

PRIMENA MEĐUNARODNOG PRAVA U MEĐUNARODNIM INVESTICIONIM SPOROVIMA

Pitanje merodavnog prava u investicionim sporovima se postavlja u različitim fazama postupka. Prvi put, kod određivanja nadležnosti arbitraže da odlučuje o konkretnom sporu, zatim kod odlučivanja o suštini spora i, na kraju, kod priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. U sva tri slučaja moguće je da se kao merodavno pravo za pojedina pitanja primene odredbe različitih pravnih sistema: međunarodno pravo, pravo EU i domaće pravo države prijemnice kapitala.

Mogućnost primene različitih propisa (i pravnih sistema) koji se razlikuju po sadržini ne samo što otežava i usporava donošenje i izvršenje arbitražne odluke, već stvara i opštu pravnu nesigurnost u meri u kojoj se merodavni pravni sistemi razlikuju između sebe, ali i zbog nerešenog pitanja međusobne hijerarhije navedenih izvora. Imajući u vidu takvu situaciju, cilj rada je da prikaže različita rešenja koja u tom pogledu postoje u pozitivnim izvorima, pravnoj teoriji i arbitražnoj praksi i da se nakon toga učine određene preporuke.

Ključne reči: merodavno pravo, međunarodno pravo, BiT, investicioni sporovi

POSTAVLJANJE PROBLEMA

Arbitražni način rešavanja sporova se praktikuje i preporučuje u različitim oblastima ekonomskog, političkog i društvenog života.¹ Arbitraže su naročito popularne kod rešavanja trgovinskih sporova, pa su se kao posebne izdvojile

Dr Jelena Vukadinović Marković, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

¹ V. Jelena Vukadinović, Ugovor o arbitraži – osnov derogacije sudske nadležnosti, *Zbornik radova sa XI Savetovanja iz oblasti građanskog prava*, Jahorina 2016, str. 66.

međunarodne trgovinske arbitraže.² Slične njima su i međunarodne investicione arbitraže,³ koje se od prethodnih razlikuju po svojstvima stranaka u sporu, kao i po ogromnim tužbenim zahtevima čije izvršenje može bitno uticati na suverenitet tuženih država. Otuda je rešavanje investicionih sporova složeno i delikatno, ne samo zbog toga što se za rešavanje pojedinih pitanja mogu primeniti pravila iz različitih pravnih sistema, već i zbog toga što između tako određenih pravila nije definisan hijerarhijski odnos.⁴ Složenost potiče iz mešovite prirode samog investicionog posla u kome su sadržani elementi brojnih poslova, a delikatnost zbog toga što se kao tuženi javljaju suverene države.

Kod međunarodnih investicionih arbitraža tužena je država prijemnica kapitala (*home state*), dok se kao tužilac javlja isključivo strani (privatni) investitor. Ovakve sporove ne mogu da pokrenu države prijemnice kapitala. Investitori često traže na ime naknade štete više desetina milijardi evra što tužene države stavlja u vrlo nezavidan ekonomski, a kasnije i politički položaj. No, bez obzira na to, u literaturi se po pravilu navode brojne prednosti arbitraža u odnosu na sudove⁵ i navode razlozi za njeno ugovaranje.⁶ Tek u poslednjih dvadesetak godina ovakvo uverenje se dovodi u pitanje.⁷ Naročito kada je reč o međunarodnim investicionim arbitražama. Arbitrima u međunarodnim investicionim arbitražama se često prigovora da neopravdano široko tumače pojam strane direktne investicije, da vrlo široko i u svoju korist tumače odredbe o svojoj nadležnosti i da su kod rešavanja merituma nedosledni i nedovoljno transparentni.⁸

² V. Jelena Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 2002.

³ O odnosu v. Karl-Heinz Boeckstiegel, "Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?", *Arbitration International*, br. 4, 2012, str. 577–590; Anthea Roberts, "Divergence Between Investment and Commercial Arbitration", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* br. 106, 2012, str. 297–300

⁴ V. Phillipe Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes," *Indiana Law Journal*, 1968, str. 27. Dostupno na: <https://pdfs.semanticscholar.org/da24/f6c8b3dd46be7e5506c337a2cae7f3f09d4e.pdf>, 25.08.2019; Petar Đundić, "Merodavno pravo za suštinu spora pred arbitražnim sudovima IKSIDA: član 42(1) IKSID Konvencije i uloga nacionalnog prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, 2017, str. 1627–28.

⁵ V. Miodrag Trajković, *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000, str. 25.

⁶ Maja Stanivuković, *Međunarodna arbitraža*, Beograd, 2013, str. 29.

⁷ V. Radovan Vukadinović, Vladimir Vukadinović, "Budućnost ISDS meahnizma i bilateralnih sporazuma o zaštiti stranih investicija", *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar, 2019, str. 7.

