

---

# АРБИТРАЖНО, СТЕЧАЈНО И ИЗВРШНО ПРАВО

---

Др *Радован* Д. ВУКАДИНОВИЋ\*

Др *Јелена* ВУКАДИНОВИЋ МАРКОВИЋ\*\*

## АРБИТРАБИЛНОСТ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА ИЗ УГОВОРА О ЕНЕРГЕТСКОЈ ПОВЕЉИ

### Резиме

*Након што је Суд правде Европске уније у одлуци донетој у предмету Ахмеа заузео став да ИСДС клаузула (investor-state-dispute-settlement) у споразуму о заштити и подстицању страних инвестиција, закљученом између Краљевине Холандије у Словачке Републике, (ЕУ интра БиТ) није усклађена са правом ЕУ, Европска комисија је донела Декларацију којом је државама чланицама препоручила да своје интра БиТ-ове или ускладе са правом ЕУ, или једнострано откажу њихову примену. У теорији и у пракси је постављено питање да ли се тумачење о нерабитрабилности које је Суд правде заузео у Ахмеа одлуци може применити и на Споразум о енергетској повељи, у вези чије примене су већ покренути бројни спорови. Аутор сматра да разлози очувања аутономије и јединства правног поретка ЕУ, на које су Суд позвао у Ахмеа одлуци, налажу да нерабитрабилним прогласи и ИСДС механизам из Споразума о енергетској повељи.*

**Кључне речи:** *Уговор о Енергетској повељи, право ЕУ, Суд правде ЕУ, билатерални споразуми о заштити страних инвестиција, ИСДС механизам.*

---

\* редовни Професор Правног факултета у Бањој Луци

\*\* Научни сарадник у Институту за упоредно право, Београд

## I Постављање проблема

Споразум о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*) представља врсту међународног инвестиционог споразума (*international investment agreement* - ИА) којим се подстичу страна страна улагања у енергетски сектор тако што се страном инвеститору гарантује низ матерајланих права, а у случају спора нуди посебан ИСДС механизам заштите (*investor-state-dispute-settlement* - ISDS). У поређењу са класичним међународним споразумима о заштити страних инвестиција, Споразум о енергетској повељи (у даљем тексту Споразум или Енергетска повеља)<sup>1</sup>, је ужег - секторског карактера и односи се само на једну област улагања - енергетику. У погледу процесних средстава заштите, Споразум као отворену и "једнострану понуду" страном инвеститору нуди могућност да против државе домаћина покрене поступак путем ИСДС механизма, који се користи и код билатералних споразума о унапређењу и заштити страних инвестиција (БиТ споразуми).

Овакв вид заштите је, слично као и код класичних билатералних споразума о подстицању и заштити страних инвестиција (БиТ-ова), у почетеном периоду примене, сматран адекватним и подстицајним правним оквиром за улагања у енергетски сектор. Међутим, касније, посебно у последњих неколико година, државе пријемнице капитала и њихови привредни субјекти износе све више примедби на начин како арбитра тумаче Споразум и на резултате његове примене. Незадовољне начином примене, поједине државе отказују Споразум, док се у правној теорији све више говори о његовим недостацима,<sup>2</sup> углавном због тога што већу заштиту пружа страним инвеститорима.

Будући да изражава сагласност воља не само држава чланица Европске уније и саме Европске уније (ЕУ)<sup>3</sup>, већ и трећих држава нечланица, Споразум истовремено представља уговор међународног јавног права и права ЕУ. Основни извор неспоразума у тумачењу неких његових одредби, посебно одредбе о решавању спорова (ИСДС клаузула),

---

1 Иако би у језичком смислу боље одговарао превод "Уговор" о енергетској повељи (јер се у оригиналу на енглеском језику користи израз "treaty", а не "agreement"), у раду се корист превод "споразум" да би се разликовао од Уговора о оснивању ЕЗ/ЕУ.

2 Вид. "ECT's dirty secrets", део из Извештаја "One treaty to rule them all", објављено на: <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

3 Иако је Лисабонским споразумом (УФЕУ) надлежност за регулисање страних директних инвестиција пренета у искључиву надлежност ЕУ, поједина питања, као што је заштита, су остала и даље у надлежности држава чланица, као што је и раније било, тако да се као уговорне стране јављају и државе чланице и Европска унија.

лежи у различитом схватању односа између међународног права и права ЕУ садржаног у Споразуму, нарочито после одлуке коју је Суд правде ЕУ (Суд или СП ЕУ) донео у предмету Ахмеа (*Achmea*)<sup>4</sup>. Иако је реч о одлуци у којој је Суд дао тумачење спорних одредби из конкретног БиТ-а између Краљевине Холандије и Словачке Републике, у правној теорији је постављено питање утицаја такве одлуке на Споразум, односно на тзв. спољне и мултилатералне БиТ-ове и остале инвестиционе споразуме. Са становишта арбитражног права, покренуто је практично питање арбитрабилности спорова из Споразума, нарочито спорова између држава чланица ЕУ<sup>5</sup>. Полазећи од такве ситуације, у раду ће прво бити речи о појму арбитрабилности у интра ЕУ БиТ-овима, а након тога о дејству Ахмеа одлуке на спољне БиТ-ове и Споразум о енергетској повељи.

