

НЕУЈЕДНАЧЕНОСТ МЕЂУНАРОДНЕ
АРБИТРАЖНЕ ПРАКСЕ У ТУМАЧЕЊУ
КЛАУЗУЛЕ НАЈВЕЋЕГ ПОВЛАШЋЕЊА И
ФРАГМЕНТАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА¹

Кључне речи: Клаузула највећеџ љовлацћења – клаузула најљовлацће-
није нације – МФН клаузула – инвестициона арбиџража – фразменџација.

693

1. УВОД

Фрагментација међународног права предмет је интензивног интересовања стручне правничке јавности већ дуже време а расправа се креће од негирања њеног постојања до тврдњи да ће дезинтеграциони процеси довести до кризе међународног правног система. Фрагментација се понекад описује као нужна фаза у развоју међународног права, као облик прогресивне специјализације али и као манифестација демократизације јер се опире централизацији правностваралачке и правосудне моћи. Према мишљењу Комисије УН за међународно право из 2006. године процес фрагментације не угрожава међународни правни систем.

Феномен фрагментације се може доказивати и оспоравати на више начина. Један од њених појавних облика и њен доказ је неуједначена и недоследна примена општих правних норми у појединачним случајевима, односно у судским и арбитражним поступцима. Аксиом је различитост праксе бранити посебним околностима сваког случаја што значи да је захтевно доказивати фрагментацију путем међународне судске и арбитражне праксе.

На овом месту су одабрани примери из међународне арбитражне праксе о тумачењу клаузуле највећег повлашћења (МФН клаузула) када су донете различите односно чак супротне одлуке о општим и посебним условима за примени МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова. Клаузула највећег повлашћења је једноставна одредба чија је формулација у меродавним уговорима врло слична или чак иста: инвеститорима и инвестицијама се гарантује третман који није мање повољан од третмана који се пружа инвеститорима и инвестицијама треће државе.² Посебно је питање да ли се под МФН третманом подразумева онај статус који је гарантован уговором или већ и фактички бољи третман активира примену ове клаузуле.³ Ово је најчешћа формулација одредбе која се уме разликовати само по томе што се уносе

² Као пример може се навести члан 3 *Споразума између Србије и Данске о подстицању и узајамној заштити улагања* из 2009. године (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 105/2009, ступио на снагу 23. јануара 2010.):

Члан 3 – Третман улагања

1. Свака Страна уговорница ће на својој територији обезбедити улагањима улагача друге Стране уговорнице третман који ни у ком случају неће бити неповољнији од третмана који се обезбеђује улагањима сопствених улагача или улагањима улагача трећих држава, зависно од тога који је, са аспекта улагача, повољнији.

2. Свака Страна уговорница ће гарантовати, на својој територији, улагачима друге Стране уговорнице, у погледу управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховим улагањем, правичан и равноправан третман који ни у ком случају неће бити мање повољан од оног који додељује сопственим улагачима или улагачима из ма које треће земље, зависно од тога шта је, са аспекта улагача, повољније.

³ У том контексту вредна је пажње формулација МФН клаузула члану 4 ст. 3 Споразума између Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања: „Третман додељен Страни

допуне. Такве допуне се могу поделити у три групе: искључење примене ове одредбе на царинске уније, зоне слободне трговине и економске интеграције, и посебне уговоре о пореским питањима;⁴ посебно навођење одредаба БИТ-а на које се МФН клаузула односи и посебно искључење примене МФН-а на одредбе о решавању спорова.⁵

У раду ће хронолошки бити приказане одлуке у предметима *Мафезини* против *Шпаније*,⁶ *Плама* против *Бугарске*,⁷ *Рос Инвест* против *Русије*,⁸ *Килич* против *Туркменистана*⁹ и *Гаранти Коза* против *Туркменистана*.¹⁰ Разлике које постоје у тумачењу МФН клаузуле у овим предметима су несумњиве јер су супротне не само одлуке о захтевима заснованим на МФН клаузули већ су супротна и тумачења општих услова за њену примену.

Након приказа арбитражне праксе следи анализа о оправданости такве неуједначености: да ли је овде реч о развоју института клаузуле МФН где је фрагментација заправо показатељ специјализације ове норме, или је таква неуједначеност ипак негативна фрагментација која доводи до дезинтеграције правног тумачења и правне несигурности.

у складу са одредбама ст. 1. и 2. овог члана значи, у односу на локални ниво власти, третман који, у датим околностима, локална власт додељује улагачима и њиховим улагањима.“

4 Овај изузетак је готово правило у међународним инвестиционим уговорима. Постоји, на пример, у уговорима Србије са Црном Гором (чл. 3 став 3), са Азербејџаном (чл. 4 став 3), са Аустријом (чл. 3, став 2), са Немачком (чл. 3 став 3) итд.

5 Као пример може да послужи став 4 члана 4 *Споразума између Србије и Азербејџана о подстицању и узајамној заштити улагања* из 2011. године (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр., ступио на снагу 14.12.2011.):

Члан 4 – Национални третман и третман најповлашћеније нације

4. Одредбе ст. 1. и 2. овог члана неће се тумачити тако да обавезу једну Страну уговорницу да примени неки други начин решавања спорова са улагачем државе друге Стране уговорнице, осим оног изричито прописаног чланом 11. овог Споразума.

⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Одлука о приговорима ненадлежности од 25. јануара 2000. и Арбитражна одлука од 13. јануара 2000. (у даљем тексту: *Мафезини* (надлежност) и *Мафезини* (меритум)).

⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Одлука о надлежности од 8. фебруара 2005. и Арбитражна одлука од 27. августа 2008. (у даљем тексту: *Плама* (надлежност) и *Плама* (меритум)).

