
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 341.638:339.727.22/.24

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22307A

Милица ЊЕГОВАН*

докторанд Универзитета у Новом Саду – Правног факултета
стручни сарадник Универзитета у Новом Саду – Факултета
техничких наука, Србија

ИЗАЗОВИ РЕФОРМЕ МЕХАНИЗМА РЕШАВАЊА ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА**

Сажетак

Критичке упућене процесном механизму решавања спорова између страних улађача и држава пријема улађања, односно инвестиционој арбитражи, довеле су до различитих предлога и покушаја налажења оптималних реформских опција. У оквиру УНЦИТРАЛ-ове Радне групе III, од 2017. године разматрају се предлози различитих заинтересованих страна. У овом раду анализирани су главне замерке на доминантни систем решавања инвестиционих спорова, као и основне реформске опције које фигурирају у литератури и пракси међународних организација, преваходно УНЦИТРАЛ-а. Иако је овај процес још увек у току, евидентно је да, с једне стране, постоји плурализам различитих интереса и предлога главних актера међународној инвестиционој права, док се, с друге стране, уочава постојање ширег консензуса о неопходности одређених реформи у циљу успостављања и јачања доследности, уједначености

* Електронска адреса аутора: njegovanmilica@yahoo.com.

** Захваљујем проф. др Петру Ђундићу на корисним сугестијама у току писања овог рада.

и непредвидљивости арбитражних одлука. Одређене реформе се већ имплементирају у пракси уишем нових инвестиционих уговора.

Кључне речи: Међународно инвестиционо право. – ISDC. – Реформа. – Инвестициона арбитража.

I Увод

Постојеће међународно инвестиционо право, којим се уређује материја страних улагања на међународном нивоу,¹ већ неколико деценија је предмет бројних и разноврсних критика, и често веома поларизованих дебата, како у погледу материјалноправних одредби о заштити страних улагача, тако и у погледу процесног механизма решавања инвестиционих спорова. Основни разлози за реформу механизма решавања спорова између држава пријема улагања и инвеститора (*Investor-State dispute settlement* – ИСДС) су његова наводна неправичност и нетранспарентност, асиметрија између права и обавеза главних актера, као и неуједначеност у тумачењу кључних одредби уговора у одлукама које доносе различити арбитражни судови. Овај механизам се чак назива „неморалном правном структуром“,² јер фаворизује корпоративне интересе, чиме се доводи у питање његова легитимност.³

Као првобитни одговор на незадовољство постојећим системом процесне заштите страних улагања јављале су се разноврсне унилатералне, билатералне и мултилатералне иницијативе.⁴ Временом су и велике међународне организације почеле да раде на сопственим реформским плановима, међу којима је најзначајнији актуелни пројекат Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (*United Nations Commission on International Trade Law* – УНЦИТРАЛ). Радна група је добила задатак да прво идентификује и размотри све критике које се тичу тренутног механизма решавања спорова, затим да утврди да ли

1 Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, 10.

2 Sharon Schmidt, *Austria: Thoughts on the legitimacy, sustainability and future of ISDS in times of crisis*, 2020, доступно на адреси: <https://www.mondaq.com/austria/operational-impacts-and-strategy/988580/thoughts-on-the-legitimacy-sustainability-and-future-of-isds-in-times-of-crisis>, 28. 6. 2022.

3 Међу првима је о овоме писала Susan D. Franck, „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions“, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Nr. 4/2005, 1521.

4 Chiara Giorgetti, Laura Létourneau-Tremblay, Daniel Behn, Malcolm Langford, „Reforming International Investment Arbitration: an Introduction“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 18, 2019, 304.

је реформа пожељна и да развије оптимална решења која ће бити предложена УНЦИТРАЛ-у. Радни план је да се предлози реформи заокруже до 2024. и да се усвоје у Уједињеним нацијама 2025. године.⁵

С друге стране, разуме се, постојећи систем решавања инвестиционих спорова има и своје присталице и очигледне предности. На пример, наводи се да постојећи режим заштите страних улагања доприноси економском расту и подизању животног стандарда, како у државама извозницама, тако и у државама увозницама капитала,⁶ јер правна сигурност за стране улагаче доприноси њиховој отворености за додатна улагања.

Имајући у виду савремену глобализовану економију и важност страних улагања за њено функционисање, ова тема има велики значај, нарочито за државе у развоју и транзицији, каква је и Република Србија. У овом раду прво су анализирани основне замерке које се упућују постојећој инвестиционој арбитражи. Затим су сажето изложени најважнији предложени правци њених реформи, првеасходно на основу рада у оквиру УНЦИТРАЛ-а, као и најновије критике које прате поједине од тих реформских опција. На крају, изнет је закључак.

II Критике упућене инвестиционој арбитражи

Бројне и разноврсне критике упућене доминантном механизму решавања инвестиционих спорова, то јест инвестиционој арбитражи од стране различитих међународних актера, попут правника, држава, међународних владиних и невладиних организација, па и шире јавности, можемо рашчланити на неколико кључних проблема.

1. Проблем саме природе инвестиционе арбитраже

Критичари постојећег концепта решавања инвестиционих спорова сматрају неправичном могућност страног улагача, приватноправног субјекта, да тужи суверену државу пред међународним форумом, док држава, као јавноправни ентитет, у односу на страног улагача, у највећем броју случајева, то право нема или је оно веома ограничено.⁷

5 United Nations, UNCITRAL Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, доступно на адреси: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Submissions/Others/UNCITRAL.pdf>, 13. 7. 2022, 5.