⁸ V. Jan Paulsson, "Moral Hazard in International Dispute Resolution" (2010) 25 (2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, br.2, 2010, str. 341–343. Dostupno na https://www.arbitration-icca.org/media/4/69377396990603/media012773749999020paulsson_moral_hazard.pdf,

“PРАВNA PRAVILA” KAO MERODAVNO PRAVO

U izvorima međunarodnog investicionog prava, kao što su Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država (Vašingtonska ili ICSID konvencija), većini bilateralnih sporazuma o zaštiti i podsticanju stranih investicija (BiT) i u komercijalnim ugovorima o ulaganju, stranama se uglavnom ostavlja sloboda da same izaberu merodavno pravo (ili pravna pravila), ili da to učine arbitri u skladu sa u njima predviđenim pravilima. Međutim, ni u jednom od navedenih izvora se ne određuje pojam “prava” ili “pravnih pravila”, pa se kao prethodno, postavlja pitanje šta se pod ovim podrazumeva.

U starijoj literaturi izrazi “pravna pravila ili pravila prava” su tretirani kao “neuobičajeni” u odnosu na tradicionalni i prepoznatljiviji pojam “pravo”, koji je korišćen u toku pregovora o ICSID konvenciji.⁹ U literaturi se navodi da su sastavljači Konvencije u toku pregovora oko konačnog teksta kod izraza “pravila” (iz međunarodnog prava) upućivali na odredbe člana 38(1) Statuta Međunarodnog suda pravde, u kojima međunarodno pravo obuhvata opšte ili posebne međunarodne konvencije koje ustanovljavaju pravila koja su izričito priznata od strane država u sporu, međunarodne običaje kao dokaz opšte prakse, prihvaćene kao pravo; opšta načela prava priznata od civilizovanih naroda i sudske odluke i mišljenja najpozvanijih naučnika.

Međutim, u konačnom tekstu Konvencije ovo upućivanje je izostalo.¹⁰ U Rezoluciji o arbitraži između država, državnih preduzeća ili državnih organa i stranih preduzeća, Instituta za međunarodno pravo, pod pravnim pravilima koja stranke mogu da izaberu kao merodavno pravo podrazumeva se jedan ili više nacionalnih pravnih sistema ili nenacionalnih izvora, kao što su principi međunarodnog prava, opšti principi prava i međunarodni trgovački običaji.¹¹ U arbitražnoj praksi pojam merodavnog prava arbitri shvataju vrlo široko i na različite

25.08.2019; Radovan Vukadinović, “Judicijalizacija međunarodnih investicionih arbitraža”, *Revija za evropsko pravo*, 2019, str. 48.

⁹ P. Khan, “The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes,” *Indiana Law Journal*, 1968, str. 11.

¹⁰ Prema odredbama člana 38(1) Statuta, kad Sud odlučuje u skladu sa međunarodnim pravom, u suštini primenjuje opšte ili posebne međunarodne konvencije koje ustanovljavaju pravila koja su izričito priznata od strane država u sporu, međunarodne običaje kao dokaz opšte prakse, prihvaćene kao pravo; opšta načela prava priznata od civilizovanih naroda, sudske odluke i stavove najpozvanijih naučnika

¹¹ Čl. 6. Rezolucije (Resolution on Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises, 12 September 1989, 5 *ICSID Review – FILJ* 139 (1990) str. 141. Dostupno na: http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf 11.09.2019

načine i kao merodavno pravo primenjuju pravila ne samo tzv. “tvrđog prava”, već i “meko pravo”.

NAČINI IZBORA MERODAVNOG PRAVA

Ovako definisano pravo ili pravna pravila, stranke mogu odrediti ili same u skladu sa načelom autonomije volje, ili arbitri, u slučaju da to nisu uradile stranke.¹² U komercijalnim ugovorima strani investitor i država domaćin, odnosno njeno javno ili privatno preduzeće, saglasnost mogu dati u arbitražnoj klauzuli, ili je mogu postići kasnije. U BiT-vima se smatra da je domaća država svoju saglasnost na arbitražno rešavanje sporova dala unapred - potpisivanjem samog sporazuma. Druga strana – investitor prihvata takvu ponudu pokretanjem tužbe ili zahteva pred arbitražom. Pravilo je da saglasnost ili pristanak daju strane iz osnovnog posla za tačno određeni spor koji je nastao ili može da nastane. U slučaju sporova iz BiT-ova, pristanak ili saglasnost daje investitor koji nije ugovorna strana u odnosnom BiT-u, kroz priznanje tzv. “kišobran dejstva”.¹³ U teoriji se takva saglasnost označava kao saglasnost na arbitražu bez pristanka.¹⁴ Merodavno pravo može biti određeno i u domaćim (nacionalnim) propisima države prijemnice kapitala.

Kao osnovni i primarni način određivanja merodavnog prava za suštinu spora ISCID konvencija, ICSID i UNCITRAL arbitražna pravila priznaju autonomiju volje stranaka. Autonomiju volje priznaju i nacionalna zakonodavstva i drugi međunarodni izvori.¹⁵ Prema ovom načelu, stranke su potpuno slobodne da za rešenje svog spornog odnosa odaberu bilo koje pravo. U teoriji se navodi da strankama iz komercijalnog ugovora stoji na raspolaganju najmanje sedam opcija ili kombinacija.¹⁶

¹² V. Maja Stanivuković, “Izbor pravnih pravila po kojima će arbitraža odlučiti o meritumu spora”, *Arbitraža*, br. 1, 2000, str. 54–74. O modalitetima način izbora prava, v. Tiada Begić, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven Intrentaional Publishing, Utrecht, 2005, str. 15.