⁸ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 079/2005), Арбитражна одлука о надлежности из октобра 2007. године и Коначна арбитражна одлука од 12. септембра 2010. (у даљем тексту *Рос Инвест* (надлежност) и *Рос Инвест* (меритум)).

⁹ *Kiliç İnşaat İhalel İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Одлука о члану VII.2 Двостраног инвестиционог споразума између Туркменистана и Турске од 7. маја 2012., Арбитражна одлука од 2. јула 2013. и Одлука о захтеву за поништај од 14. јула 2015. (у даљем тексту: *Килич* (тумачење), *Килич* (надлежност), *Килич* (поништај)).

¹⁰ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Одлука о приговору ненадлежности због недостатка сагласности од 3. јула 2013. године и Арбитражна одлука од 19. децембра 2016. (у даљем тексту: *Гаранти Коза* (надлежност) и *Гаранти Коза* (меритум)).

2. ПРИМЕРИ НЕУЈЕДНАЧЕНОСТИ МЕЂУНАРОДНЕ АРБИТРАЖНЕ ПРАКСЕ

Предмети Мафезини и Плама већ су популарни у литератури међународног инвестиционог права и често се наводе као примери неуједначеног тумачења међународних арбитражних судова.¹¹ Уједначено тумачење у међународној инвестиционој арбитражној пракси није лако постићи јер се арбитражни судови конституишу за сваки појединачни предмет, а уговори на основу којих се воде спорови су билатерални, тако да је различитост очекивана. Са друге стране, стандарди који су предмет тумачења су слични, врло често чак исти, а уобичајено је да се сви арбитражни судови позивају на ранију арбитражну праксу иако са тим предметима не постоји никаква правна или фактичка веза. Другим речима, конвергенција је очекивана и често остварена:¹² тешко је, на пример, заговарати тумачење које одступа од општег тренда арбитражне праксе. Управо зато је одступање од општих тумачења заједничких норми изузетак који може да буде оправдан само посебним околностима случаја, специјално уговореним одредбама или посебним разлозима. Одабрани примери треба да илуструју таква одступања, њихове разлоге, оправданост али и учесталост.

2.1. Мафезини против Шпаније

Предмет Мафезини се у данашњој литератури и арбитражној пракси углавном помиње поводом два правна питања: приписивања држави аката привредних друштава у државној својини ради утврђивања међународне одговорности државе за повреде међународних уговора о заштити инвестиција, и поводом примене клаузуле највећег повлашћења. Овде ћемо се задржати само на другом правном питању.

¹¹ Elisabeth Whitsitt, "Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence", *Journal of Energy and Natural Resources Law* 4/2009, 527-558; Gabriel Egli, "Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions", *Pepperdine Law Review* 4/2007, 1045-1084; Jarrod Wond, "The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 1/2008, 171-198; Scott Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law* 1/2007, 125-190; Bruno Poulain, "Clauses de la nation la plus favorisée et clauses d'arbitrage investisseur-Etat: Est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini", *ASA Bulletin* 2/2007, 279-301; Ruth Teitelbaum, "Who's Afraid of Maffezini – Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", *Journal of International Arbitration* 3/2005, 225-238.

¹² „Одлуке су допринеле развоју кохерентне арбитражне праксе о ИКСИД конвенцији.“ – Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, 56.

Емилио Мафезини, аргентински држављанин, основао је у Шпанији привредно друштво ради инвестирања у хемијску индустрију, односно ради изградње фабрике за производњу линије хемијских производа. У основаном привредном друштву (EAMSA – Emilio A. Maffezini S. A.) Емилио Мафезини је имао 70% удела у капиталу, док је 30% удела припадало шпанском друштву СОДИГА (SODIGA – *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia*). СОДИГА је заједничком друштву одобрила посебан кредит, у износу који је био 4/5 вредности капитала друштва ЕАМСА по преференцијалном режиму уз нижу каматну стопу. ЕАМСА је добила и низ субвенција од министарства финансија Шпаније.

Истовремено са оснивањем привредног друштва Мафезини је почео са испитивањем пословних могућности, ангажовао је приватне консултантске фирме и упутио захтеве за добијање информација шпанским агенцијама задуженим за промоцију инвестиција. СОДИГА, партнер Мафизинија, спровела је независно истраживање тржишта и процене исплативости будућег пројекта. Иако је агенција за заштиту животне средине каснила са издавањем дозволе, Мафезини је наставио са изградњом фабрике. Годину дана након почетка изградње ЕАМСА је запала у финансијске неприлике јер није добила очекиване кредите и субвенције. Њена великвидност је делимично санирана трансфером средстава са приватног рачуна Мафезинија на рачун ЕАМСА. Убрзо је Мафезини обуставио пројекат и понудио да СОДИГА отпише све дугове које су Мафезини и ЕАМСА имали према њој у замену за капитал и имовину заједничког друштва. ЕАМСА је прво тражила доплату да би окончала трансакцију, а након што је Мафезини потражио помоћ своје државе, Аргентине, СОДИГА је прихватила првобитну понуду коју је овај пут Мафезини одбио и одлучио се да Шпанију тужи пред ИКСИД-ом.

Шпанија је уложила четири претходна приговора, а ми ћемо се овде задржати само на првом којим је Шпанија истицала да арбитражни суд нема надлежност јер нису били исцпљени локални правни лекови.¹³ Овом приговору арбитражни суд је посветио највише пажње а резултат је одлука која је постала преседан за тумачење процесних одредаба инвестиционих споразума и надлежности арбитражних судова.