6 Stephan W. Schill, „Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2011, 61 и даље.

7 Ипак, у скорије време се све више јављају инвестициони споразуми који омогућују подношење противтужбе од стране тужене државе, чешће имплицитно, а ређе

Сматра се да се на тај начин фаворизује инвеститор, а што је последица неравнотеже заштите између држава и инвеститора у одредбама самих БИТ-ова.⁸ Инвестициона арбитража се у критички настројеној правној доктрини посматра и кроз призму нарушавања државног суверенитета,⁹ јер одредбе БИТ-ова спречавају изненадне промене закона у држави пријема улагања. Овај феномен се назива *regulatory chill*¹⁰ и представља уздржавање државе да делује у циљу заштите јавних интереса како би избегла да буде тужена.¹¹

2. Проблем независности и непристрасности арбитра

С обзиром на то да су арбитражи плаћени за своје услуге, сматра се да имају интерес да се овакав режим решавања спорова одржи на снази, односно да нису непристрасни у одлучивању.¹² За разлику од државног правосуђа, арбитражи се бирају из редова правника који се баве инвестиционом арбитражом и као заступници странака. Иако постоје правила, као што су *IBA Guidelines on Conflict of Interest*,¹³ којима се могу предвидети најдрастичнији случајеви сукоба интереса, остаје бојазан да би арбитражи приликом одлучивања могли да буду под утицајем своје друге улоге, нпр. функције правног заступника у неком другом, одвојеном

експлицитно. На пример, у предмету *Салука йройив Чешке Републике*, арбитражни суд је утврдио своју надлежност у „свим споровима...у вези са инвестицијом“, на основу члана 8 чешко-холандског БИТ-а, чиме се начелно дозвољава поступање по противтужби државе. С друге стране, БИТ закључен између Словачке Републике и Ирана изричито дозвољава држави да поднесе противтужбу засновану на „кршењу инвеститорових обавеза према (овом) споразуму да се придржава закона државе пријема улагања“. Споразуми доступни на адреси: <https://icsid.worldbank.org/resources/databases/bilateral-investment-treaties>, 20. 5. 2022.

8 Pierre Collet, „The current European Union investor state dispute settlement reform: a desirable outcome for investment arbitration?“, *NYU Journal of International Law*, Vol. 53, Nr. 3/2021, 692.

9 *Ibid.*, 693.

10 Вид. Kyla Tienhaara, „Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science“, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (eds. Chester Brown, Kate Miles), Cambridge, 2011, 606–628.

11 Haden Choiniere, Vladislav Maksimov, „Investor–State Dispute Settlement and Sustainable Development: Negative Externalities and a Need for Reform“, *AIB Insights*, Vol. 22, Nr. 1/2022, доступно на адреси: <https://insights.aib.world/article/32976-investor-state-dispute-settlement-and-sustainable-development-negative-externalities-and-a-need-for-reform>, 15. 5. 2022, интернет извор без броја стране.

12 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 12.

13 ИВА Смернице о сукобу интереса у међународној арбитражи (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*), доступно на адреси: [IBA-Guidelines-on-Conflict-of-Interest-NOV-2014-FULL.pdf](https://www.international-arbitration-attorney.com/iba-guidelines-on-conflict-of-interest-nov-2014-full.pdf) (international-arbitration-attorney.com), 2. 7. 2022.

предмету, па чак и да покушају да исходују одлуку која ће им у том предмету бити од користи.

3. Проблеми недостатка доследности, уједначености и предвидивости арбитражних одлука

Одлуке арбитражних судова понекад су недоследне, па чак и контрадикторне. Тако, различити арбитражни судови су долазили до различитих решења у веома сличним случајевима, како у погледу права тако и у погледу чињеница, односно нису на исти начин тумачили материјалноправне стандарде заштите.¹⁴ Такве недоследности инвестиционе јуриспруденције могу негативно утицати на предвидивост, ефективност и поверење у инвестициону арбитражу, то јест нарушити њен кредибилитет.¹⁵

Иако у инвестиционој арбитражи формално не постоји *stare decisis* или правило прецедента, пракса показује да се арбитражни судови ипак труде да поштују претходне одлуке других арбитражних судова, чиме се развија *de facto* систем прецедената.¹⁶ Тај став је исказан у случају *Saipem v. Bangladesh*,¹⁷ као и у другим предметима, где је утврђено да арбитражни судови имају „обавезу да допринесу хармоничном развоју инвестиционог права“.¹⁸

14 На пример, арбитражни суд ИКСИД је различито тумачио и одређивао опсерг клаузуле најповлашћеније нације (енг. *most-favoured nation clause* – МФН клаузула) и „кишобран“ клаузуле. У случајевима *Impregilo (Impregilo S.p.A v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion)* и *Maffezini (Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7)*, МФН клаузула је екстензивно тумачена, тако да је омогућавала инвеститору да се позове на примену одредби о процесном механизму за решавање спорова из других споразума. С друге стране, у предмету *Salini & Italstrade (Salini Constutorri S.p.A and Italstrade S.p.A v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13)* примењено је рестриктивно тумачење.

15 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 13.

16 August Reinisch, „Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration“, *Austrian Arbitration Yearbook* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welsler, Gerold Zeiler), Vienna, 2008, 495–510.

17 *Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, ICSID Case No ARB/05/07 67.