¹³ V. Radovan Vukadinović, “Kišobrani su u modi – kišobran klauzule u sporazumima o zaštiti stranih investicija”, *Pravni život*, 2017, knj. 602, br. 12, str. 381–396.

¹⁴ Jan Paulsson, “Arbitration without Privity”, 10 *ICSID Rev.*, 1995, Kritiku, v. u: M. Sornarajah, “Power and Justice in Foreign Investment Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, 1997, str. 124.

¹⁵ V. Rezoluciju o arbitraži između država, državnih preduzeća ili državnih organa i stranih preduzeća, Instituta za međuanrodno pravo. Dostupno na: http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF. 12.09.2019.

¹⁶ Patrick Dumberry, Jacob Stone, “International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contact Dispu-

Prvu opciju predstavlja pravo države prijemnice kapitala. U praksi se to najčešće dešava iz više razloga. Pravo države domaćina je pravo mesta investiranja i mesta izvršenja ugovora. To je rešenje koje najviše odgovara domaćoj državi, dok je strani investitor izložen riziku da domaća država ne izmeni svoje propise tako da pogorša uslove njegovog poslovanja. Ovaj rizik može biti umanjen ugovaranjem tzv. stabilizacione klauzule.

Druga opcija je *trunc commun*, kao kombinovani skup zajedničkih principa ili pravnih pravila iz prava države domaćina i države porekla investitora. Ova opcija je korišćena prilikom projekta izgradnje podvodnog tunela između Francuske i Velike Britanije¹⁷ ili u sporu *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*.¹⁸ Ovde se od arbitara očekuje da nađu zajedničke principe, a ako ih nema, da na drugi način nađu "odgovarajuće" pravo.

Prema *trećoj* opciji, stranke biraju pravo treće neutralne države, različite od domaće države i države domaćina (*host state*).¹⁹

Prema *četvrtoj* opciji, stranke određuju sam ugovor kao merodavno pravo. Ovakav izbor je označen kao rešenje sa "puno teškoća,"²⁰ na primer, jer pretpostavlja da su komercijalnim ugovorom rešena sva pitanja, što nije realno očekivati.

Prema *petom* rešenju, stranke biraju BiT koji su zaključile odnosne države, kao pravo ugovora. Ovo rešenje se retko koristi, ali je moguće.²¹

Prema *šestoj* opciji stranke ugovaraju primenu "transnacionalne forme prava"²² koje može da sadrži opšte principe prava, princip pravičnosti, *lex merca-*

tes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 480.

¹⁷ Treaty between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel Fixed Link, čl. 19(6).

¹⁸ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*, *International Law Reports*, 35 1967, odluka od 15. marta 1963. str. 136.

¹⁹ P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, navode u ovom smislu spor *CDC Group plc v. Republic of the Seychelles*, ICSID Case No. ARB/02/14, odluka od 7. 12. 2003, tač. 43.

²⁰ *Ibidem*, str. 482.

²¹ *V. Československa Obchodni Banka, a.s. v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, odluka od 29.12. 2004, tač. 63.

²² P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under

toria. Problem sa ovakvim izborom je u tome što izabrane forme nisu jasno definisane ni u teoriji, ni u praksi i mogu se različito tumačiti.

Prema poslednjoj, *sedmoj*, opciji, stranke mogu ugovoriti međunarodno pravo. Ovakav izbor je ocenjen kao "atraktivan za investitora".²³

U praksi, kao merodavno, stranke najčešće biraju isključivo "domaće pravo" ne definišući šta pod njime podrazumevaju. Nisu retki ni slučajevi da su stranke u komercijalnom ugovoru pored domaćeg prava izabrali i međunarodno pravo ili jedan njegov deo (na primer opšta načela međunarodnog prava). U prvom slučaju izbor izgleda jasan: izabrano je samo domaće pravo, bez obzira šta se pod njim podrazumeva. U drugom slučaju izbor *i* međunarodnog prava, zahteva da se odredi međusobni odnos domaćeg i međunarodnog prava. Na kraju, moguće je da u slučaju nepostojanja saglasnosti oko izbora, arbitri kao merodavno, odrede samo međunarodno pravo. To praktično znači da, bez obzira na način na koji je to urađeno, kao merodavno može biti određeno isključivo domaće pravo, isključivo međunarodno pravo ili je određena primena i jednog i drugog. Izbor u prve dve situacije na prvi pogled je jasan i upućuje na primenu samo jednog-odabranog ili određenog prava ili pravnih pravila. U praksi je, međutim, primena samo domaćeg prava relativizovana, pa je shvatanje prava izbora (i autonomije volje) evoluiralo u pravcu potiskivanja i marginalizovanja značaja i uloge domaćeg prava.²⁴

Budući da je strankama ostavljena sloboda izbora, arbitri su dužni da prvo utvrde da li su stranke iskoristile autonomiju i odabrale ili su nameravale da odaberu merodavno pravo. Ako jesu, dužni su da ga primene. Tek u odsutstvu takvog izbora, mogu se kao dopunska primeniti pravila iz relevantnih izvora.²⁵ Međutim, ovako shvaćena sloboda izbora može biti ograničena užim ili širim tumačenjem saglasnosti, ali i njenim užim i širim shvatanjem u konkretnoj primeni.

the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 482.