Члан X двостраног међународног уговора о заштити страних улагања (Шпанско-аргентински БИТ) условљавао је тужбу међународној арбитражи претходним обраћањем домаћим судовима – тужилац је био у обавези да покуша да реши спор пред судовима државе домаћина инвестиције у року од 18 месеци од избијања спора.¹⁴ Тек уколико суд не би донео одлуку у року од 18 месеци, или је одлука донета али њом није решен спор, инвеститор

¹³ Мафезини (надлежност), пасуси 19-63.

¹⁴ Мафезини (надлежност), пасус 19.

стиче право да се обрати међународној арбитражи. Овде је реч о услови локалних правних лекова у нешто измењеној варијанти која је типична за међународне инвестиционе споразуме,¹⁵ а то је ограничен рок у којем је страни инвеститор дужан да покуша да спор реши пред домаћим судовима. Поред ове уобичајене олакшице, постоји и једна општа која је предвиђена у члану 26 ИКСИД конвенције која претпоставља да су локални правни лекови искључени осим ако конкретним БИТ-ом или другом понудом за арбитражно решење спора нису уведени.¹⁶ Другим речима, бар у ИКСИД контексту, локални правни лекови су далеко лакша препрека него пред другим међународним судовима.

Емилио Мафезини није покушао да се обрати судовима Шпаније већ је одмах покренуо ИКСИД арбитражу. Његов одговор на приговор Шпаније био је аргумент заснован на МФН клаузули. Формулација ове одредбе у меродавном БИТ-у била је уобичајена: „У погледу свих питања уређених овим споразумом третман не може бити мање повољан за улагања од оног који држава уговорница пружа улагањима улагача треће државе.“ Тужилац је сматрао да има право да буде ослобођен обраћања домаћим судовима позивањем на БИТ Шпаније са трећом државом који такав услов није познавао.

МФН клаузула заиста јесте једна од најстаријих гаранција коју познају међународни уговори о заштити странаца и временом је она постала стандардна одредба у бројним међународним уговорима различитог карактера. Проблем у примени је одређивање њеног домашаја: шта се сматра третманом и на које уговоре са трећим државама ова клаузула упућује. Осим уобичајених изузетака (царинска унија, регионална организација, економска интеграција) понекад се уговарају и посебни изузеци. Ако нема посебно уговорених изузетака, заиста је отворен проблем домашаја и поља примене клаузуле највећег повлашћења: како тумачити ћутање одредбе о њеном домашају и која су општа, стандардна правила услов за њену примену. Стандардни услов је *ejusdem generis* принцип који захтева да постоји сличност између два уговора, али и сличност положаја тражиоца бољег третмана и оног који

¹⁵ „Арбитражни суд запажа да члан X(3)(a) не захтева исцрпљивање локалних правних лекова на начин на који се овај институт схвата у међународном праву. Он само говори о мериторној одлуци која, како то и тужени признаје, не мора бити коначна или без права на жалбу по праву Шпаније, те тако он и не захтева да се исцрпу сви доступни домаћи правни лекови.“ – Мафезини (надлежност), пасус 28. (Арбитражни суд се позива на мишљење Кристофа Шпројера – C. Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention. Article 25”, *Foreign Investment Law Journal*, *ICSID Review*, Vol. 12, 1997, 59, 201).

¹⁶ „Пристанак странака на арбитражу сходно овој конвенцији сматра се пристанком на ту арбитражу с искључењем сваког другог правног средства, изузев ако је друкчије уговорено. Држава уговорница може захтевати да се исцрпу унутрашња административна или судска средства као услов пристанка на арбитражу сходно овој конвенцији.“ – Чл. 26 ИКСИД конвенције.

тај третман већ ужива. Сматра се да су ван домаћаја ове клаузуле оне одредбе које су биле предмет посебних преговора тако да се тако уговорен режим не може пренети из другог уговора. Други проблем у примени ове клаузуле се односи на начин на који се бенефиција из другог уговора преноси на новог корисника: да ли је она аутоматска или подразумева захтев да се такав третман пружи.¹⁷ Иако је реч о утемељеном и често уговараном стандарду, његова примена није једноставна.

Посебно је питање, које је било и централно у Мафезинију, да ли се МФН клаузула уопште односи на одредбе о решавању спорова. Овде се као кључно поставило тумачење израза „третман“ из клаузуле највећег повлашћења. Позивањем на арбитражну одлуку у предмету Амбатијелос, где је утврђено да *administration of justice* представља део заштите страних трговаца (питање је било да ли се приступ судовима може довести у везу са „трговином и пловидбом“ на које се основни уговор односио тако да атрахира бољи третман пред судовима из другог уговора) арбитражни суд закључује да се под третманом подразумева и право на приступ међународној арбитражи на које се могу применити све олакшице из другог уговора и да изостанак изричите одредбе о таквом дејству клаузуле не омета такво тумачење:

„Без обзира што клаузула у основном уговору не наводи изричито да је решавање спорова покривено клаузулом највећег повлашћења, арбитражни суд сматра да постоји основ за закључак да су данашњи механизми решавања спорова неодвојиви од заштите страних инвеститора, јер су они такође повезани са заштитом трговаца на основу међународних трговинских уговора. Конзуларне надлежности су се у прошлости, као и сваки други облик екстериторијалне надлежности, сматрале суштинским за заштиту права трговаца, и због тога нису представљали само процесно средство већ аранжман уобличен ради боље заштите права лица у иностранству. Из тога следи да ови аранжмани, иако не престављају део супстанцијалног аспекта трговине и инвестиционе политике коју промовишу међународни уговори о трговини и пловидби, били су од суштинске важности за заштиту права која гарантују.“¹⁸

Након што је под третман подвео и право на обраћање међународној арбитражи, арбитражни суд је, након испитивања других уговора Шпаније

¹⁷ „Основна поента је да бољи третман који је гарантован у трећем уговору мора да буде затражен на основу МФН клаузуле у основном уговору. На тај начин функционише МФН клаузула. Она не функционише тако да измени или допуни текст основног уговора. Шварценбергеру се може приписати позната реченица да ‘МФН клаузуле служе да би се осигурали од лоших нацрта и недостатка маште оних који закључују међународне уговоре.’ Ипак, Шварценбергер је био врло свестан да идеја аутоматске инкорпорације је само фикција.“ – Zachary Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, *Journal of International Dispute Settlement* 1/2011, 106.