18 *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL*, Decision on Jurisdiction, par. 62.

4. Проблем трајања и трошкова арбитраже

Још једна од значајних мањкавости система тиче се дугог трајања поступка и високих трошкова арбитраже. На пример, просечно трајање поступка пред ИКСИД-ом износи 3,6 година,¹⁹ а пред арбитражним судовима који поступају на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а 3,9 година.²⁰ Истраживање које је спровела Медународна асоцијација адвокатских комора (*International Bar Association* – у даљем ИБА) показује да је 95 процената испитаника незадовољно дугим временским периодом трајања арбитраже, као и недоступношћу арбитрара.²¹ Осим тога, велика већина испитаника изразила је забринутост у погледу цене услуга адвоката и експерата, и у мањој мери, накнаде арбитрара. На пример, трошкови заступања у познатом предмету *Јукос њројив Русије* су достигли чак 60 милиона долара.²² У последње време, ИКСИД и друге институције су почеле да се интензивније баве овим проблемима, како би се повећала ефикасност арбитраже.²³

5. Проблем недовољне транспарентности

Иако је тајност, односно поверљивост једно од основних обележја и предности арбитраже уопште, у *инвестиционој* арбитражи често се решава о питањима од јавног интереса, због чега се све више инсистира да одређени подаци и детаљи арбитражног поступка буду доступни јавности. Тако су последњих година изражени захтеви за јавним рочиштима, за доступношћу материјала, поднесака и одлука широј јавности, учешће трећих заинтересованих лица или привредних друштава која нису странке у поступку а имају значајан интерес у арбитражи (*amicusa*),²⁴ те транспарентности финансирања.²⁵

19 Anthony Sinclair, „ICSID Arbitration: how long does it take?“, *Global Arbitration Review*, Vol. 4, Nr. 5/2009, 18–21.

20 Jeffrey Commission, „The duration costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations“, *Vannin Capital Funding in Focus*, 2016, доступно на адреси: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf>, 5. 7. 2022, 9.

21 IBA, Report on the Subcommittee's Investment Treaty Arbitration Survey, 2016, доступно на адреси: https://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2018/12/Investment_Treaty_Arbitration_report_June_2016_FULL.pdf, 5. 7. 2022.

22 *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, 2005, PCA Case No. 2005–04/AA2271887.

23 Више о томе вид. IBA, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration: A report by the IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration*, 2018.

24 Више о томе Петар Ђундић, „Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012, 321–341.

У последње време, изменама арбитражних правила и доношењем одређених правних инструмената поверљивост, односно тајност поступка као традиционалне карактеристике арбитраже слабе и све више уступају место јавности, тј. транспарентности података.²⁶ Међутим, и поред овог развоја догађаја, захтева се додатно повећавање транспарентности, односно изазови у овој области и даље постоје.²⁷

6. Проблем контроле арбитражних одлука

Једно од основних начела арбитражног решавања инвестиционих спорова јесте коначност арбитражне одлуке, односно одсуство жалбеног поступка у коме би се испитивала њена исправност.²⁸ То је општа карактеристика арбитраже, која представља један од разлога њеног уговарања, али која може бити посматрана и као недостатак.²⁹ Контрола арбитражних одлука врши се по правилу пред домаћим судовима, подношењем тужбе за поништај у држави доношења одлуке.

Критике се односе на став да одсуство правог жалбеног механизма онемогућава поништавање погрешних одлука и санкционисање некомпетентних арбитрара. Како инвестициони спорови често укључују питања од јавног значаја, оваква ограничења се сматрају неприхватљивим.³⁰ УНЦИТРАЛ-ова Радна група је навела да су постојећи механизми преиспитивања одлука (као што је ИКСИД контролни механизам) слаби и недовољни, односно да се више баве процесним аспектима арбитраже, а не уједначеношћу, кохерентношћу или исправношћу исхода одлучивања, што је виђено као недостатак и мотив за спровођење реформи.³¹

25 ИВА (2018), 53 и даље.

26 Маја Станивуковић, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2018, 474.

27 Вид. Ondřej Svoboda, „Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough“, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3286595>, 17. 5. 2022.

28 П. Цветковић, 93.

29 Маја Станивуковић, *Међународна арбитража: са одабраним примерима*, Београд, 2013, 19, 30.

30 G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, 14.

31 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), A/CN.9/WG.III/WP.149, 7/21, 2018, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/064/96/PDF/V1806496.pdf?OpenElement>, 17. 5. 2022.

III Предлози за реформу

Могући правци и методи реформе досадашњег механизма решавања инвестиционих спорова су разноврсни. Имајући у виду плуралитет предложених реформи, ради лакшег сагледавања и анализирања, сви ови предлози могу се сврстати у две основне групе.³² Прву би чиниле *структуралне реформе*, дакле промена самог механизма, уз укључивање нових структура, попут мултилатералног инвестиционог суда, апелационог тела, оба истовремено или увођење саветодавног центра за државе у развоју. Другу групу предложених промена чиниле би *процедуралне реформе*, као што су кодекс понашања за арбитраже, уређивање финансирања спорова од трећих лица и проширење могућности противтужби, нови начин бирања арбитра, алтернативни начини решавања спорова, итд.