## II Појам и значај арбитрабилности

У изворима арбитражног права, арбитрабилност (eng. *arbitrability*, раније: *domain*, нем. *Schiedsfähigkeit*, или *Arbitrabilität*, франц. *arbitrabilité*) се помиње, али није дефинисана на општи начин,<sup>6</sup> већ је одређена у правној теорији и судској и арбитражној пракси.<sup>7</sup>

У општем смислу, арбитрабилност представља подобност неког спора да буде предмет арбитражног одлучивања. Са становишта арбитраже, арбитрабилност значи овлашћење или надлежност арбитраже, односно арбитражног трибунала да расправља и мериторно одлучи о предмету спора.<sup>8</sup> Може се схватити о као скуп општих ограничења који-

---

4 Предмет C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158

5 Вид. Kluwer Arbitration Blog on Energy Charter Treaty, на: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/category/energy-charter-treaty/> као и "International Arbitration Law Review", 10(2007) 3; Gloria M. Alvarez, Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 33(2018), 2, стр. 560–581, Veijo Heiskanen, Unreasonable or Discriminatory measures" as a Cause of Action under the Energy Charter treaty, *International Arbitration Law Review* 10(2007) 3, стр. 104-110. Цео број Ревии је посвећен разним питањима тумачења и примене Споразума. Вид. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siy006>.

6 Немогућност стандардизације, тј. јединственог одређивања појма арбитрабилности неки аутори виде као главну опасност за међународну трговинску арбитражу. Вид. V. Bouček, *Arbitrabilnost kartelnih sporazuma*, (doktorska disertacija), Zagreb 1996, 11.

7 Јелена Вукадиновић Марковић, *Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом*, докторска теза одбрањена на Правном факултеу у Београду, 2016, 101. и даље.

8 Јелена Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд, 2002, 107; Alan Uzelac, "Arbitrabilnost-aktuelno uređenje i neka sporna otvorena pitanja u hrvatskom pravu", *PUG* 4/2010,

ма се одређује допуштеност арбитраже.<sup>9</sup> У последњем случају, арбитрабилност пружа одговор на питање које врсте спорова се не могу решавати пред арбитражним трибуналом било из разлога јавног поретка, било због тога што се такви спорови налазе ван домашаја арбитражног уговора. Остали спорови су арбитрабилни, тј. подобни да о њима одлучују арбитрари као приватна лица, а не судови као државни органи.

Садржина арбитрабилности, међутим, није непромењива, ни заувек дата, у времену и у простору.<sup>10</sup> О томе углавном сведочи чињеница да арбитраже признају арбитрабилност све већем броју спорова, па и онима који то раније нису били. У том смислу је оправдано говорити о експанзији и "надирању" арбитрабилности и ширењу надлежности (и значаја) арбитража. Ретки су случајеви да се једном призната арбитрабилност некој врсти спорова касније доводи у питање или чак оспори или одузме. Чини се да је управо о томе реч код спорова из Енрегетске повеље. Друга релативизација појма арбитрабилности је везана за простор будући да се посматра као практичан и променљиви појам чија садржина (и признање) зависе од тога пред којом врстом арбитраже се поставља, као и од тога где и када (у којој фази поступка) се поставља. Признање арбитрабилности, међутим, не зависе само од садржине спора (матерајална арбитрабилност - *ratione materiae*), већ и од субјектата између којих постоји спор (субјективна арбитрабилност - *ratione personae*). Наиме, у неким споровима државни правни поредак не појединим субјектима (углавном државним органима) не признаје право, у смислу овлашћења, да покрену поступак пред арбитражом. Како се на први поглед чини да се о допуштености (арбитрабилности) спорова из Енрегетске повеље суди на основу тога ко су странке у спору: државе чланице и њихови инвеститори или треће државе или инвеститори из трећих држава, потребно је питање арбитрабилности анализирати и у контексту парничне способности потенцијалних странака у спору.

Што се тиче значаја, о арбитрабилности се може говорити у политичком и у правном смислу. У политичком смислу, одражава спремност државе да се прихватањем све ширих граница арбитрабилности у тој мери "саморазвлашћује" у корист приватних институција као што су

---

1180, под арбитрабилношћу подразумева подобност одређеног спора за решавање арбитражом, али и као могућност да странке својом вољом одређени спор "изузму из сфере државне јурисдикције".

9 Вид. Гордана Станковић и други, *Арбитражно процесно право*, Ниш, 2002, 98; Siniša Triva i Alan Uzelac, *Hrvatsko arbitražno право*, Zagreb, 2007, 22.

10 Јелена Вукадиновић, *н. дело*, 101.

арбитраже. У правном смислу, арбитрабилност подразумева стварање и санкционисање система мериторног одлучивања, који је паралелан постојећем државном судском систему.

### III Настанак и значај споразума о Енергетској повељи

Идеја о регулисању међусобних односа држава корисника и испоручиоца енергије политичким и правним актом је нарочито дискутована крајем деведестих година прошлог века након пада Берлинског зида и распада тзв. Источног блока. Процес преговарања око будуће повеље и каснијег оснивања енергетске заједнице, у оквиру Европске уније је покренуо холандски премијер Род Луберс (*Rod Lubers*) на састанку Европског савета одржаном јуна 1990. године у Даблину, предлогом да се оснује Енергетска заједница. У том циљу је крајем идуће године потписана политичка декларација у форми Енергетске повеље (*Energy Charter*), чија садржина ће три године касније, 1994. године, бити преточена у правно обавезујући Споразум (или Уговор) о енергетској повељи (*The Energy Charter Treaty - ECT*). Споразум, која је потписан у Лисабону, је пратио и Протокол о енергетској ефикасности, који није од значаја за овај рад. Споразум је касније мењан и допуњаван како би се усагласио са правилима Светске трговинске организације (СТО), 1998. године, као и у циљу модернизације, 2009. године. 2015. године је усвојена политичка декларација о Међународној енергетској повељи, са намером да се ојача сарадња између држава потписница Споразума и осталих држава. Споразум је ступио на снагу у априлу 1998. године и данас окупља 53 потписнице и уговорне стране са свих континената, укључујући и Европску унију и Евроатом.<sup>11</sup> Све бивше југословенске републике су као самосталне државе приступиле Повељи.<sup>12</sup> Република Србија је 2015. године потписала Међународну енергетску повељу, као правно необавезујућу политичку декларацију, али не и Споразум о енергетској повељи.

