.

25 M. Sasson, 138.

26 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 104.

На пример, у случају *RSM v Central African Republic*²⁷, америчка компанија *RSM* која није могла да изврши истраживања нафте и прикупи сеизмичке податке обратила се *ICSID*-у ради решавања спора. Са намером да оспори надлежност *ICSID*-а, Централноафричка република тврдила је да поменути правни посао не представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције. Како би решио ово питање, трибунал је применио *Salini* тест и дошао до закључка да склапање уговора о истраживањима нафте представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције јер доприноси економији државе, јер се ради о ризичном подухвату који траје дужи временски период и подразумева улагање²⁸.

Исто тако, у случају *Bureau Veritas v Paraguay*, чији је повод то што Парагвај није платио накнаду за вршење програма инспекције добара пре отпремања, трибунал је прихватио објективне критеријуме за одређивање инвестиције²⁹.

Током поступања у случају *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt*³⁰, како би донео одлуку о томе да ли замена рударских постројења представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције, или пуки уговор о купопродаји (како је тврдио Египат оспоравајући надлежност *ICSID*-а), трибунал је такође применио критеријуме садржане у *Salini* тесту. Закључак трибунала је био да се ради о инвестицији³¹.

Могуће због чињенице да је најзад понудио опипљиве критеријуме за утврђивање инвестиције, случај *Salini* је трибуналима који су одлучивали о значењу инвестиције дао јасне препоруке и упутства.

2. Модификација *Salini* теста

Иако веома утицајан, случај *Salini* је често критикован, како због чињенице да експлицитно препоручује објективни приступ одређивању појма инвестиције, као због самих критеријума које нуди.

27 RSM Production Corporation v. Central African Republic, Одлука о надлежности, 7. децембар 2010. године, ICSID Case No. ARB/07/02.

28 Dietmar W. Prager, Samantha J. Rowe, „RSM Production Corporation v. Central African Republic, Decision on Competence and Responsibility, ICSID Case No. ARB/07/02, 7 December 2010“, *A contribution by the ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, 2.

29 E. Gaillard, Y. Banifatemi, 110.

30 Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt, Одлука о надлежности 6. август 2004. године, ICSID Case No. ARB/03/11.

31 Alex Grabowski, „The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini“, *Chicago Journal of International Law*, Volume 15, Number, 2014, 297.

Као што је већ поменуто, критеријум да трансакција мора да доприноси развоју земље домаћина да би се сматрала инвестицијом један од најчешће оспораваних критеријума *Salini* теста.

У случају *Saba Fakes v Turkey*³², почетна тачка трибунала за разматрање да ли трансакција која је била у питању представља инвестицију је био *Salini* тест³³. Међутим, трибунал се базирао на чисто језичком тумачењу речи инвестиција³⁴, и сходно томе, разматрао само постојање ризика, доприношење тј. улагање и трајање трансакције као критеријуме. Другим речима, трибунал у оцем случају није узео у обзир критеријум доприноса развоју земље домаћина³⁵.

Исти резон је имао трибунал и у случају *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*³⁶. Наиме, трибунал је кренуо од *Salini* теста као смернице за одређивање инвестиције и затим констатовао да је развој арбитражне праксе дошао до тога да су само три елемента инвестиције неопходна – ризик, улагање и трајање³⁷.

Критеријум доприноса развоју државе домаћина критикован је и у случају *Philip Morris v Uruguay*³⁸, где је трибунал заузео став да *Salini* тест генерално не представља сет обавезних правних услова, и да се поготову критеријум доприноса развоју државе домаћина не може смтрати обавезним елементом³⁹.

Такође, у случају *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v The Republic of Chile*⁴⁰, трибунал је био на становишту да се допри-

32 *Saba Fakes v Turkey*, ICSID Case No ARB/07/20.

33 Alejandro Garcia, ICSID tribunal considers Salini criteria, 2013, доступно на адреси: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-525-4681?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>, 20.04.2019., 6.

34 A. Grabowski, 298.

35 ICSID tribunal redefines requirements for investment, доступно на: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-8522?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-8522?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1), 20.04.2019.

36 *Deutsche Bank AG v Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/09/02.

37 A. Garcia, ICSID tribunal considers Salini criteria, 4.

38 *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

39 Noradèle Radjai, Franz X. Stirnimann, „Chapter 7: Investment Arbitration in Switzerland“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (ed. Manuel Arroyo), Kluwer Law International, 2018, 1074.

40 *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. The Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, 8. мај 2008. године.

нос развоју државе домаћина не може сматрати конститутивним елементом инвестиције јер такав допринос само последица, а не и услов за постојање инвестиције.

Међутим, модификација *Salini* теста није ишла само у смеру смањивања броја критеријума за одређивање инвестиције. Напротив, у случају *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*⁴¹, трибунал је изнео став да сем 4 критеријума садржана у *Salini* тесту, да би се одређена трансакција сматрала инвестицијом, неопходно је и да буде учињена у складу са законима државе домаћина, као и да буде *bona fides* правни посао, тј. учињена у доброј вери.

Имајући у виду текст саме *ICSID* Конвенције, као и текст извештаја извршних директора који је поднет уз њу, чини се да критике које су упућене *Salini* тесту, попут изостанка неопходности доприноса развоју државе домаћина, оправдане.

V. Закључак

Нема сумње да су писци *ICSID* Конвенције имали намеру да се странама остави да одлуче да ли се њихов однос сматра инвестицијом или не.

Исто тако, јасно је да су се трибунали у пракси *ICSID* арбитраже налазили у незавидним позицијама када су били суочени са потребом да одлуче да ли нека трансакција представља инвестицију у смислу *ICSID* Конвенције. Разлог је то што од њиховог разумевања самог појма инвестиције зависи да ли ће *ICSID* бити надлежан да одлучује о спору у конкретном случају.

Управо из овог разлога је трибунал у случају *Salini* понудио објективне критеријуме за утврђивање појма инвестиције. Иако се о свим критеријумима које предлаже *Salini* тест може дискутовати, са правом су трибунали у многим случајевима критиковали услов доприноса развоју државе домаћина.

Сходно свему наведеном, иако очигледно није адекватан да се дословце примени у свакој ситуацији у којој је неопходно одлучити да ли нека трансакција представља инвестицију, *Salini* тест трибуналима нуди корисна и индикативна упутства тј. путоказе. У складу са тим, чини се да са случај *Salini* није *pro futuro* решио дилему појма инвестиције али му се

41 Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15. април 2009. године.

не може оспорити да је, успоставивши објективне критеријуме, трибуналима значајно олакшао одлучивање о томе које правне односе треба сматрати инвестицијама.

Katarina TOMIĆ,

LLM student at the Faculty of Law at the University of Belgrade

**NOTION OF INVESTMENT IN ICSID ARBITRATION CASE LAW
– HAS THE SALINI CASE RESOLVED THE DILEMMA?**

Summary

This article deals with one of the conditions for ICSID jurisdiction – that the dispute arises out of the investment. Keeping in mind that ICSID Convention does not define the notion of investment, arbitral tribunals have been facing so far the cases during which it was necessary to decide whether a specific transaction between a company and a state represents an investment or not. There are two approaches: to leave to the parties' disposition to decide whether their relationship should be considered as an investment or to propose objective criteria for determining an investment. The aim of this article is to propose an overview of the approaches that the arbitral tribunals have been taking in different cases, as well as to consider different criteria for determination of an investment used by the tribunals.

Key words: *investment, ICSID, Salini test*