I. Структуралне реформе

Прва категорија реформских могућности обухвата структуралне, односно институционалне реформе и огледа се у успостављању нових механизма и институција. По свом значају, издваја се неколико основних предлога.

a) *Стални инвестициони суд*

Последњих година значајно су се интензивирале дискусије у погледу стварања сталног инвестиционог суда. Као предности таквог механизма, у односу на постојећи, наводе се постизање кохерентности, усклађености у тумачењу правила и потпуна одвојеност доносилаца одлука у односу на стране у спору, у смислу постизања пуне независности (позиција члана суда и приходи више не зависе од појединачних именована од стране државе или инвеститора у конкретном спору), повећана транспарентност и ефикасност процеса.³³ Најгласнији заговорник успостављања *мултилатералног инвестиционог суда*, који би укључивао што већи број држава, је Европска унија.

УНЦИТРАЛ је идентификовао успостављање међународног суда као једну од опција за реформу током своје 50. сесије, одржане 2017. године.³⁴ Основна питања која треба размотрити тичу се извршавања

32 Сличну поделу можемо наћи у UNCITRAL (2021); и у: С. Giorgetti *et al.*, 2019.

33 European Commission, Factsheet on the Multilateral Investment Court (europa.eu), 2017, доступно на адреси: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf, 7. 2. 2022.

34 UNCITRAL, Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor-State dispute settlement (ISDS), Note by the Secretariat A/CN.9/917, 2017, 8 и даље.

одлука, апелационог механизма, финансирања сталног суда и његових чланова, те селекције и одабира чланова суда.³⁵ Да би осигурали своју независност, судије би попуниле радна места са пуним радним временом, без спољних активности, и са платама упоредивим са другим судским системима. Како би се обезбедила компетентност и објективност, судије би биле репрезентативне у смислу географске заступљености, стручности и родне разноликости.

И поред очигледних предности сталног инвестиционог суда, као што су повећана уједначеност и легитимност одлучивања, ни овај предлог није без својих критичара. На пример, судије именоване у стални мултилатерални суд могу бити изложене политичкој пристрасности, што би обесхрабрило инвеститоре и негативно утицало на повећање инвестиција на глобалном нивоу.³⁶ Затим, све државе би морале да пристану да буду обавезане једним мултилатералним документом, што није реалистично. Многе земље у развоју страхују да би суд био попуњен доносиоцима одлука из економски моћних држава.³⁷

б) Апелационо тело

Предлоге за успостављање апелационог механизма УНЦИТРАЛ-у су поднеле бројне државе и међународне организације (нпр. ЕУ, Мароко, Израел, Јапан). Радна група је затим прелиминарно разматрала основне компоненте овог механизма, које се односе на различите аспекте жалбе, као што су њена природа, могући основи и дејство. У свом извештају из 2022. године, Радна група је навела да су различите компоненте међусобно повезане и да би их требало размотрити, без обзира на то какав облик би такав механизам могао имати – *ad hoc* жалбени механизам, стално самостално апелационо тело или апелациони механизам као други степен сталног суда.

Предложени су и жалбени разлози, који могу обухватити: (1) грешке у тумачењу или примени закона, уз могућност даљег ограничавања жалбе на одређене врсте грешака или на одређена правна питања; и (2) грешке у утврђивању свих релевантних чињеница, укључујући

35 *Ibid.*

36 Joel Dahlquist, At UNCITRAL Working Group sessions, prominent arbitrator Charles Brower cautions against „revolution“ of investor-state arbitration system, *IA Reporter*, доступно на адреси: <https://www.iareporter.com/articles/at-uncitral-working-group-sessions-prominent-arbitrator-charles-brower-cautions-against-revolution-of-investor-state-arbitration-system/>, 15. 5. 2022.

37 Ciarb, CIArb at UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform: Efficiency, Decisions, and Decision Makers, 2019, доступно на адреси: *february-ciarb-isds_discussion-papers.pdf*, 15. 5. 2022, 14–15.

грешку у процени штете.³⁸ О овим и другим могућим опцијама још увек се дискутује.

в) Савештодавни центар

Неколико држава, углавном држава у развоју, предложило је успостављање мултилатералног Саветодавног центра за међународно инвестиционо право, сличног Саветодавном центру за право *Светске трговинске организације* (СТО) у Женеви. Сврха овог центра би била да се позабави главном забринутошћу земаља у развоју: трошковима и трајањем спорова између инвеститора и државе. Што је још важније, Саветодавни центар би помогао државама да изграде сопствене правосудне капацитете и да шире доступне информације о случајевима. Један предлог сугерише да услуге Саветодавног центра првенствено треба да користе владама земаља у развоју.³⁹

Према разматрању Радне групе, Центар би пружао услуге на одржив, приступачан и ефикасан начин; без било каквог спољног утицаја, без преклапања са радом других субјеката, како би се максимално искористили ресурси; и одржавањем поверљивости информација. Основне функције Центра би биле пружање помоћи у медијацији и другим алтернативним методама решавања спорова, различите врсте помоћи и подршке током инвестиционе аритраже и форум за дељење најбољих пракси, укључујући услуге превенције и избегавања спорова, као и друге правне и саветодавне услуге.⁴⁰

2. Процедуралне реформе

Друга врста реформи је превасходно процедуралне природе, и тиче се елиминисања мањкавости постојећег механизма. Сажето ћемо изложити предлоге основа могуће реформе у овим областима.

38 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Appellate mechanism and enforcement issues, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.202, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/39/PDF/V2006539.pdf?OpenElement>, 15. 5. 2022, 3.