²³ Vidi brojne slučajeve koje P. Dumberry, J. Stone, "International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century", *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, navode na str. 483, u napomeni br. 27.

²⁴ V. Sanja Đajić, Maja Stanivuković, "Unutrašnje pravo u međunarodnoj investicionoj arbitraži: zaboravljeni i zapostavljeni izvor prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, LXV(2017)2, str. 70. i dalje

²⁵ P. Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes," *Indiana Law Journal*, 1968, str. 20.

PRIMENA DOMAĆEG PRAVA KAO PRAVA IZABRANOG
NA OSNOVU NAČELA AUTONOMIJE VOLJE

Izbor. – Pravo države domaćina (domaće pravo) kao merodavno pravo najčešće biraju ugovorne strane u komercijalnom ugovoru na insistiranje države prijemnice, ali na njegovu primenu mogu da upute i BiT-ovi.²⁶ U prvom slučaju o izboru merodavnog prva direktno učestvuju domaće preduzeće i strani investitor. U slučaju BiT-ova, o tome odlučuju države: država porekla investitora i država prijemnica kapitala. Prirodno je pretpostaviti da će se država domaćin zalagati za primenu svog nacionalnog prava, dok će strani investitor (i njihove države) nastojati da “delokalizuje” spor i izbegnu pravo države domaćina,²⁷ između ostalog i zbog ubeđenja da takvo pravo pati od nedostatka demokratske kulture.²⁸

U praksi su poznati ugovori u kome je prihvaćen i jedan i drugi izbor.

Primena. – U početnom periodu nakon stupanja na snagu Vašingtonske konvencije logičnim i prirodnim je smatrano shvatanje da se izbor domaćeg prava kao merodavnog mora poštovati i da se tako odabrano pravo mora primeniti. Uostalom, samo u tom slučaju načelo autonomije volje ima praktičnu vrednost. Na spremnost sastavljača ICSID konvencije, UNCITRAL Model zakona i UNCITRAL arbitražnih pravila da strankama u sporu kao primarno priznaju ono koje je određeno na osnovu saglasnosti i autonomije volje, govore i formulacije relevantnih članova u pomenutim izvorima. I samo stavljanje načela autonomije volje na prvo mesto u ICSID konvenciji i u UNCITRAL model zakonu i arbitražnim pravilima, upućuju na njegov primarni značaj. Stoga bi nepoštovanje takvog izbora obesmisliло osnovno značenje načela autonomije volje koje je opšteprihvaćeno. U arbitražnoj praksi arbitri ICSID arbitraža su se različito odnosili prema domaćem pravu koje su stranke izabrale kao merodavno. Neki arbitražni tribunali su to poštovali, ali su brojni drugi smatrali da se, bez obzira na sporazum stranaka, međunarodnom pravu mora dati odlučujuća uloga u rešavanju spora.²⁹ To je opravdavano na različite načine. Često tzv. kontrolnom ulogom međunarodnog prava

²⁶ V. Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 158.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Beatriz Pérez de las Heras, “The European Union in International Investment Governance: a Hybrid Approach to Dispute Settlement”, *Romanian Journal of European Affairs*, br. 2, 2018, str.77

²⁹ P. Dumberry, J. Stone, “International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty-First Century”, *Yearbook on International Investment Law & Policy* (urednik Andrea K. Bjorklund), OUP 2014, str. 489. navode odluku u sporu *Letko v Liberia*.;

i internalizacijom investicionog spora. Eklatantan primer nepoštovanja volje stranaka i njihov izbor domaćeg prava kao merodavnog prava predstavlja arbitražna odluka doneta u predmetu *Caratube v Republic of Kazakhstan* (Karatjub).³⁰ U ovom slučaju ugovor o ulaganju je bio jasan u formulaciji da se “na njega i druge sporazume koji su zaključeni po osnovu ovog ugovora primenjuje pravo države (Kazahstan), osim ako je drugačije predviđeno međunarodnim sporazumom čija je (Kazahstan) država ugovornica.” U fazi određivanja merodavnog prava i stranke u sporu i arbitri su bili saglasni da na suštinu spora treba primeniti pravo Kazahstana kao izabrano pravo.³¹ Tužilac je u raspravi ovo pravo okvalifikovao kao “dobro pravo” i “izvanredno pravo”³². Međutim, nakon dobijenog ekspertskeg mišljenja profesora Šrojera (*Schreuer*), prema čijem shvatanju se međunarodno pravo mora uzeti u obzir čak i kada postoji izričiti izbor nacionalnog prava kao i da ICSID arbitražni sudovi često primenjuju pravila međunarodnog običajnog prava, bilo na osnovu prve ili druge rečenice člana 42(1),³³ arbitri su se opredelili da *uzmu u obzir* međunarodno pravo po osnovu člana 42(1) ICSID konvencije *zajedno i sa pravom* koje su stranke izabrale³⁴. Predmet *Karatjub (Caratube)* nije jedini i izolovani slučaj u kome arbitri nisu poštovali volju ugovornih stranaka. I u UNCITRAL predmetu “Češka Republika” (*CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*),³⁵ države ugovornice su u BiT-u na prvom mestu kao merodavno bile odredile pravo koje je na snazi u državama ugovornicama, tj. pravo Češke Republike. Stoga je prvo trebalo primeniti ovako izabrano pravo, a tek nakon toga i samo ako postoji potreba, primeniti međunarodno pravo. Arbitri su postupili obrnuto i primenili međunarodno pravo (i to samo one elemente koji su odgovarali tužiocu), odbijajući da analiziraju i primene domaće pravo.