¹⁸ Мафезини (надлежност), пасус 54.

и преговора о закључивању БИТ-а између Аргентине и Шпаније, закључио да се ова клаузула примењује и на одредбе о решавању спорова.¹⁹ Једино ограничење које је поставио односило се на суштинска питања јавног поретка која су била предмет посебних ограничења, преговора или доцније праксе држава.²⁰ Ово ограничење није од велике помоћи и чини се да је постављено тек толико да ново тумачење домаћаја клаузуле највећег повлашћења не изгледа као потпуно брисање свих процесних ограничења.

Оваквим тумачењем је уклоњен услов допуштености тужбе, а практична последица овде је била двострука: процесне одредбе су подобне за МФН третман и додатни услови за обраћање ИКСИД арбитражи могу бити отклоњени путем МФН клаузуле у основном уговору. Питање је да ли је било потребно толико широко тумачење основног правила о примени МФН, и заправо стварање новог правила о пољу примене МФН клаузуле, само да би се уклонили претходни процесни услови за обраћање ИКСИД арбитражи.

2.2. Плама против Бугарске

Француски држављанин Вотран основао је компанију на Кипру, Трамел инвестмент, која је у поступку приватизације у Бугарској откупила 96,78% удела у правном лицу Плама АД. Након приватизације промењено је име приватизованог предузећа у Нова плама АД.²¹ Плама АД била је рафинерија која се бавила производњом нафтних деривата, а део имовине предузећа је и електрана која има право да продаје вишак произведене електричне енергије преко заједничке дистрибутивне мреже.²² Као тужилац у поступку пред ИКСИД арбитражом појавило се кипарско друштво са тврдњом да је основ надлежности Уговор о енергетској повељи и Билатерални уговор закључен између Бугарске и Кипра, заједно са Међународном конвенцијом о решавању инвестиционих спорова (ИЦСИД). Тужилац је у тужби тврдио да је Бугарска, низом мера државних органа и агенција, угрозила пословање Нове пламе што је довело до значајне материјалне штете, те да је због тога Бугарска индиректно експроприсала инвестицију и повредила начело поштеног и правичног третмана. Бугарска је, између осталог, тврдила да је инвеститор преваром довео Бугарску у заблуду приликом приватизације и да тужена држава свакако није ни на који начин повредила меродавно право. Овде се

¹⁹ „Из свега наведеног произилази да ако уговор са трећом државом садржи повољније одредбе о решавању спорова од оних у основном уговору, њихова примена се може проширити на бенефицијара МФН клаузуле јер су компатибилне са *eiusdem generis* принципом.“ – *Мафезини* (надлежност), пасус 56.

²⁰ *Мафезини* (надлежност), пасус 64.

²¹ *Плама* (надлежност), пасус 19.

²² *Плама* (надлежност), пасус 20.

нећемо бавити свим аспектима овог спора већ само оним који се тиче примене МФН клаузуле.

Тужилац је тврдио да надлежност у овом спору постоји на основу два међународна уговора, на основу Уговора о енергетској повељи (ЕЦТ) и Билатералног уговора о заштити и унапређењу страних инвестиција између Бугарске и Кипра из 1987. године (БИТ). Проблем са БИТ-ом био је тај што не познаје одредбу о решавању спорова пред ИКСИД арбитражом – одредба о решавању спорова била је ограничена двоструко: да ли постоји експропријација могу да одлуче само домаћи судови, док спор о износу накнаде за експроприсану имовину може да реши домаћи суд државе која је спровела експропријацију или „међународни *ad hoc* арбитражни суд“ који би примењивао УНЦИТРАЛ арбитражна правила и који се конституише тако што свака страна уговорница, Кипар и Бугарска, именују по једног арбитра који заједно именују председавајућег. Као орган именовања, у случају да стране не искористе право да именују арбитра или ако арбитра не постигну сагласност о избору надарбитра, одабран је председник арбитражне институције при Привредној комори Стокхолма (*SCC Arbitration Court*).²³

Тужилац се тако ослонио на МФН клаузулу из члана 3 БИТ-а (Свака Страна уговорница на својој територији гарантује инвестицијама инвеститора третман који није мање повољан од оног који гарантује инвестицијама инвеститора из трећих држава)²⁴ тражећи примену одредбе о надлежности ИКСИД арбитраже из БИТ-а између Финске и Бугарске. Тужилац је свој захтев образложио на следећи начин: тужилац има статус инвеститора на основу бугарско-кипарског БИТ-а који садржи МФН клаузулу, а та се клаузула односи на „третман“ под који се могу подвести одредбе о решавању спорова из других двостраних инвестиционих споразума у којима је Бугарска уговорна страна. Пошто је третман страних инвеститора у погледу процесне заштите бољи у другом инвестиционом споразуму, оном између Финске и Бугарске, тужилац има право да тражи такву заштиту на основу МФН клаузуле.²⁵

Арбитражни суд је овај захтев одбио.²⁶ Поред разлога који су се односили на конкретну ситуацију (у време закључења уговора било је јасно да су уговорне стране намераваале да пружи ограничену заштиту страним инвеститорима, у каснијим неуспелим преговорима није дошло до промене ове одредбе и не постоје докази да су стране намераваале да прошире МФН дејство и на процесне одредбе), арбитражни суд је понудио и неке опште разлоге због којих је нашао да МФН клаузула као таква, без посебне одредбе

²³ Члан 4 БИТ-а између Бугарске и Кипра, наведено у: *Плама* (надлежност), пасус 26.