39 UNCITRAL, Working Group III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Advisory Centre Note by the Secretariat. A/CN.9/WG.III/WP.212, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V21/090/91/PDF/V2109091.pdf?OpenElement>, 17. 5. 2022.

40 *Ibid.*

а) Кодекс понашања за арбитраже/судије

УНЦИТРАЛ је заједно са ИКСИД-ом припремио Нацрт кодекса понашања, који укључује стандарде примењиве на арбитраже и судије (у оквиру сталног механизма), на основу компаративног прегледа стандарда који су присутни у инвестиционим споразумима, арбитражним правилима и кодексима националних судова. Нацрт такође одражава досадашње разматрање УНЦИТРАЛ-а да он треба да буде обавезујући, као и да садржи конкретизована правила, а не смернице. Циљ је да се обезбеди јединствен приступ захтевима који се примењују на арбитраже и пружи конкретнији садржај уопштеним етичким појмовима и стандардима који се налазе у постојећим инструментима.⁴¹

б) Алтернативни начини решавања спорова

Будући да је уочено да су методе које представљају алтернативу арбитражи у решавању међународних инвестиционих спорова још увек недовољно коришћене, а нарочито медијација, Радна група се позабавила и овим питањем. Навела је да су предности медијације мањи трошкови и већа флексибилност. Међутим, уочене су структуралне, законодавне и политичке препреке за њихову употребу.

У постојећим споразумима већ постоје клаузуле које предвиђају одређени период „хлађења“ (*cooling off period*) пре него што може да се покрене арбитража, али мањи број предвиђа медијацију пре или током тог периода. Дакле, у случају кад инвестициони споразум не прописује медијацију, државама се препоручује да размотре могуће опције, јер уколико споразуми не укључују ниједну одредбу о медијацији и стога захтевају посебан договор страна у спору, то отежава примену арбитражи алтернативних начина решавања спорова, као што је медијација. УНЦИТРАЛ је разматрао различите могуће опције за развој модел-клаузула у инвестиционим уговорима, које су већ присутне у одређеним БИТ-овима.⁴²

41 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Draft Code of Conduct, Note by the Secretariat, доступно на адреси: [V2106811.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_clauses_on_mediation.pdf) (*un.org*), 17. 5. 2022, 2.

42 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Mediation and other forms of alternative dispute resolution (ADR), Note by the Secretariat, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_clauses_on_mediation.pdf, 17. 5. 2022, 2 и даље.

в) Нове методе избора арбитрара

Питање избора арбитрара јавило се као реакција на уочене недостатке независности и непристрасности доносилаца одлука у инвестиционој арбитражи, као и недостатак одговарајуће разноликости арбитрара (тј. инклузивности).⁴³ Критике се нарочито односе на вишеструке улоге арбитрара, које би могле негативно утицати на интегритет арбитраже и независност арбитрара. Што се тиче равноправне заступљености арбитрара, проблем се може илустровати подацима из ИКСИД-овог статистичког годишњака из 2022. године. Наиме, преко 60% арбитрара, миритеља и *ad hoc* чланова одбора су били из Западне Европе (43%) и Северне Америке (20%), од чега су 73% мушкарци, а само 27% посто жене.⁴⁴

УНЦИТРАЛ-ова Радна група је зато разматрала нове методе избора арбитрара, који би требало да буду такви да допринесу правди и да гарантују транспарентност, отвореност, неутралност, одговорност и да одражавају високе етичке стандарде, истовремено обезбеђујући одговарајућу разноликост. Могуће опције укључују (а) метод избора и именовања којим би чланове трибунала бирала *тјрећа страна* која делује као орган за именовање, без икаквог утицаја страна у спору, или са врло ограниченим утицајем; и (б) коришћење унапред утврђене листе или списка арбитрара.⁴⁵ Што се тиче потребних квалификација, арбитрари би требало да буду упознати са међународним јавним правом, међународним трговинским и инвестиционим правом, као и међународним приватним правом; да имају знања о различитим инвестиционим политикама, о питањима одрживог развоја; да имају специфична знања релевантна за спор који је у питању, на пример, знање специфично за одређену индустрију и познавање релевантног домаћег правног система.

и) Сиречавање и ублажавање спорова

Предлози упућени УНЦИТРАЛ-у који се баве питањем спречавања и ублажавања спорова наглашавају да су то средства за побољшање

43 UNCITRAL, Initial Draft, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Selection and appointment of ISDS tribunal members, Note by the Secretariat, доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/en/tribunalselection>, 20. 5. 2022, 2 и даље.

44 ICSID, 2022–1, The ICSID Caseload Statistics (worldbank.org), доступно на адреси: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf, 2. 7. 2022.

45 UNCITRAL, Working group III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Selection and appointment of ISDS tribunal members, Note by the Secretariat, 5, A/CN.9/WG.III/WP.203, доступно на адреси: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/89/PDF/V2006589.pdf?OpenElement>, 25. 5. 2022.

пословног окружења и одржавање страних улагања на одређеном нивоу. У том смислу, предложени модел би се фокусирао првенствено на привлачење, а мање на механизам правне заштите страних улагања. Могући начини превенције спорова укључивали би одређене активности на националном и на међународном нивоу.