За предмет овог рада Споразум о Енергетској повељи је у теоријском смислу од значаја јер се може третирати као посебна врста међународног мултилатералног инвестиционог споразума, тј. као део међународног јавног права, али и као извор примарног права ЕУ. У практичном

---

11 Попис држава потписница и чланица вид. <https://energycharter.org/process/european-energy-charter-1991/>

12 За Споразум о енергетској повељи вид. .. <https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, а за Међународну енергетску повељу: <https://energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/overview/> Последњи приступ 18.04. 2019.

смислу, Соразум је од значаја због тога што се највећи број инвестиционих спорова, посебно у последњих пет година, односио на његово тумачење и примену.<sup>13</sup> Занимљиво је и да је у првих 15 година примене Споразума, 89% спорова било покренуто против држава Централне и Источне Европе и Централне Азије, а да се у периоду између 2013. и 2017. године, 64% спорова односило на тужбе против држава Западне Европе, као држава пријемница капитала. Чини се да се звоно за узбуну укључило тек кад су страни инвеститори почели да покрећу поступке против држава чланица Западне Европе и Европске уније (ЕУ).<sup>14</sup> Порасту броја спорова (и инвестиција) је свакако допринела и широка дефиниција "инвестиција" па су бројне инвестиције извршиле тзв. "компаније са поштанским фахом" (*mailbox companies*) или компаније "са полице",<sup>15</sup> које су осниване са шпекулативним намерама. На сумњу да нечег необичног има у таквим инвестиционим споровима са огромним тужбеним захтевима,<sup>16</sup> упућује и статистика о успешности или резултату таквих спорова: 43% спорова је решено у корист инвеститора, а 39% у корист држава домаћина.

Кад је реч о споровима који су покренути у оквиру ЕУ, 67% спорова је покренуто од стране инвеститора који потичу из ЕУ против државе домаћина које су, такође, чланице ЕУ. Такви спорови се означавају као *унутрашњи ЕУ енергетски спорови*. Други део чине спорови из тзв. унутрашњих или интра ЕУ БиТ-ова. Суд правде је арбитражне клаузуле из оваквих ЕУ интра БиТ-ова које су проишле из уговореног ИСДС механизма, у одлуци донетој у предмету Ахмеа, прогласио несуклађеним са правом ЕУ и учинио их непримењивим, а такве спорове нерабитрабилним. Након такве одлуке, у теорији и пракси се поставља питање какав значај и дејство има овакво тумачење Суда које је дато поводом конкретног случаја, тј. да ли се дејство одлуке може протегнути и на остале БиТ-ове са трећим државама (спољни БиТ-ови) и, што је важно за овај рад, на

---

13 У литератури се износе подаци да је у првих десет година, од 1998. до 2008. године, било 19 регистрованих поступака, од 2013. до 2017. године је 75 инвеститора покренуло поступак против држава домаћина. Вид. *One Treaty to Rule Them All*, стр. 7. Доступно на <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

14 У првих 15 година 89% спорова је било покренуто против држава Средње и Југоисточне Европе и Централне Азије.

15 Екстреман пример су холандски инвеститори који су до краја 2017. године покренули 24 поступка, од којих су 23 тужиоца компаније са поштанским фахом. <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>

16 У томе предњаче захтеви тужилаца као што су шведски Vattenfall који у спору против Немачке државе тражи 1,4 милијарде евра. Вид. *One Treaty to Rule Them All*, н. дело, 14.

Споразум о енергетској повељи<sup>17</sup>. Иако је ово постало најважније и најзапаљивије питање,<sup>18</sup> Суд на њега није директно одговорио, па ће у даљем тексту бити речи о разлозима за и против таквог проширеног значења. У правној теорији су мишљења о томе подељена на уско (рестриктивно) и на шире тумачење.<sup>19</sup>

Питање није само од правног, већ и од оштег друштвеног значаја. О правном значају ће бити речи у наредној тачки, а овде ће бити изнет само један елемент који упућује на шире друштвене последице које могу настати различитим тумачењем Споразума. Наиме, раније изнети статистички подаци и досадашње искуство показују да Споразум представља снажно оружје у рукама великих нафтних, гасних или компанија које се баве производњом и дистрибуцијом угља којим страни инвеститори могу да утичу на државе домаћине у циљу да их обесхрабре или да их подстакну да са прљавих енергија пређу на производњу и коришћење чисте енергије.<sup>20</sup>

#### **IV Значај Ахмеа одлуке за спорове из споразума о Енергетској повељи**

У предмету *Achmea v Slovak Republic* (Ахмеа)<sup>21</sup> Суд правде ЕУ је, по захтеву немачког Савезног уставног суда, у форми одлуке о претодном питању, дао тумачење спорних одредби права ЕУ у контексту примене ИСДС механизма из Споразума о подстицању и заштити страних инвестиција између Краљевине Холандије и Словачке Републике (интра ЕУ БиТ). У суштини, од Суда је тражено да одговори да ли је арбитражни

---

17 Ciaran Cross and Vivian Kube, 2018, Sind Investitionsschiedsverfahren (ISDS) zwischen den EU-Mitgliedstaaten auf Basis der Energiecharta mit dem EU-Recht vereinbar?, [http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01\\_Themen/02\\_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221\\_Gutachten\\_Energiecharta\\_und\\_ISDS\\_in\\_der\\_EU.pdf](http://www.umweltinstitut.org/fileadmin/Mediapool/Downloads/01_Themen/02_Energie-und-Klima/Energiecharta/20180221_Gutachten_Energiecharta_und_ISDS_in_der_EU.pdf). 2

18 George A. Bermann, Navigating EU Law and the Law of International Arbitration, 28 *ARB. INT'L* (2012) 397, 443-44; Daniele Gallo and Fernanda G. Nicola, The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication, *Fordham International Law Journal* 39(2016)1081. У домаћој теорији вид. Предраг Цветковић и Жарко Димитријевић, Систем решавања спорова у оквиру правила Повеље о енергији, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 64(2013), 125-138; Маја Станивуковић и Сања Ђајић, Инвестициони спорови на основу Уговора о енергетској повељи, *Правна ријеч*, 39(2014) 577-601.