²⁴ Члан 3 БИТ-а између Бугарске и Кипра, наведено у: *Плама* (надлежност), пасус 26.

²⁵ *Плама* (надлежност), пасус 183.

²⁶ *Ibid.*, пасус 184.

која указује на супротно,²⁷ не може да послужи као веза са другим БИТ-ом тако да се из њега преузме одредбу о надлежности. На пример, како одабрати повољнији режим ако одредба на коју се упућује садржи три начина решавања спорова од којих су бар два међународна арбитража.²⁸

„Одредбе о решавању спорова у конкретном уговору резултат су преговора о начину решавања спорова из тог конкретног уговора. Зато не треба претпоставити да су уговорне стране постигле такав договор да се управо те одредбе прошире увођењем механизма за решавање спорова из других уговора који су преговарани у сасвим другачијим околностима.“²⁹

Посебно је значајан закључак по којем се МФН клаузула не може да користити да би се увео механизам за решавање спорова који уопште не постоји у основном уговору.³⁰ Овде је арбитражни суд био у позицији да буде први који би дозволио потпуну замену једног арбитражног режима другим и то је одбио. Међутим, широко тумачење које је понудио суд у предмету Мафезини би могло да послужи и за замену арбитражног механизма оним који је наводно повољнији – не постоји ограничење у тумачењу у Мафезинију које би морало да спречи суд да замени један режим другим јер се једино ограничење односи на *fundamental public policy*, што је по мишљењу суда у Плами нејасно.³¹ Иако су бројни арбитражни судови након Мафезинија следили његов закључак и отклањали додатне услове за обраћање ИКСИД-у,³² то су ипак чинили у врло сличном контексту (искључивање рока од 3 до 18 месеци за коришћење локалних правних лекова), и нису уводили потпуно нову арбитражну институцију у режим решавања спорова по предметном БИТ-у. Једнако је значајно и како арбитражни суд у Плами тумачи ћутање МФН одредбе о пољу примене: док је у Мафезинију то довело до претпоставке да се одредбе о решавању спорова зато и примењују,³³ у Плами је

²⁷ Арбитражни суд тако упућује на МФН клаузулу у Модел уговору Уједињеног Краљевства која изричито наводи одредбе на које се МФН клаузула односи, а међу тим одредбама је и клаузула о решавању спорова између инвеститора и државе домаћина инвестиције. – *Ibid.*, пасус 204.

²⁸ *Ibid.*, пасус 208.

²⁹ *Ibid.*, пасус 207.

³⁰ „Једна је ситуација када се третман предвиђен у једном уговору допуни бољим третманом из неког другог уговора. Сасвим је другачија ситуација заменити један поступак који су стране посебно преговарале потпуно другачијим механизмом.“ – *Плама* (надлежност), пасус 209.

³¹ „Арбитражном суду је нејасно шта је корен ‘разлога јавног поретка’ да он сужава простор који је арбитражни суд ово питао заступника тужиоца на усменој расправи, он је одговорио: ‘Они су то просто измислили’ [D2.134]. Овај суд не би ишао тако далеко у оцени одлуке у Мафезинију. Чини се пре да је ефекат ‘разлога јавног поретка’ да он сужава простор који је арбитражни суд у Мафезинију усвојио.“ – *Ibid.*, пасус 221.

³² Rudolph Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, 254.

³³ *Мафезини* (надлежност), пасус 54.

претпоставка била супротна и начелно искључила примену МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова.³⁴

У Плами је арбитражни суд био свестан да одступа од закључака у Мафезинију и од новог тренда широког тумачења МФН клаузуле. Вероватно из тог разлога је посветио посебан део анализи и заправо критици Мафезинија.³⁵ Одступање је тако постало директно и у Плами је отворено заузет супротан став. Упозоравајући на опасност од неограниченог коришћења бенефиција из других уговора (*treaty shopping*), арбитражни суд у Плами закључује:

„МФН клаузула из основног уговора не може да из другог уговора инкорпорише одредбе о решавању спорова, у целини или делимично, простим упућивањем, осим ако МФН одредба у основном уговору несумњиво указује да је намера Страна уговорница била да се ове одредбе заиста и инкорпоришу у основни уговор.“³⁶

Последица је била да арбитражни суд у Плами није прихватио надлежност на основу БИТ-а између Финске и Бугарске.³⁷ Са друге стране, није остао без надлежности коју је установио на основу ЕЦТ-а. У меритуму су касније сви тужбени захтеви били одбијени.

Плама је тако начинила преокрет и поставила ограничења примени МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова. Та ограничења су била вишеструка. Прво је било категорично и јасно: одредбе о решавању спорова нису подобне за примену МФН клаузуле. Друго ограничење је постављено јасније да чак и када основни уговор предвиђа једну врсту арбитраже то не значи да је решавање спорова могуће проширити путем МФН клаузуле на другу арбитражну институцију. Остала ограничења домаћаја МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова уопште су имплицитна, од природе норми до непостојања сагласности да се промени режим решавања спорова.