Ovakva arbitražna praksa pokazuje da je načelo autonomije volje putem raznih obika “kreativnog” tumačenja u značajnoj meri “evoluiralo.” “Evolucija” je otišla dotle da su prisutna shvatanja da se tako izabrano pravo ne mora, ili čak ne sme primeniti, posebno *ako nije u skladu* sa međunarodnim pravom. O tome

H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 158. i dalje.

³⁰ Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/13/13, Award, 27 September, 2017. čl. 26.1. dostupno i na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>, 15.09.2019.

³¹ Tač. 284.

³² Tač. 286.

³³ Mišljenje je dao Christoph Schreuer. V. tač. 288. Odluke i Exh.CLA-53.

³⁴ Tač. 291.

³⁵ Dostupno na <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>, 15.09.2019.

svedoči upravo odluka doneta u predmetu *Karatjub protiv Kazahstana*, u kojoj je osnov primene nađen u članu 42(1) ICSID konvencije. Opravdanje za primenu međunarodnog prava i pored toga što je kao merodavno ugovoreno domaće pravo, tribunal nalazi u bojazni da bi stranke svojom voljom mogle u potpunosti da izbegnu međunarodno pravo u korist domaćeg prava koje može biti diskriminatorsko i doneto ili tumačeno u “lošoj veri.”³⁶

Pozivajući se na načelo autonomije, stranke mogu svojom voljom da izaberu i međunarodno pravo kao isključivo pravo ili se saglasiti da međunarodno pravo bude primenjeno *zajedno* sa domaćim pravom. Teorijsko opravdanje za izbor međunarodnog prava se, osim u želji da se izbegne loše domaće pravo” nalazi u “internacionalizaciji”³⁷ investicionih sporova, čemu doprinosi svojstvo države kao jedne ugovorne strane. Neposredna primena međunarodnog prava na privatne subjekte koji nisu subjekti međunarodnog prava (kao što je strani investitor), podrazumeva priznanje samoizvršivog karaktera relevantnog međunarodnog izvora, odnosno priznanje direktnog dejstva. Arbitri, međutim, o tome ne govore.

PRIMENA DOMAĆEG I MEĐUNARODNOG PRAVA KADA SU IH STRANKE IZABRALE KAO MERODAVNO

Ugovorne strane se mogu dogovoriti da merodavno pravo bude domaće pravo i međunarodno pravo, bez drugih detalja na koja će pitanja biti primenjeno jedno, a na koja drugo pravo. Prema generalnom tumačenju ovakva klauzula upućuje prvo na primenu domaćeg, a onda međunarodnog prava. To je uobičajeno značenje navedene formulacije. Da su stranke htele drugačiji redosled mogle su da to unesu u komercijalni ugovor. Ovakav redosled se opravdava i tzv. “nacionalnom prirodom (ugovornih) zahteva.”³⁸

Na zaključak da je međunarodnom pravu kao primarna, namenjena uloga da popunjava pravne praznine u domaćem pravu, upućuje jezičko značenje i redosled kako su navedeni izvori.

Prema ovom tumačenju, nacionalno pravo prvenstveno reguliše odnos između privatnih strana *inter se*, dok se međunarodno pravo isključivo tiče uzajamnih odnosa između država. U ovom smislu se navodi i slučaj “Srpskih zajmova”,

³⁶ V. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, str. 586–88.

³⁷ A.F.M. Maniruzzaman, “Conflict of Laws Issues in International Arbitration: Practice and Trends”, *Arbitration International*, br.4, 1993, str. 371; v. i odluku *Antoine Goetz et al. v. Republic of Burundi* (ICSID Case No. ARB/95/3), Odluka od 10.02. 1999.

³⁸ V. H.E. Kjoss, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP 2013, str. 171. i napomenu br. 98.

u kome je Stalni međunarodni sud zauzeo stav da, ako sporazum nije zaključen između subjekata međunarodnog prava, regulisan je nacionalnim pravom.³⁹ Na kraju, u prilog prvenstva domaće prava govori i Kalvo” (*Carlos Calvo*) doktrina i stav da načelo suverenosti ne dozvoljava da odgovornost domaće vlade prema strancima bude veća nego prema domaćim državljanima.⁴⁰ Jednakopravni položaj stranaca (pa i investitora) domaća država može obezbediti i ustavnim odredbama ili drugim nacionalnim propisima. U svim navedenim slučajevima međunarodno pravo se kao supsidijarno može primeniti indirektno, kao merodavno pravo, ili direktno, kad je u domaće pravo inkorporisano međunarodno pravo, kao dopunsko i korektivno pravo. U korektivnoj ulozi, međunarodno pravo služi da popuni pravne praznine u domaćem pravu koje postoje ne samo kad u domaćim propisima nije predviđeno konkretno rešenje, već i kad je ono u koliziji sa međunarodnim pravom. Iako postoji, druga funkcija međunarodnog prava je kontroverzna⁴¹ jer se protivi načelu autonomije volje ili ograničava njegov domašaj i načelom suvereneta države prijemnice kapitala. Ovakvo tumačenje redosleda⁴² u primeni i funkcije međunarodnog prava je delimično podržano u arbitražnoj praksi i pravnoj teoriji.⁴³

Ugovorne strane mogu izabrati međunarodno pravo i kao jedino merodavno pravo.