19 Вид. Johannes Tropper, *Alea iacta est?* Post-Achmea investment arbitration in light of recent declarations by EU-member states, *Voelkerrechtsblog*, International Law & International Legal Thought, <https://voelkerrechtsblog.org/alea-iacta-est/>

20 Вид. <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>,

21 C-284/16, *Achmea v Slovak Republic*, ECLI:EU:C:2018:158

споразум садржан у овом БиТ-у, којим се предвиђа арбитражни начин решавања спорова, усклађен са правом ЕУ.

Супротно очекивањима дела теорије и праксе, па и мишљења општег правобраниоца (независног адвоката), Суд је нашао да таква клаузула није у складу са правом ЕУ. Оваква одлука Суда је, одмах након доношења, изазвала различите коментаре и означавања је као "земљотресна", кључна, преломна и слично.<sup>22</sup> За предмет овог рада је од значаја онај део одлуке у коме је Суд заузео јасан став да одредбе о решавању спорова путем тзв. ИСДС механизма (*investor-state dispute settlement (ISDS)*) у интра ЕУ БиТ-овима нису у складу са правом ЕУ те се постојећи ЕУ интра БиТ-ови морају или изменити/ускладити, или се такви спорзуми (БиТ-ови) морају ставити ван снаге.<sup>23</sup> Међутим, Суд се није изјашњавао о компатибилности ИСДС механизма у тзв. спољним или екстра БиТ-овима, ни у Енергетској повељи.

Уговор о енергетској повељи се разликује од ЕУ интра БиТ-ова не само по уговорним странама, већ и по садржини питања која регулише. У погледу уговорних страна, Повељу су закључиле не само државе чланице ЕУ, већ и треће државе са различитих континената и по томе представља врсту међународног мултилатералног споразума. Повеља се разликује и од спољних ЕУ БиТ-ова као врсте међудржавних споразума, јер се као уговорна страна јавља и Европска унија, као регионална организација и по томе подсећа на мешовите споразуме.<sup>24</sup> Међутим, Повеља не садржи тзв. клаузулу дисконтинуитета (*discontinuity disconnection clause*),<sup>25</sup>

---

22 Joerg Risse and Max Oehm, The Aftermath of Achmea: Germany Requests Dismissal of Vattenfall Case After CJEU's Achmea Decision, <https://globalarbitrationnews.com/aftermath-achmea-germany-requests-dismissal-vattenfall-case-cjeus-achmea-decision/> Види и коментар истих аутора European Court of Justice Stops Investment Arbitration in Intra-EU Disputes, на: <https://globalarbitrationnews.com/ecj-stops-investment-arbitration-intra-eu/>

23 Vid. Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and Investment Protection in the European Union, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf)

24 Мешовите споразуме са трећим државама нечланицама склапају државе чланице и Европска унија као једна уговорна страна, као што је, напр. Споразум о стабилизацији и придруживању.

25 Maja Smrkolj, "The Use of the "Disconnection Clause" in International Treaties: What Does It Tell Us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?" 1–15, str. 6. <<http://ssrn.com/abstract=1133002>>accessed 14 November 2015; RREEF Infrastructure (GP) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sa`rl v Kingdom of Spain, ICSID Case No



којом поједине уговорне стране из међународних конвенција за себе уговарају право да у међусобним односима не примењују правила конвенције, већ за њих посебно договорена правила.<sup>26</sup> Другачије речено, између тих држава уговорница Повеље (тј. држава чланица ЕУ), Повеља производи унутрашње дејство, као ЕУ интра БиТ, а у односима са трећим државама нечланицама и оним чланицама које нису уговориле клаузулу дисконтинуитета, производи спољно дејство, као класични међународни инвестициони споразуми. Према, садржини питања која су њиме регулисана, Повеља спада у категорију сложених споразума којим је регулисано не само решавања спорова, већ и сарадња држава потписница у области трговине, транзита и заштите околине. За предмет овог рада је од значаја начин и механизам заштите страних инвестиција и решавање спорова између инвеститора и "уговорне стране", који је дефинисан у петом делу Споразума, у члану 26.<sup>27</sup>

Као и у највећем броју ЕУ интра БиТ-ова, и у Споразуму је предвиђен ИСДС механизам заштите. Одредбама члана 26. Споразума предвиђено је да се:

1. Спорови између уговорне стране и инвеститора неке друге уговорне стране у вези с инвестирањем тог инвеститора на територији прве уговорне стране, а који се односе на наводно кршење обавезе прве уговорне стране из дела III, решавају, ако је то могуће, мирним путем.

2. Ако се такви спорови не могу решити у складу с одредбама став 1. у року од три месеца од дана када је једна од страна у спору затражила решавање спора мирним путем, инвеститор који је страна у спору може по свом избору поднети спор на решавање:

(а) судовима или управним судовима уговорне стране која је страна у спору;

(б) у складу с било којим примењивим, унапред договореним поступком решавања спорова; или

(с) у складу са следећим ставовима овог члана.

---

ARB/13/30, Decision on Jurisdiction (6 June 2016) para 81; Charanne and Construction Investments v Kingdom of Spain, SCC Case No V 062/2012, Award (21 January 2016) 438.

26 Вид. тач 73. Одлуке о надлежности у предмету *Vattenfall v Germany*

27 И члан 27. Споразума се бави решавањем спорова, али између "уговорних страна", тј. држава потписница и ЕУ.

3. (а) Подложно само тачкама (б) и (ц), свака уговорна страна овим даје своју безусловну сагласност на подношење спора међународној арбитражи или мирењу у складу с одредбама овог члана.