Закључак из Пламе су касније применили и други арбитражни судови. У предмету Бершадер против Русије арбитражни суд је одбио да путем МФН клаузуле из БИТ-а закљученог између СССР-а и Белгијско/Луксембуршке уније, који није имао одредбу о арбитражном решавању спорова, установи надлежност на основу другог БИТ-а.³⁸ У том случају није постојао алтернативни основ надлежности тако да се арбитражни суд огласио ненадлежним.

³⁴ Плама (надлежност), пасус 207.

³⁵ На пример, сматра да суд у Мафезинију погрешно тумачи и примењује одлуке на које се ослонио, а то су махом одлуке Међународног суда правде (Плама (надлежност), пасуси 217-218), да хармонизација и уједначавање одредаба о решавању спорова не може да послужи као основ за шире тумачење тих одредаба (*Ibid.*, 219) и да су закључци у Мафезинију контрадикторни (*Ibid.*, 221).

³⁶ *Ibid.*, пасус 223.

³⁷ *Ibid.*, пасус 227.

³⁸ *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Арбитражна одлука од 21. априла 2006.

2.3. Рос Инвест против Русије

Рос Инвест против Русије је прва арбитражна одлука у међународним споровима против Русије поводом Јукоса којом је Русија проглашена одговорном за експропријацију уз обавезу накнаде штете Рос Инвесту, мањинском акционару Јукоса. Предмет свих тужбених захтева у овим споровима био је стечај Јукоса до којег је, по тврдњама тужилаца дошло због различитих дискриминаторних мера Русије (хапшење, опорезивање, кажњавање због пореске евазије и слично) које су биле усмерене на уништење Јукоса и пренос његове имовине на државна предузећа Русије.

У овом предмету тужба се заснивала на британско-совјетском БИТ-у и две његове клаузуле, о решавању спорова и МФН клаузули. Она о решавању спорова у члану 8 ограничавала је надлежност арбитражног суда Стокхолмске привредне коморе (ССС) на износ накнаде за експроприсану имовину. Арбитражни суд је закључио да на основу члана 8 нема надлежност да одлучује о постојању експропријације.³⁹ Потом је установио да члан 3 истог БИТ-а представља МФН клаузулу уз коју је могуће проширити члан 8 тако да арбитражном суду повери овлашћење за одлучивање и о постојању експропријације. Ослонцем на МФН клаузулу арбитражни суд се позвао на БИТ између Русије и Данске који је предвиђао надлежност Стокхолмске арбитраже али за сва питања из БИТ-а.

Пошто је арбитражни суд био суочен са врло прецизно формулисаном одредбом у члану 8 образложио је зашто је експлицитно ограничење надлежности на овај начин отклоњено:

„Иако примена МФН клаузуле из члана 3 проширује поље примене члана 8 и на тај начин долази у сукоб са сопственим ограничењима, то је заправо нормална последица примене МФН клаузула, сама природа и сврха је да заштиту која не постоји у једном уговори прошири преношењем заштите из другог уговора.“⁴⁰

Овде арбитражни суд поново изједначава супстанцијалне и процесне одредбе које су, по његовом мишљењу, једнако покривене МФН клаузулом:

„...[А]рбитражна клаузула, бар у контексту експропријације, има исту заштитну вредност као и свака супстанцијална заштита која постоји у одредбама као што је члан 5 БИТ-а.“⁴¹

Након Рос Инвеста арбитражни суд у предмету Рента 4 против Русије је на исти начин тумачио одредбу о решавању спорова између Шпаније и СССР-а из 1990. године и МФН клаузулу тако да прошири своју надлежност и на утврђивање експропријације. Обе одлуке су поништене пред судовима

³⁹ *Рос Инвест* (надлежност), пасус 123.

⁴⁰ *Рос Инвест* (надлежност), пасус 131.

⁴¹ *Рос Инвест* (надлежност), пасус 132.

у Шведској: док је Рос Инвест поништен из процедуралних разлога,⁴² арбитражна одлука у предмету Рента 4 је поништена јер је арбитражни суд прекорачио надлежност пошто понуђено тумачење МФН клаузуле није могло да обезбеди надлежност.⁴³ Арбитражни споразум, по мишљењу Апелационог суда у Стокхолму, у овом случају не постоји те арбитражни суд није имао надлежност. Прекорачење надлежности је било и основ за поништај.

2.4. Килич против Туркменистана

У овом предмету спор је настао из неколико грађевинских уговора које је Килич, турска грађевинска компанија, закључила са државним органима и локалним самоуправама у Туркменистану. Након покретања поступка пред ИКСИД арбитражним судом Туркменистан је приговорио да у овом поступку не постоји сагласност Туркменистана да се води поступак јер је она условљена претходним обраћањем домаћим судовима. Тек уколико спор не би био решен на овај начин или ако одлука не би била донета у року од годину дана, инвеститор тек онда стиче право да покрене спор пред ИКСИД-ом. Тузилац се није обратио судовима Туркменистана али се зато позвао на МФН клаузулу да искључи услов локалних правних лекова позивањем на повољнију одредбу из двостраног уговора о заштити инвестиција Туркменистана и Швајцарске. Чињенице, право и захтев тако потпуно одговарају предмету Мафезини.

Арбитражни суд није прихватио захтев тужиоца. Одредбу о решавању спорова из основног уговора суд тумачи као „вишестепени систем решавања спорова“⁴⁴ јер укључује обавештење о спору, преговоре о решењу спора и у случају неуспелих преговора обраћање судовима Туркменистана (такве су иначе готово све одредбе о решавању спорова у двостраним инвестиционим споразумима). Нашавши да није испуњен услов под којим је тужена држава пристала на надлежност, арбитражни суд је прешао на питање да ли се овај услов може отклонити применом МФН клаузуле.