На националном нивоу, спомињу се *водећа (главна) агенција*, која је обично законски овлашћена да, поред прикупљања и ширења информација, обавља и координацију са другим владиним агенцијама у циљу развоја политике за спречавање спорова. Другу могућност представља *мајирање информација* и њихово стављање на располагање, као и анализа случајева инвестиционих спорова, како би се обезбедило адекватно познавање обавеза државе и њихово тумачење од стране ИСДС трибунала. На билатералном, односно мултилатералном нивоу предлаже се *сарадња* између држава у спречавању спорова путем заједничких комитета који би редовно размењивали информације у циљу спречавања спорова. Уколико би до спора ипак дошло, примењивао би се механизам за решавање спорова заснован на консултацијама, преговорима и медијацији, о чему је већ било речи.⁴⁶

г) Остале процедуралне реформе

Остали предлози реформи процедуралног карактера везани су за алокацију трошкова арбитраже, трајање поступка, потраживања акционара, обезбеђење трошкова, финансирања од стране трећих лица, неосноване тужбе и друго. Због ограниченог обима овог рада, анализираћемо само неке од наведених реформских опција.

Финансирање од стране трећих лица (*third party funding* – ТПФ) је случај када неко ко није укључен у арбитражу даје средства страни у тој арбитражи у замену за договорену противуслугу. ТПФ има своје присталице, које тврде да се тиме омогућује и олакшава приступ правди, а смањују неосноване тужбе. С друге стране, критичари наводе да ТПФ омогућава одређеним улагачима, и то углавном онима из богатих земаља,⁴⁷ значајна додатна средства да туже државе, чиме се претерано ојачава њихова позиција и повећава број спорова, док терет плаћања

46 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Dispute prevention and mitigation – Means of alternative dispute resolution, Note by the Secretariat, 7. A/CN.9/WG.III/ WP.190, доступно на адреси: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_clauses_on_mediation.pdf, 3. 7. 2022.

47 Frank J. Garcia, The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration, доступно на адреси: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>, 3. 7. 2022.

накнаде штете пада на обичне грађане, пореске обвезнике.⁴⁸ Јавља се и проблем нетранспарентног финансирања, што може да угрози интегритет поступка, јер веза између арбитра и финансијера није саопштена странама у спору.

Због тога, основни захтев који се јавља је да се ТПФ открије свим странама, укључујући и износе. Неке државе предлажу потпуно забрану ТПФ-а или барем увођење санкција у случају кршења обавезе откривања информација. Размотрене су могуће опције за реформу, а од Секретаријата је затражено да припреми нацрт одредби о ТПФ-у. Прописи о ТПФ-у могу се имплементирати на различите начине, као што је укључивање ове опције у инвестиционе уговоре, у арбитражна правила, у домаће законодавство или у мултилатерални инструмент о реформи ИСДС-а.⁴⁹

ђ) Имплементација реформи путем мултилатералног инструмента

Предлози које су државе и други актери подносили не баве се само реформским опцијама, већ и начином њихове имплементације, при чему се наглашава потреба за флексибилним приступом реформи, који би омогућио свакој држави да одабере да ли и у којој мери жели да усвоји реформске опције.⁵⁰ Као један од основних модела за имплементацију реформи наводи се мултилатерални инструмент. Такав инструмент би обухватио различите опције за реформу и интегрисао их у јединствени мултилатерални оквир. Тзв. „кишобран“ конвенција представљала би општи оквир за све постојеће и будуће инвестиционе споразуме, а државе би могле да одлуче да ли ће да прихвате тај оквир.

Међутим, многа питања су још отворена, па се дискутује о томе да ли би се конвенција примењивала аутоматски на све споразуме једне државе, или би држава бирала на које споразуме ће се односити. Такође, питање је и да ли ће државе моћи да прихвате само део система, на пример само апелационо тело, али не и првостепени стални суд. Сличан

48 Kirstin Dodge, Jonathan Barnett, Lucas Macedo, Patryk Kulig, Maria Victoria Gomez, Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules?, доступно на адреси: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, 3. 7. 2022.

49 UNCITRAL, Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-eighth session. A/CN.9/1004, доступно на адреси: [V1910476.pdf \(un.org\)](https://www.un.org/ru/docid/476191.html), 20. 5. 2022, пара. 95, 97.

50 UNCITRAL, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS), Multilateral instrument on ISDS, reform Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.194, доступно на адреси: [V2000315.pdf \(un.org\)](https://www.un.org/ru/docid/476191.html), 3. 7. 2022, 3.

механизам се већ примењује у оквиру *Конвенције УН о трансјаренцији*.⁵¹

3. Критике упућене предлозима реформи

Уопштено говорећи, одређени аутори сматрају да критика инвестиционе арбитраже није подржана ни статистичким доказима, нити праксом међународног арбитражног права.⁵² Што се тиче самог УНЦИТРАЛ-овог пројекта, замера му се да је пажња усмерена искључиво на процедуралне недостатке, а да је занемарен аспект суштинских реформи инвестиционих уговора, односно да не може да се разматра реформа процедуре ако се не реформишу материјалноправни стандарди и одредбе споразума о заштити улагања.⁵³ Такође, одређени аутори сматрају да је став УНЦИТРАЛ-а према питањима људских права двосмислен, односно да се предложене реформе не баве недостатком доследности и кохерентности у тумачењу и примени међународног права људских права у инвестиционој арбитражи.⁵⁴

Без обзира на ове критике, у пракси се одређене реформе већ одвијају путем новозакључених инвестиционих уговора. Тако, према подацима Конференције Уједињених нација о трговини и развоју, осам од девет анализираних инвестиционих споразума закључених током 2020. године садрже најмање једну врсту ограничења механизма решавања спорова, као што су ограничавање одредби уговора које подлежу ИСДС-у, ограничавање временског периода за подношење захтева,⁵⁵ потпуно изостављање ИСДС механизма и друго.⁵⁶ Може се

51 *Ibid.*, 6.