(б) i. Уговорне стране наведене у Анексу ID не дају такву безусловну сагласност ако је инвеститор претходно поднео спор у складу са ставом 2. тачком (а) или (б).

ii. Ради прегледности, свака уговорна страна наведена у Анексу ID доставља Секретаријату писану изјаву о својој политици, пракси и условима с тим у вези, најкасније до дана полагања своје исправе о ратификацији, прихвату или одобрењу у складу с чланом 39. или полагања своје исправе о приступу у складу с чланом 41.

(ц) Уговорна страна наведена у Анексу IA не даје такву безусловну сагласност у случају спора који произлази из члана 10. став 1. последње реченице.

4. Ако се инвеститор одлучи да поднесе спор на решавање у складу са ставом 2. тачком (ц), доставља своју писану сагласност да се спор поднесе на решавање:

(а) i. Међународном центру за решавање спорова о улагању, основаном у складу са Конвенцији о решавању спорова о улагању између држава и држављана других држава, која је отворена за потписивање у Вашингтону 18. марта 1965. (Конвенција ICSID), ако су и уговорна страна инвеститора и уговорна страна која је страна у спору стране Конвенције ICSID; или

ii. Међународном центру за решавање спорова о улагању, основаном у складу са Конвенцијом из тачке (а) подтачке и., у складу с правилима којима се уређују додатна средства за управљање поступцима од стране секретаријата Центра („правила о додатним средствима”), ако су уговорна страна инвеститора или уговорна страна која је страна у спору, али не обе, стране Конвенције ICSID;

(б) арбитражном судији појединцу или *ad hoc* арбитражном суду основаном у складу с Правилима о арбитражи Комисије Уједињених нација за међународно трговачко право (UNCITRAL); или

(ц) у складу с арбитражним поступком у оквиру Арбитражног института Штокхолмске трговачке коморе.

5. (а) Сматра се да сагласност дата у складу са ставом 3, заједно с писаном сагласношћу инвеститора која је дата у складу са ставом 4, испуњава захтеве за:

i. писану сагласност страна у спору у смислу поглавља II. Конвенције ICSID те у смислу правила о додатним средствима;

ii. „писани споразум” у смислу члана II. Конвенције Уједињених нација о признању и извршењу страних арбитражних одлука, састављене у Њујорку 10. јуна 1958. ( Њујоршка конвенција); и

iii. писану сугласност уговорних страна у смислу члана 1. Правила о арбитражи UNCITRAL-а.

(б) Свака арбитража у оквиру овог члана одржава се на захтев било које стране у спору у држави која је страна Њујоршке конвенције. Сматра се да захтеви, који су у складу с овим одредбама предметом арбитражног поступка, произлазе из трговинског односа или трансакције у смислу члана I. споменуте Конвенције.

6. Суд основан у складу са ставом 4. одлучује о спорним питањима у складу с овим Уговором те важећим правилима и начелима међународног права.

7. С инвеститором који није физичко лице и има државну припадност уговорне стране која је страна у спору на дан писане сугласности из став 4. те кога, пре настанка спора између њега и те уговорне стране, контролишу инвеститори друге уговорне стране, за потребе члана 25. став 2. тачке (б) Конвенције ICSID поступа се као с „држављанином друге уговорне стране”, а за потребе члана 1. став 6. правила о додатним средствима поступа се као с „држављанином друге државе”.

8. Арбитражне одлуке, које могу укључивати и одлуку о каматама, коначне су и обавезујуће за стране у спору. Арбитражна одлука, која се односи на меру владе или тела испод националног нивоа уговорне стране у спору, предвиђа да уговорна страна може штету накнадити у новцу уместо било какве друге додељене накнаде. Свака уговорна страна без одлагања спроводи сваку такву одлуку и осигурава делотворно извршење таквих арбитражних одлука на својој територији.

У одлуци донетој у предмету Ахмеа, Суд правде је нашао да између ЕУ интра БиТ-ова и права ЕУ постоји неусклађеност и да примена одреби ЕУ БиТ-ова угрожава монополско право Суда правде да тумачи право ЕУ и да одлучује о његовој пуноважности, чиме се доводи у питање јединство правног поретка ЕУ, који Суд сматра аутономним и у односу

на унутрашња права држава чланица и у односу према међународном праву.<sup>28</sup> Суд, такође, сматра и да примена ИСДС механизма може довести у питање остваривање начела лојаности или искрене сарадње, посебно између државе које се налазе у спору пред арбитражом изван судског система ЕУ. Међутим, Суд се није изјашњавао о дејство Ахмеа одлуке на тзв. спољне БиТ-ове (између држава чланица ЕУ и трећих држава), и на Уговору о енергетској повељи.

### 1. Дејство Ахмеа одлуке на уговору о Енергетској повељи

Будући да су све државе чланице ЕУ<sup>29</sup> потписале Споразум о енергетској повељи, Споразум између њих производи унутрашње дејство, на сличан начин као и ЕУ интра БиТ-ови. У таквим ситуацијама кад улагачи из држава чланица (као домаћих држава - *home states*) улажу своја средства у другу државу чланицу ЕУ (држава домаћини - *host state*), такви односи су истовремено (осим Споразумом као извором међународног права) регулисани и правом ЕУ, тј. одредбама Уговора о оснивању које се односе на слободу кретања капитала. Међутим, да ли ће се применити једно или друго право, зависи од схватања начела аутономије воље и од правне природе права ЕУ и њеног односа према међународном праву. У погледу позивања на начело аутономије воље (слободе уговарања и одређивања садржине уговорног односа) требало би поћи од чињенице да стране у Споразуму имају право да своје односе регулишу на начин како то њима одговара у погледу настанка, права и обавеза, као и престанка Споразума и начину решавања из њега проистеклих спорова. Државе пријемнице капитала су у случају спора дале право инвеститору да се користи тзв. ИСДС механизмом. У том смислу се може сматрати да је Споразум правно ваљано настао и да садржи правно дозвољену компромисорну клаузулу (арбитражни уговор). Исто важи и за тзв. спољне ЕУ БиТ-ове, који се од интра БиТ-ова разликују само по томе што једна од уговорних страна није држава чланица ЕУ. Такво својство једне уговорне стране не утиче на њено право да у случају спора као меродавно, изабере право ЕУ, или да према правилима међународног приватног права право ЕУ буде одређено као меродавно право. У споровима и код једних и код других споразума (унутрашњих и спољних) изабрани арбитражни трибунал ће применити изабрано или меродавно право: унутрашње право,

28 Вид. C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:2008:461.