На самом почетку арбитражни суд закључује да меродавни БИТ разликује супстанцијална права од правних лекова (иако у самом тексту уговора таква разлика није видљива и заправо је резултат „пажљивог читања“ уговора).⁴⁵ Потом арбитражни суд налази да се реч „третман“ из МФН

⁴² Податак о поништају преузет из: Veijo Heiskanen, Laura Halonen, “Post-Award Remedies”, у: *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide* (ed. Chiara Giorgetti), Brill – Nijhoff, Leiden – Boston, 2014, 513.

⁴³ Апелациони суд у Стокхолму (Шведска), број предмета Т 9128-14, одлука од 18. јануара 2016. године (доступно на: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714_8.pdf – 31.10.2017).

⁴⁴ *Килич* (надлежност), пасус 6.2.6.

⁴⁵ *Ibid.*, пасус 7.3.1.

клаузуле, у стандардној формулацији, односи искључиво на супстанцијална права инвеститора али не и на поступак заштите ових права.⁴⁶ Арбитражни суд нуди и додатне разлоге зашто не може да прошири дејство МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова. Ови разлози су вредни помена јер се могу односити на велики број постојећих билатералних споразума. На пример, то је једини БИТ Туркменистана који познаје услов локалних правних лекова из чега суд изводи закључак да је то резултат посебних преговора и специјалног споразума страна.⁴⁷ Затим, искључењем примене локалних правних лекова за турске инвеститоре у Туркменистану би се нарушила узајамност уговорних обавеза јер би туркменистански инвеститори у Турској и даље били у обавези да се обрате турским судовима.⁴⁸

Коначно, арбитражни суд релативно лако одбацује позивање на ранију праксу из једноставног разлога што је таква пракса неуједначена: арбитражни суд само констатује да постоје укупно 22 одлуке о примени МФН клаузула на процесне одредбе и да је 11 одлука у корист тужиоца док је 11 у корист туженог.⁴⁹ Уз додатни закључак да одлуке нису прецеденти арбитражни суд је ослободио простор за тумачење клаузуле највећег повлашћења. Иако се осврнуо на одлуке на које се позивао тужилац, закључио је да се клаузула МФН не примењује на одредбе о решавању спорова осим ако су то стране изричито уговориле.⁵⁰ Пошто није било другог основа надлежности арбитражни суд се огласио ненадлежним. Тужилац није успео да оспори ову одлуку ни у доцнијем поступку поништаја.

Одступање од Мафезинија је овде очигледно. Килич је радикалнији и од одлука са којима је у сагласности, попут Пламе, јер је у Плами постојао алтернативни основ надлежности, у Уговору о Енергетској повељи, али и због тога што је у Плами захтев био далеко амбициознији са намером да пренесе из другог уговора целокупан арбитражни механизам. Овде је захтев био да се отклоне додатни процесни услови за обраћање уговореној арбитражи. Килич није ограничио своје тумачење на додатне процесне услове већ је начелно одбио могућност примене МФН клаузуле на процесне одредбе.

2.5. Гаранти Коза против Туркменистана

Само дан након одлуке у предмету Килич, ИКСИД арбитражни суд другачијем саставу донео је одлуку у другом предмету против Туркменистана на основу британско-туркменистанског БИТ-а. Спор је овде настао из

⁴⁶ *Ibid.*, 7.3.9.

⁴⁷ *Ibid.*, 7.4.1.-7.4.4.

⁴⁸ *Ibid.*, 7.5.1.-7.5.3.

⁴⁹ *Ibid.*, 7.6.1. и фуснота 131.

⁵⁰ *Ibid.*, 7.9.1.

више грађевинских уговора на основу којих је Гаранти Коза, регистрована у Великој Британији, била у обавези да изгради око 30 мостова и надвожњака на аутопутевима у Туркменистану. Основ за тужбу и надлежност био је БИТ закључен између Велике Британије и Туркменистана који је у одредби о решавању спорова предвиђао надлежност ИКСИД-а али под условом да је за конкретан спор Туркменистан дао посебну сагласност.⁵¹ Туркменистан је уложио приговор да не постоји арбитражни споразум и да арбитражни суд због тога нема надлежност. Како у предметном БИТ-у постоји и МФН клаузула тужилац се позвао на ову одредбу да би отклонио услов посебне сагласности. Овај аргумент је арбитражни суд, већином гласова, прихватио.

Одредба о решавању спорова у члану 8 БИТ-а предвиђа право тужиоца да понуди једну од три арбитраже (ИКСИД, УНЦИТРАЛ, МТК) али је за сваку од њих потребна посебна сагласност туженог. Уколико такву сагласност тужени не да у року од четири месеца, тужилац може поднети тужбу УНЦИТРАЛ арбитражи. Арбитражни суд у Гаранти Кози закључује да у конкретном случају постоји сагласност која се може извести у два корака. Први корак је ослонац на став 1 члана 8 где се на општи начин каже да инвеститор може, уколико жели, да спор реши „у међународној арбитражи“, док су опције из става 2 конкретизација тако дате сагласности. Овде арбитражни суд заправо конструира постојање арбитражног споразума текстуалним тумачењем уговорне одредбе, али занемарује контрадикторности таквог тумачења. Међутим, када је реч о избору конкретного механизма за решавање спорова, арбитражни суд прихвата да потребна сагласност постоји само за УНЦИТРАЛ арбитражу.⁵²

Ипак, не оглашава се ненадлежним већ потребну сагласност Туркменистана и основ за надлежност арбитражни суд проналази у МФН клаузули. Образложење се заснива на холистичком приступу међународном уговору: међународни уговор о заштити страних инвестиција представља целину и тако се има тумачити. Позивом на члан 3 БИТ-а између Туркменистана и УК допушта „увођење повољнијих одредаба о решавању спорова“ које на захтев тужиоца проналази у неколико других билатералних уговора о заштити инвестиција које је Туркменистан закључио са другим државама, између осталог и у БИТ-у између Швајцарске и Туркменистана,⁵³ истом оном који био основ захтева тужиоца у Киличу.