52 Gloria Maria Alvarez, Blazej Blasikiewicz, Tabe van Hoolwerff, Keoplatra Koutouzi, Nikos Lavranos, Mary Mitsi, Emma Spiteri-Gonzi, Adrian Verdegay Mena, Piotr Wilinski, „A Response to the Criticism against ISDS by EFILA“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, Nr. 1/2016, доступно на адреси: https://aura.abdn.ac.uk/bitstream/handle/2164/8805/A_Response_to_the_Criticism_against_ISDS_by_EFILA_.pdf;jsessionid=399660358F1161DCEAA1719F16E64DDE?sequence=1, 2. 7. 2022, 1–36.

53 Naimeh Masumy, ISDS Reform: The Dimmining Yet Discerning Voices of the Global South States, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2021/09/01/isds-reform-the-dimmining-yet-discerning-voices-of-the-global-south-states/>, 17. 5. 2022.

54 Siobhán McInerney-Lankford, Manuela Corredor Vasquez, UNCITRAL WGIII and Human Rights: towards a more balanced ISDS System? 2020, доступно на адреси: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-wgiii-and-human-rights-towards-a-more-balanced-isds-system/>, 3. 7. 2022.

55 Такав је Споразум о свеобухватном економском партнерству (ЦЕПА) између Јужне Кореје и Индонезије (2020), који у члану 7.19 условљава подношење тужбе арбитражном суду у року од три године и шест месеци од када је инвеститор у спору постао свестан, или је разумно требало да буде свестан кршења обавезе из споразума и за губитак или штету коју је претрпео. Извор: Indonesia – Republic

очекивати да ће са напредовањем процеса у УНЦИТРАЛ-у све више заживети одређене реформске опције.

IV Закључак

Иако је инвестициона арбитража још увек главни начин решавања спорова између страних улагача и држава пријема улагања, јер и даље велика већина међународних инвестиционих споразума садржи такву клаузулу, сматра се да, поред несумњивих предности, има и одређене недостатке. То је довело до различитих предлога за спровођење реформи постојећег режима, међу којима је најзначајнији пројекат УНЦИТРАЛ-а.

Предлози за структуралне реформе варирају од ангажовања националних судова, преко медијације, до стварања сталног мултилатералног инвестиционог суда, а процедуралне реформе тичу се различитих аспеката постојећег система, које би требало унапредити.

Плуралитет предложених реформи говори о различитим интересима и визијама држава и осталих заинтересованих страна. У том смислу, уочавају се два основна правца размишљања. Одређени аутори сматрају да превише различитих модела може довести до претеране фрагментарности система, који не би имао довољну институционалну моћ да достигне основни циљ реформе – успостављање и јачање доследности, уједначености и предвидљивости арбитражних одлука.⁵⁷ С друге стране се наводи да је флексибилност једино могуће решење, путем могућности за различите институционалне механизме. Генерална фрагментарност међународног инвестиционог права не мора да се посматра *a priori* као нешто негативно, већ кроз призму повећане слободе и прилагођавања различитим условима и потребама.⁵⁸

У сваком случају, процес разматрања и увођења реформи је у току, и биће важно пратити развој догађаја. Република Србија, која је

of Korea CEPA (2020), доступно на адреси: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4970/indonesia--republic-of-korea-cepa-2020->, 3. 7. 2020.

56 На пример, БИТ Бразил–Индија и Регионално свеобухватно економско партнерство (РЦЕП) су два међународна инвестициона споразума која изостављају одредбе о решавању спорова. РЦЕП наводи да странке треба да започну преговоре о ИСДС-у најкасније две године након његовог ступања на снагу. UNCTAD, World investment report 2021, доступно на адреси: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf, 20. 5. 2022.

57 Catharine Titi, „Who’s Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation“, *AJIL Unbound*, Vol. 112, 2018, 236.

58 Anthea Roberts, „Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration“, *American Journal of International Law*, Vol. 112, Nr. 3/2018, 431.

заинтересована за привлачење страних инвестиција, свакако би требало да активно анализира могуће правце реформе, имајући у виду своје интересе и неопходност проналаска баланса између интереса главних актера међународног инвестиционог права, страних улагача и држава (односно њених грађана), на обострану корист.

Коришћена литература

- Garcia Frank J., *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, доступно на адреси: <https://www.iisd.org/itn/en/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/>, 3. 7. 2022.
- Giorgetti Chiara, Létourneau-Tremblay Laura, Behn Daniel, Langford Malcolm, „Reforming International Investment Arbitration: an Introduction“, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 18, 2019.
- Dahlquist Joel, At UNCITRAL Working Group sessions, prominent arbitrator Charles Brower cautions against „revolution“ of investor-state arbitration system, *IA Reporter*, доступно на адреси: <https://www.iareporter.com/articles/at-uncitral-working-group-sessions-prominent-arbitrator-charles-brower-cautions-against-revolution-of-investor-state-arbitration-system/>, 15. 5. 2022.
- Dodge Kirstin, Barnett Jonathan, Macedo Lucas, Kulig Patryk, Victoria Gomez Maria, *Can Third-Party Funding Find the Right Place in Investment Arbitration Rules?*, доступно на адреси: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/31/can-third-party-funding-find-the-right-place-in-investment-arbitration-rules/>, 3. 7. 2022.
- Ђундић Петар, „Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2012. (Ђундић Петар, „Učesće lica koja nisu stranke u arbitražnom postupku i zaštita javnog interesa pred arbitražnim sudom IKSID“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2012)
- Maria Alvarez Gloria, Blasikiewicz Blazej, van Hoolwerff Tabe, Koutouzi Keoplatra, Lavranos Nikos, Mitsi Mary, Spiteri-Gonzi Emma, Verdegay Mena Adrian, Willinski Piotr, „A Response to the Criticism against ISDS by EFILA“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33, Nr. 1/2016, доступно на адреси: https://aura.abdn.ac.uk/bitstream/handle/2164/8805/A_Response_to_the_Criticism_against_ISDS_by_EFILA_.pdf;jsessionid=399660358F1161DCEAA1719F16E64DDE?sequence=1, 2. 7. 2022.