29 У међувремену, Влада Италије је обавестила Секретаријат да се повлачи из Споразума.

право ЕУ или међународно право. Међутим, и поред на први поглед јасне ситуације, проблеми могу настати и код избора и код примене меродавног права. Ово због тога што Споразум не регулише питање меродавног права, већ само механизма решавања (ИСДС механизам) и поступка који ће применити међународна арбитража.

У погледу избора, може се поставити питање да ли су уговорне стране слободне да, у споровима у којима је бар једна од њих из ЕУ, као меродавно право, осим права ЕУ изаберу неко друго право. Начело аутономије им то дозвољава. Међутим, иако то није изричито рекао, Суд правде је у одлуци донетој у предмету Ахмеа као меродавно, по оним питањима која су регулисана правом ЕУ, практично признао само право ЕУ. У случају да је исто питање регулисано и правилима међународног права на различит начин у односу на право ЕУ, Суд је дао предност праву ЕУ слично као нормама непосредне примене) и тако практично искључио примену БиТ-ова.<sup>30</sup> У конкретном случају, Суд је сматрао да су уговорне стране у самом БиТ-у изабрале право ЕУ формулацијом о примени "права предметне уговорне стране које је на снази". Под правом уговорних страна Суд је сматрао право ЕУ, које је већ од одлука у предметима Ван Хенд (*Van Gend*) и Коста в ЕНЕЛ (*Costa v ENEL*) право ЕУ третирао саставним делом правних поредака држава чланица. У конкретном случају примена права ЕУ није оспорена, већ хијерархијски однос права ЕУ и међународног права. Као спорно, постављено је и питање надлежног форума.

У погледу надлежности, Суд је прво констатовао да је реч о "тумачењу и примени ЕУ права", а онда је своју искључиву надлежност образложио обавезом да гарантује аутономни карактер права ЕУ, да омогући његову делотворност и јединство (кроз поступак одлучивања о претходним захтевима),<sup>31</sup> као и поштовање начела лојалности и недискриминације домаћих инвеститора у односу на стране инвеститоре из других држава чланица<sup>32</sup>. Не би било изненађење да Суд исто образложење наведе и у погледу допуштености и примењивости ИСДС клаузуле у Споразу-

---

30 У погледу ЕУ интра БиТ-ова, вид пресуде донете у предметима C-235/87, *Matteucci*, EU:C:1988:460, paragraph 21; and C-478/07, *Budějovický Budvar*, EU:C:2009:521, тачке 98 и 99, као и Declaration 17 to the Treaty of Lisbon on primacy of Union law.

31 У тачки 57. Одлуке, Суд наводи Мишљење бр. 1/91, (Споразум о европском привредном простору) од 14.12.1991. EU:C:1991:490, тачке. 40. и 70.; 1/09 (Споразум о стварању уједињеног система за решавање спорова који се односе на патенте) од 8. марта 2011., EU:C:2011:123, тач. 74. и 76. и 2/13 (О приступању Уније ЕКЉП) од 18. децембра 2014. године, EU:C:2014:2454, тач. 182. и 183.

32 Тач. 58. Одлуке.

му о енергетској повељи. Свако другачије решење не би било доследно одлуци донетој у случају Ахмеа.

Ипак, и поред јасног става, ваља истаћи да Суд није детаљније образложио став о аутономији и примату права ЕУ.<sup>33</sup> Суд се, додуше, позвао на своју ранију праксу али без посебног образложења. Одговор би се могао тражити у карактеру одредби Уговора о оснивању које се тичу заједничке трговинске политике и страних директних инвестиција (као дела права ЕУ), чије регулисање је Лисабонским споразумом прешло у искључиву надлежност ЕУ, које је могао сматрати делом јавног поретка ЕУ, па би њихово непоштовање угрозило основне циљеве или "вредности" Уније сажете у начелу јединство права ЕУ. Суд правде се на повреду јавног поретка Уније позвао у одлуци онетој у предмету Еко Свис (*Eco Swiss*), у којој је одредбе Уговора о оснивању о картелним споразумима сматрао делом јавног поретка и нормама непосредне примене, чија се примена не може заобићи.<sup>34</sup> Међутим, у предмету Ахмеа Суд такав значај и карактер није признао нормама заједничке трговинске политике и одредбама о страним директним инвестицијама. Но без обзира на то, Суд је ове норме сматрао толико важним да је уговарање различитог форума за њихово тумачење и решавање спорова (изван Суда правде) путем ИСДС механизма сматрао недозвољеним због "очувања посебне природе права успостављеног Уговорима о оснивању."<sup>35</sup>

Чини се оправданим очекивање да исти захтев буде проширен и на екстра БиТ-ове и на Споразум о енергетској повељи.

## 2. Последице и значај проширеног дејства Ахмеа одлуке на спољне БиТ-ове и Енергетску повељу

За разлику од ЕУ интра БиТ-ова чије се дејство исцрпљује између две државе чланице, Споразум о енергетској повељи је мултилатералног карактера и једнострано отказ једне уговорнице, као што је Европска комисија предложила у погледу ЕУ интра БиТ-ова, не утиче на његову

33 У тач. 33. Одлуке Суд упућује на Мишљење бр.2/13 о приступању Уније ЕК/ЈП, од 18.12. 2014 и тамо наведену судску праксу у тач. 165-167.