PRIMENA MEĐUNARODNOG PRAVA KAD STRANE NISU IZABRALE MERODAVNO PRAVO

Prema odredbama člana 42(1) ICSID konvencije, druga rečenica, ako se stranke nisu dogovorile o merodavnom pravu, arbitražni tribunal primenjuje pravo države ugovornice koja je stranka u sporu (i njena pravila o sukobu zakona), kao i pravila međunarodnog prava koja se primenjuju u datoj oblasti. Navedena

³⁹ Presuda od 12. jula 1929, *PCIJ Series A*, br. 14, str. 41; *Report of the Committee for the Study of International Loan Contracts*, str. 21, League of Nations Publication, 1939. Za kritiku stava, v. Thomas Wälde, “The Serbian Loans Case: A Precedent for Investment Treaty Protection of Foreign Debt?”, *International Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, Cameron May, 2005, str. 383, 395.

⁴⁰ H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 192–193.

⁴¹ *Ibidem*, str. 195.

⁴² Međutim, u UNCITRAL predmetu *CME v Czech Republic*, arbitri su bili izričiti da između izvora čija su pravila navedena kao merodavna, ne postoji hijerarhija, ni rangiranje. Konačna odluka od 14. marta 2003, tač. 400.

⁴³ Za konkretne slučajeve, v. H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor – State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 163–170.

formulacija je u teoriji i arbitražnoj praksi na različite načine tumačena. Jedni su smatrali da bi u primeni trebalo poći od domaćeg prava, a drugi od međunarodnog, kao primarnog prava.⁴⁴ Praksa je pokazala da na primeni domaćeg prava insistiraju države prijemnice kapitala koje se zalažu za maksimalnu primenu svog prava, ograničavajući primenu međunarodnog prava samo na popunjavanje pravnih praznina u domaćem pravnom sistemu. Strani investitori preferiraju primenu međunarodnog prava,⁴⁵ upravo da bi izbegli pristrasnost domaćeg sistema ili nepoverenje koje imaju u pravo države domaćina. Formulacija iz člana 42(1) druga rečenica, kao da “miri” ova dva suprotstavljena stava jer se čini da uvažava potrebe i jedne i druge strane i predviđa primenu *i* jednog *i* drugog prava. To će zaista i biti tako, kad se ne razlikuju rešenja u domaćem pravu i međunarodnom pravu. Ali, kad između njih postoje razlike, kao što često biva, postavlja se pitanje kom pravu dati prednost i prvo ga primeniti. Odgovor se može naći u tumačenju veznika “i” iz druge rečenice člana 42(1) ICSID konvencije.

Uobičajeno jezičko značenje veznika “i” je da ukazuje na spajanje, pridruživanje ili dodavanje. U konkretnom slučaju to znači da se primenjuje i domaće i međunarodno pravo i da primena jednog ne isključuje primenu drugog prava. U pogledu redosleda, stavljanjem na prvo mesto, prednost je data primeni domaćeg prava. Samo za ona pitanja koja nisu regulisana domaćim pravom, odnosno u slučaju pravnih praznina, pomoć bi trebalo tražiti u međunarodnom pravu. Ne vidimo čime se može opravdati promena ovakvog redosleda. Arbitražna praksa, međutim, pokazuje “intersantnu” evoluciju uloge i značaja međunarodnog prava: od jedva priznatog, do osnovnog i primarnog prava. Na dvostruku ulogu međunarodnog prava: *komplemenatrnju* i *korektivnu*, arbitri su prvi put ukazali u odluci donetoj u predmetu *Kleckner (Kloekner)*.⁴⁶ Kasnije je takvo shvatanje prihvaćeno u brojnim ICSID arbitražnim odlukama,⁴⁷ pre svega u predmetu *Amco (Amco)*.⁴⁸ Prema ovom shvatanju (*Kloekner-Amco*), međunarodno pravo se može primeniti samo kao dopunsko pravo i samo nakon što je primenjeno domaće pravo. Na

⁴⁴ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 375–411.

⁴⁵ *Ibidem*, str. 381.

⁴⁶ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Societe Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), Odluka od 21. oktobra 1983, *ICSID Rep.* 9, 1994. Odluku je potvrdio ad hoc Odbor, od 3. maja 1985. *ICSID Rep.* 95, 1994, str. 117 i dalje.

⁴⁷ E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 381.