- Masumy Naimeh, ISDS Reform: The Dimming Yet Discerning Voices of the Global South States, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2021/09/01/isds-reform-the-dimming-yet-discerning-voices-of-the-global-south-states/>, 17. 5. 2022.
- McInerney-Lankford Siobhán, Corredor Vasquez Manuela, UNCITRAL WGIII and Human Rights: towards a more balanced ISDS System? 2020, доступно на адреси: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-wgiii-and-human-rights-towards-a-more-balanced-isds-system/>, 3. 7. 2022.
- Reinisch August, „Investment Arbitration – The Role of Precedent in ICSID Arbitration“, *Austrian Arbitration Yearbook* (eds. Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Irene Welser, Gerold Zeiler), Vienna, 2008.
- Roberts Anthea, „Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration“, *American Journal of International Law*, Vol. 112, Nr. 3/2018.
- Sinclair Anthony, „ICSID Arbitration: how long does it take?“, *Global Arbitration Review*, Vol. 4, Nr. 5/2009.
- Станивуковић Маја, „Јавност и тајност арбитраже“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2018. (Stanivuković Maја, „Javnost i tajnost arbitraže“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2018)
- Станивуковић Маја, *Међународна арбитража: са одабраним прилозима*, Београд, 2013. (Stanivuković Maја, *Međunarodna arbitraža: sa odabranim prilozima*, Beograd, 2013)
- Svoboda Ondřej, „Current State of Transparency in Investment Arbitration: Progress Made But Not Enough“, доступно на адреси: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3286595>, 17. 5. 2022.
- Schill Stephan W., „Enhancing the Legitimacy of International Investment Law: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach“, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, Nr. 1/2011.
- Schmidt Sharon, Austria: Thoughts on the legitimacy, sustainability and future of ISDS in times of crisis, 2020, доступно на адреси: <https://www.mondaq.com/austria/operational-impacts-and-strategy/988580/thoughts-on-the-legitimacy-sustainability-and-future-of-isds-in-times-of-crisis>, 28. 6. 2022.
- Tienhaara Kyla, „Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science“, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (eds. Chester Brown, Kate Miles), Cambridge, 2011.

- Titi Catharine, „Who’s Afraid of Reform? Beware the Risk of Fragmentation“, *AJIL Unbound*, Vol. 112, 2018.
- Franck Susan D., „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions“, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Nr. 4/2005.
- Цветковић Предраг, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007. (Cvetković Predrag, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd, 2007)
- Collet Pierre, „The current European Union investor state dispute settlement reform: a desirable outcome for investment arbitration?“, *NYU Journal of International Law*, Vol. 53, Nr. 3/2021.
- Commission Jeffrey, „The duration costs of ICSID and UNCITRAL investment treaty arbitrations“, *Vannin Capital Funding in Focus*, 2016, доступно на адреси: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2018/07/Duration-and-Costs-of-ICSID-Arbitration.pdf>, 5. 7. 2022.
- Choiniere Haden, Maksimov Vladislav, „Investor–State Dispute Settlement and Sustainable Development: Negative Externalities and a Need for Reform“, *AIB Insights*, Vol. 22, Nr. 1/2022, доступно на адреси: <https://insights.aib.world/article/32976-investor-state-dispute-settlement-and-sustainable-development-negative-externalities-and-a-need-for-reform>, 15. 5. 2022.

Milica NJGOVAN

**PhD Student at the University of Novi Sad Faculty of Law;
expert associate of the University of Novi Sad Faculty of Technical
Sciences, Serbia**

CHALLENGES OF THE INVESTMENT DISPUTE SETTLEMENT REFORM

Summary

Criticisms addressed to the mechanism for resolving disputes between foreign investors and host countries, i.e. investment arbitration, have led to various proposals and attempts to find optimal reform options. Within the framework of UNCITRAL's Working Group III, since 2017 proposals from various stakeholder have been considered. This paper analyzes the main objections to the dominant investor/state dispute settlement system, as well as the most important reform options, which appear in the literature and practice of international organizations, primarily UNCITRAL. Although this process is still ongoing, it is evident that, on the one hand, there is a plurality of different interests and proposals of the main actors of international investment law, while, on the other hand, there is a wider consensus on the necessity of certain reforms in order to establish and strengthen consistency, uniformity and predictability of arbitration decisions. Certain reforms are already being implemented in practice through new investment agreements.

Key words: *International Investment Law. – ISDS. – Reform. – Investment Arbitration.*

Датум пријема рада: 14. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 8. 2022.