34 У одлуци донетој у предмету *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, ECLI:EU:C:1999:269) Суд је одредбе о картелним споразумима из Уговора о оснивању сматрао јавним поретком и одбио да призна одлуке тела које нису у складу са тим одредбама - јавним поретком. У теорији је спорно да ли Унија има сопствени јавни поредак. Вид. С. Liebscher, *European Public Policy. A Black Box*, *J. Intl Arb.* 2000, 73.

35 Тач. 58.

судбину и на његово дејство према осталим потписницама. Са друге стране, Споразум истовремено осим у унутрашњим односима, производи и тзв. спољно дејство: у случајевима улагања између државе чланице и нечланице и обрнуто, као и између држава потписница које нису чланице ЕУ. У том смислу ваља разликовати три могућа дејства Споразума: унутрашње, спољно мешовито (између државе чланице и треће државе) и потпуно спољно дејство (између држава нечланица ЕУ). Тако га државе чланице ЕУ могу сматрати ЕУ интра БиТ-ом, а државе нечланице међународним (инвестиционим) споразумом. Ипак, без обзира на изнете разлике, и једни и други спадају у групу међународних (инвестиционих) уговора које би требало тумачити на јединствени начин, у складу са правилима Бечке конвенције о уговорном праву, полазећи од воље и намере уговорних страна.

Суд правде је ЕУ интра БиТ-ове сматрао саставним делом унутрашњег правног поретка држава чланица и делом права ЕУ. Како је право ЕУ, чији само један део чине и БиТ-ови, прогласио аутономним, Суд је колизију између права ЕУ и међународног (инвестиционог) права третирао као унутрашње питање, које је решио у корист права ЕУ. Заправо, Суд је на интра БиТ-ове само применио већ раније заузет став о примату или супериорности права ЕУ, не само у односу на унутрашња права држава чланица, него и у односу на међународне уговоре као инструменте међународног права. Након што је у конкретном случају (Ахмеа) нашао да постоји колизија између решења предвиђених ИСДС механизмом (и неких других материјалних одредби из БиТ-а), Суд се једноставно позвао на примат права ЕУ. У том смислу Ахмеа одлука представља само још једну коцкицу у мозаику сложеног и још нерешеног односа између права ЕУ и међународног права<sup>36</sup>. У супротном, да није нашао да постоји несуклађеност, као што је сматрао општи правобранилац<sup>37</sup>, инвестиционе арбитраже би својим одлукама могле угрозити искључиву надлежност Суда правде као

36 О томе постоји бројна литература. Пре свих вид. Jan Willem van Rossem, Interaction between EU law and international law in the light of Intertanko and Kadi: The dilemma of norms binding the Member States but not the Community, CLEER WORKING PAPERS 2009/4; Ziegler, Katja S., The Relationship between EU Law and International Law (December 30, 2013). University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-17. Dostupno na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2373296> ili na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2373296>. E. Cannizzaro, P. Palchetti and R.A. Wessel (Eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff 2011;

О конкретном односу у предмету Ахмеа, вид. Ceas Verburg, The Dichotomy Between European Union Law and International Law: Responses to the Achmea Judgment of the European Court of Justice, *Groningen Journal of International Law*, 26. 11. 2018.

37 Мишљење општег правобраниоца Wathelet ECLI:EU:C:2017:699

чуvara јединства комунитарног права. Да би предупредио отворени сукоб до кога би дошло пред инвестиционим арбитражама, чији арбитри углавном нису спремни да признају примат права ЕУ<sup>38</sup>, Суд правде је ИСДС клаузулу прогласио непримењивом (будући да није у складу са правом ЕУ). Стриктно посматрано, Суд је неусклађеном прогласио само клаузулу из конкретног БиТ-а, тј. једнострану понуду државе чланице о праву инвеститора да одабере арбитражни начин решавања спорова, а не и сам БиТ. Тако посматрана, Ахмеа одлука у формалном смислу делује само између странака у конкретном БиТ-у.<sup>39</sup> Међутим, ако се има у виду да су сви национални судови и трибунали држава чланица дужни да у предметима у којима одлучују у последњој инстанци у претходном поступку затраже тумачење Суда правде, релативно дејство одлуке (мишљења) се практично простире на све будуће исте или сличне случајеве, јер се мора рачунати на то да ће Суд у истим (будућим) ситуацијама поступати на исти начин. Тиме је антиципирано дејство Ахмеа одлуке на све ЕУ интра БиТ-ове, па и на будуће.

Суд је могао да онемогући извршење одлука донетих на основу неусклађених ИСДС клаузула, односно да спречи њихово штетно дејство на аутономију права ЕУ,<sup>40</sup> и на други начин: у поступку признања и извршења арбитражних инвестиционих одлука. Суд се, међутим, није определио за такво решење јер не би избегао примену свих неусклађених ЕУ интра БиТ-ова, већ само оних код којих се извршење арбитражних одлука тражи пред судовима држава чланица. Стога се Суд определио за ефикасније средство - проглашавање ИСДС механизма неусклађеним праву ЕУ и тако онемогућио доношење потенцијално штетних арбитражних одлука. Са аспекта арбитражног права, Суд је на тај начин практично прогласио неарбитрабилним спорове из ЕУ интра БиТ-ова. Што се тиче судбине БиТ-ова као уговора, требало би применити опште правило да

---

38 Вид. *MasdarSolar & Wind Cooperatieff U.A. Claimant and Kingdom of Spain, Respondent* ICSID Case No. ARB/14/1; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain* ICSID CASE No. ARB/13/31; 1. *Vattenfall AB*; 2. *Vattenfall GMBH*; 3. *Vattenfall Europe Nuclear Energy GMBH*; 4. *Kerenkraftwerk Krümmel GMBH & Co. OHG*; 5. *Kerenkraftwerk Brunsbüttel GMBH & CO. OHG Claimants and Federal Republic of Germany*, Respondent ICSID Case No. ARB/12/12

39 У овом смислу вид. став арбитражног трибунала у ICSID предмету *Masdar v Spain*, који се односио на тумачење Споразума о енергетској повељи (ICSID case No ARB/14/1). Доступно на <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>

40 Вид. Радован Вукадиновић, Штетно дејство арбитражног решавања спорова из интерних споразума Европске уније о заштити страних инвестиција на правни поредак Европске уније, *Анали Правног факултета у Београду*, 65(2017)3, 50.