⁴⁸ *Amco v. Indonesia*, Odluka od 20. 11. 1984, 1 *ICSID Rep.* 1993, str. 413.

takvo tumačenje upućuju i pripremni materijali i diskusija vođena tokom usvajanja ICSID konvencije. Zapisnici pokazuju da se u početku raspravljalo da li uopšte ima mesta primeni međunarodnog prava, a tek kasnije, nakon što je konstatovano da ima mesta, trebalo je definisati uslove njegove primene.⁴⁹ U prilog primarne uloge *domaćeg prava* govore i pravila tumačenja međunarodnih ugovora (u koje spada i ICSID konvencija), koja upućuju na potrebu tumačenja u “dobroj veri” i u skladu sa “uobičajenim značenjem.”

S druge strane, dopunjujuća uloga *međunarodnog prava*, koja se manifestuje u primeni međunarodnog prava radi popunjavanja pravnih praznina u domaćem pravu, počiva na pretpostavci da je sistem međunarodnog prava potpuniji, razvijeniji i napredniji od domaćih pravnih sistema (pre svega država prijemnica kapitala). O navedenim pretpostavkama se, međutim, može diskutovati.⁵⁰ Ponekad se ovako određena “dopunska uloga međunarodnog prava u arbitražnoj praksi shvata kao prilika da se *koriguje* domaće nekonzistentno pravo i pre nego što se detaljno ispita da li u domaćem pravu zaista postoji pravna praznina.⁵¹ Smatramo da bi posebno opasno bilo da se pod izgovorom popunjavanja pravnih praznina, po shvatanju arbitara “loša ili nepodobna” pravila i rešenja domaćeg prava odmah i automatski menjaju “boljim ili naprednijim” međunarodnim pravom.

Istorija pregovora oko ICSID konvencije svedoči da je u početku bilo predviđena primena *ili* domaćeg *ili* međunarodnog prava, ali je kasnije rastavni veznik “ili” zamenjen sastavnim veznikom “i”. Time je po našem mišljenju međunarodnom pravu obezbeđena “dopunska” uloga u popunjavanju pravnih praznina u domaćem pravu. Međutim, *ad hoc* Odbor (iz člana 52. ICSID konvencije) je već u predmetu *Kloeckner* širokim tumačenjem obezbedio primenu međunarodnog prava *i u slučaju kad postoji neslaganje* između domaćeg i međunarodnog prava. *Ad hoc* Odbor je na ovaj način međunarodnom pravu praktično priznao “dopunsku i korektivnu” uloga polazeći od opšte pretpostavke da je međunarodno pra-

⁴⁹ E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 18, 2003, str. 386, i napomena br. 42.

⁵⁰ V. E. Gaillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 18, 2003, str. 394. koji u pogledu kompletnosti pravnog poretka upućuje na *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (ured. E. Gaillard, J. Savage, 1999, tač. 1512 i 1557.

⁵¹ V. W. Michael Reisman, “The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold”, 15 ICSID Rev. — FILJ, 2000, str. 371.

vo savršenije od domaćeg (nacionalnog) prava. Tako se izabranom nacionalnom pravu domaće države umesto primarnog daje supsidijarni karakter i značaj.⁵²

Druga situacija, u kojoj bi u skladu sa tumačenjem druge rečenice iz člana 42(1) ICSID konvencije trebalo primeniti međunarodno pravo, postoji u slučaju *sukoba* između rešenja predviđenih u domaćem pravu i onih u međunarodnim izvorima. Pri tome se sukob, kolizija ili neslaganje u rešenjima razume na dva načina: kao *svako razlikovanje* u predviđenim rešenjima ili kao *neslaganje sa principima međunarodnog prava*.⁵³ Međunarodno pravo treba primeniti samo u drugom slučaju koji se poredi sa povredom međunarodnog javnog poretka u međunarodnom privatnom pravu.⁵⁴

MEĐUNARODNO PRAVO KAO PRIMARNO PRAVO

Međunarodnom pravu primarnu ulogu u rešavanju investicionih sporova mogu dati ugovorne strane svojim sporazumom, ili arbitri u slučaju da ne postoji saglasnost strana. Prilikom određivanja međunarodnog prava kao merodavnog prava, ugovorne strane mogu biti rukovođene različitim razlozima.⁵⁵ Svoju saglasnost mogu dati na različite načine: izričito i prećutno.⁵⁶ Bez obzira na način kako je data saglasnost, volja ugovornih strana se mora poštovati i čini se da nema spornih pitanja u primeni tako određenog međunarodnog prava. Međutim, u praksi (naročito u poslednjoj deceniji), kao osnov ili razlog primene međunarodnog prava kad ono nije ni izričito, ni prećutno odabrano, navodi se “međunarodna priroda zahteva/tužbe.”⁵⁷ Preduslov za to je bilo priznanje tzv. vertikalne samoizvršivosti međunarodnih investicionih ugovora. Razlozi za ovakvu radikalnu promenu u tumačenju se delimično mogu naći u obrazloženju odluke koju je Engleski Visoki sud pravde (a potvrdio Apelacioni sud) doneo u predmetu *Equa-*

⁵² Christopher. F. Dugan, Don Wallace, Noah Rubins, Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, New York 2011, str. 201.

⁵³ E. Gillard, Y. Banifatemi, “The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 18, 2003, str. 398.