ништавост једне одредбе не повлачи аутомстички ништавост целог уговора. Полазећи од тога, Европска комисија је препоручила уговорницама или да измене одредбе о ИСДС механизму (арбитражну клаузулу), или да откажу такве БиТ-ове.<sup>41</sup> Сматрамо да би Суд правде исто тумачење могао да примени и у погледу дејства Енергетске повеље између држава чланица Уније. Суд се о томе још није изјаснио, а у случају да то учини, државе чланице би као стране уговорнице Споразума биле обавезане да откажу Споразум.

Другачије схватање, према коме би се одредбе Споразума на различит начин тумачиле у делу у коме производе тзв. унутрашње дејство, у односу на остале одредбе, довео би у питање јединственост Споразума као уговора и начело једнакости и равноправности свих уговорних страна. Такво различито дејство (тумачење) Споразума у унутрашњим и у спољним односима само по себи не би требало сматрати недозвољеним, али под условом да су за то знале све уговорне стране у моменту потписивања, кроз уговарање неке врсте клаузуле о дисконтинуитету. Како таква клаузула није уговорена, решења овог сукоба би требало тражити у отказу Споразума од стране држава чланица ЕУ.

С обзиром да Република Србија још није потписала Споразум, сматрамо да би код коначне одлуке требало да има у виду наведне контроверзе.

Како ће ово питање бити решено зависи и од тога коме ће бити призната надлежност да тумачи Споразум. Према одредбама члана 26. Споразума, о томе искључиво одлучује страни инвеститор, јер су државе домаћини своју сагласност на такво право страног инвеститора већ дале кроз једнострану понуду приликом потписивања Споразума. Како се са становишта уговорног права не може спречити примена пуноважног арбитражног споразума, решење би требало тражити у проглашавању "једностране понуду" државе уговорнице/чланице ЕУ непуноважном, што је чини непримењивом, а сам спор из Споразума неарбитрабилним, из сличних разлога које је Суд навео у Ахмеа одлуци.

Управној теорији су мишљења подељена. Према ужем схватању<sup>42</sup>, став Суда правде о неарбитрабилности односно о непримењивости ИСДС механизма се не може применити на инвестиционе спорова из

---

41 Вид. Декларацију у напомени број 23.

42 Вид. напомену број 19.

осталих међународних инвестиционих уговора, нити на спорове из Споразума. Према ширем схватању, то је могуће.<sup>43</sup>

Што се тиче ставова органа Уније, Европска комисија је у поступцима тумачења и примене Повеље као пријатељ суда сматрала да коришћење ИСДС механизма у примени Повеље није у складу са правом ЕУ најмање из два разлога: због нарушавања начела аутономије права ЕУ и због услова из саме Повеље.<sup>44</sup> Тако је у предмету *Blusun v Italy*<sup>45</sup> јасно ставила до знања да одредбе члана 26. Повеље нису у складу са чланом 344. Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ), којима је предвиђено да се државе чланице обавезују да спорове који се односе на тумачење примену Уговора, не решавају на начин који није предвиђен Уговорима. И Суд правде је заузео став да је искључиво надлежан да у споровима између држава чланица тумачи право ЕУ.<sup>46</sup> Своју сумњу у усклађеност арбитражног решавања инвестиционих спорова подједнако у интра БиТ-овима и у Повељи, Комисија је у својој иницијативи за јавну расправу сумирала ставом да интра ЕУ инвестиционе арбитраже искључују контролу националних судова и Суда правде и страхом од колизије са правом ЕУ.<sup>47</sup>

---

43 Вид. Angelos Dimopoulos, Achmea: The principle of autonomy and its implications for intra and extra-EU, *Blog of European Journal of International Law*. Доступно на <https://www.ejiltalk.org/achmea-the-principle-of-autonomy-and-its-implications-for-intra-and-extra-eu-bits/>

44 Вид. Ciaran Cross and Vivian Kube, *н. рад*, 5.

45 *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3. Award of 27 December 2016, тач. 288

46 Вид. *MOX Plant*, Case C-459/03, *Commission v Ireland* [2006] ECR I-4635.

47 European Commission, Inception Impact Assessment: Prevention and amicable resolution of investment disputes within the single market. Ref. Ares(2017)3735364 - 25/07/2017, 3

**Radovan VUKADINOVIĆ, Jelena VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ**

**ARBITRABILITY OF INVESTMENT DISPUTES  
FROM THE CONTRACT OF ENERGY CHARTER**

***Summary***

*After the Court of Justice of EU ruled in the Ahmea case that the ISDS clause (investment-state-dispute-settlement) in an agreement on the protection and promotion of foreign investments, concluded between the Kingdom of the Netherlands in the Slovak Republic (EU intra BiT) is not harmonized with EU law, the European Commission has issued a Declaration recommending Member States to their intra BiTs or align with EU law, or unilaterally cancel their implementation. In theory, and in practice, the question is raised whether the interpretation of the nonarbitrability that the Court of Justice has taken in Ahmea's decision may also apply to the Energy Charter Treaty, for which applications have already been initiated by numerous disputes. The author argues that the reasons for the preservation of autonomy and the unity of the EU legal order, which the Court called for in Ahmea's decision, require that the ISDS mechanism of the Energy Charter Treaty be proclaimed as nonarbitrable.*

**Keywords:** *Energy Charter Treaty, EU law, EU Court of Justice, bilateral agreements on protection of foreign investments, ISDS mechanism*