⁵⁴ *Ibidem.*. Posebno v. W. M. Reisman, “The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of Its Threshold”, 15 *ICSID Rev. — FILJ* 362,2000, str. 375–377.

⁵⁵ V. H.E. Kjoss, *Applicable Law in Investor-State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 213.

⁵⁶ *Ibidem*, str. 222.

⁵⁷ *Ibidem*, str. 224.

dor v Occidental.⁵⁸ Prema shvatanju Suda, “BiT stvara prava i obaveze između država na nivou međunarodnog javnog prava. Iz formulacija BiT-a (...) dva zaključka izledaju logična. Prvo, države strane u BiT-u su nameravale da investitorima daju prava da, u njihovo ime i za njihov račun, pokreću tužbe protiv druge države kao ugovorne strane (ugovornice). Drugo, ova prava su dodeljena na osnovu međunarodnog prava i moraju biti definisana na principima međunarodnog javnog prava.”

ZAKLJUČAK

Bez obzira na različita rešenja koja postoje u izvorima međunarodnog arbitražnog prava (ICSID konvenciji i BiT-ovima), arbitražna praksa pokazuje da se izbor prava tumači vrlo široko i uglavnom u korist država investitora. Ovakvo tumačenje se uklapa u tendenciju veće i obuhvatnije zaštite koju strani investitori propagiraju i primenjuju od kraja prošlog milenijuma, odnosno od 90-tih godina prošlog veka. Iako se to pokušava opravdati različitim pravnim argumentima, o kojima je u radu bilo reči, mislimo da su odlučujući uticaj imale promenjene političke okolnosti sa kraja prošlog milenijuma, pre svega talas privatizacije i tranzicije planske u tržišnu privredu i neoliberalni koncept organizacije političkog i ekonomskog života. O tome svedoči istorijat pregovora kod formulisanja i usvajanja Vašingtonske konvencije i kasnija evolucija u tumačenju pojedinih pojmova, kao što su strane investicije, ISDS mehanizam zaštite i merodavno pravo, posebno tumačenje člana 42(1) prva i druga rečenica ICSID konvencije. Istoriyat pregovora pokazuje da je u početku kao merodavno bilo predviđeno samo domaće pravo, a da mu je kasnije pridodato i međunarodno pravo, čime je otvoreno pitanje redosleda primene i međusobne hijerarhije.

Pitanje je podjednako aktuelno i kad su merodavno pravo odredile ugovorne strane u skladu sa načelom autonomije volje, i kad strane o tome nisu postigle dogovor. U početku je volja ugovornih strana u potpunosti poštovana, bilo da su izabrale domaće ili međunarodno pravo kao pravo merodavno za suštinu spora. Kasnije su, međutim, nalaženi različiti razlozi da se ovo pravilo ublaži pa čak i u potpunosti derogira čime je uloga i značaj domaćeg (nacionalnog) prava država prijemnica marginalizovana i potisnuta u korist međunarodnog prava. Razloge za to arbitri su nalazili u široko shvaćenoj pravnoj prirodi tužiočevih zahteva ili tužbi. Prema ovom shvatanju komercijalni ugovori između investitora i država domaćina su složene pravne prirode u kojima se mešaju i preklapaju elemen-

⁵⁸ *Ecuador v Occidental, Judgment of the Court of Appeal regarding non-justiciability of challenge to arbitral award*, 9 September 2005, [2005] EWCA Civ 1116, para. 19 (Lord Phillips of Worth Matravers MR, Clarke, Mance LJ). Navedeno prema H. E. Kjos, *Applicable Law in Investor – State Arbitration The Interplay Between National and International Law*, OUP, 2013, str. 225.

ti privatnog i javnog prava. Sa druge strane, BiT-ovi su međunarodni ugovori i razumljivo je što su regulisani međunarodnim javnim pravom. Iz toga se zaključuje i da su zahtevi investitora javnopravne prirode i ne mogu biti regulisani isključivo (ili čak i uopšte) domaćim pravom. Ovakva “publicizacija” opravdava primarnu ulogu javnog prava. U prilog primene međunarodnog prava navode se i shvatanja da domaće pravo nije potpuno ili da nije usklađeno sa međunarodnim pravom.

JELENA VUKADINOVIĆ MARKOVIĆ, Ph.D.,
Research Associate, Institute for Comparative Law,
Belgrade

APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

Summary

The issue of applicable law in investment disputes arises at different stages of the proceedings. The first time, in determining the jurisdiction of the arbitral tribunal to decide on the particular dispute, then in deciding on the substance of the dispute and, finally, in recognizing and enforcing of arbitral awards. In all three cases, it is possible to apply the provisions of different legal systems as applicable law for particular issues: international law, EU law and domestic law of the host state.

The possibility of applying different regulations and legal systems that differ in content not only complicates and slows down the award and enforcement of the arbitral decision, but also creates general legal uncertainty to the extent to which the applicable legal systems differ from each other, but also because of the unresolved issue of mutual hierarchy of the above sources. Given this situation, the objective of the paper is to present the various solutions that exist in this regard in living sources, legal theory and arbitration practice, and, subsequently, to make certain recommendations.

Key words: applicable law, international law, BiT, investment dispute