МФН клаузула је овде била другачије формулисана у односу на типичну формулацију ове одредбе: „да би се избегла свака сумња, третман предвиђен

⁵¹ Реч је о старијој варијанти двостраних споразума који су познавали посебно дату сагласност за решавање спорова. Видети: Драгана Митрић Савић, „Арбитражна клаузула која пружа избор између суђења и арбитраже – Fork-in-the-Road Clause“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2014, 494.

⁵² *Гарантии Коза* (надлежност), пасус 36-38.

⁵³ *Ibid.*, пасус 39.

ставовима 1 и 2 овог члана, примењује се на одредбе чланова 1-11.⁵⁴ Први пут је у арбитражној пракси тако формулисана одредба била основ тумачења МФН клаузуле ради утврђивања надлежности арбитражног суда.⁵⁵ Оваква ситуација била је већ поменута у предмету *Плама* где је арбитражни суд овакву одредбу квалификовао као изузетак од постављеног правила да се клаузуле МФН не примењују на одредбе о решавању спорова.

Међутим, тиме није био решен проблем арбитражног споразума јер је тужени сматрао да ова одредба не може да конструише сагласност пошто МФН почива на принципу *ejusdem generis*: може се проширити само оно право које постоји у основном уговору али се не може унети ново. Пошто ИКСИД арбитража не постоји као начин решавања спорова у основном уговору, а предмети где је МФН примењен нису прихватили могућност да се из другог уговора унесе онај начин решавања спорова (или право да се на тај начин реши спор) који у основном уговору није ни предвиђен, то значи да тумачење одредбе о проширеном пољу примене МФН клаузуле има инхерентна ограничења. У конкретном случају то је значило да само помињање ИКСИД арбитраже у члану 8 БИТ-а нема правно дејство без посебне сагласности Туркменистана која се истом одредбом и тражи. Ситуација би била иста као и у *Плами* – покушај проширења надлежности је ван домашаја МФН клаузуле.⁵⁶

Постојала су и друга посебна ограничења на које је арбитражни суд у *Плами* указивао а то је да је избор арбитражног суда био резултат посебних преговора и специјалног споразума уговорних страна. Туркменистан је тврдио да се преговорима одступило од ИКСИД арбитраже за коју је била предвиђена безусловна сагласност у модел БИТ-у Уједињеног Краљевства. У преговорима је ово решење замењено УНЦИТРАЛ арбитражом тако да је ИКСИД изричитим споразумом заправо био изузет из одредбе о решавању спорова.⁵⁷

Централни део одлуке у предмету *Гаранти Коза* чини расправа о МФН клаузули⁵⁸ која се окончала већинском одлуком уз врло оштро издвојено мишљење арбитарке Шазурн. Оно што је у другим споровима било теоријско питање овде се поставило као практично: зашто је ИКСИД арбитража повољнија од УНЦИТРАЛ арбитраже? Одговор на ово питање арбитражни суд није дао директно већ је, упоредивши одредбе о решавању спорова у

⁵⁴ *Ibid.*, пасус 42.

⁵⁵ *Ibid.*, пасус 43.

⁵⁶ • Арбитарка Шазурн у свом издвојеном мишљењу наводи да тужилац никада није ни учинио понуду да се спор реши пред ИКСИД-ом, на начин предвиђен чланом 8 БИТ-а, тако да нема услова за примену МФН клаузуле. (Dissenting Opinion of the Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, пасус 56.)

⁵⁷ *Гарантии Коза* (надлежност), пасус 34.

⁵⁸ *Гарантии Коза* (надлежност), пасуси 40-97.

БИТ-у са УК и оном са Швајцарском, нашао да је одредба у другом у целини повољнија јер даје тужиоцу право на избор између УНЦИТРАЛ и ИКСИД арбитраже. Другим речима, није повољнија ИКСИД арбитража као таква већ је повољнији третман из другог БИТ-а који дозвољава избор.⁵⁹ У овом делу одлуке арбитражни суд се више није обазирао на то да ли је дозвољавање оваквог избора противно *ejusdem generis* начелу. Резултат ове расправе била је утврђена сагласност Туркменистана и надлежност ИКСИД арбитражног суда. Резултат је такође био и увођење механизма који није уопште био предвиђен основним уговором (а не само повољнији режим коришћења овог механизма) и то оног механизма који су стране изричито искључиле из овог споразума. Другим речима, овде је сагласност увезена из другог уговора супротно свим ранијим одлукама о односу МФН клаузуле и клаузуле о решавању спорова. Чини се да је критика арбитарке Шазурн оправдана: „Улога клаузуле МФН није да замени недостатак сагласности већ да омогући да постојећа сагласност буде имплементирана на најбољи могући начин за инвеститора који има право на ту заштиту у поређењу са третманом која је дата другим лицима у уговорима са трећим државама.“⁶⁰

3. АНАЛИЗА НЕУЈЕДНАЧЕНОСТИ АРБИТРАЖНЕ ПРАКСЕ О ПРИМЕНИ МФН КЛАУЗУЛЕ

У предмету Мафезини постављена је нова теорија тумачења општих услова за примену МФН клаузуле чије је поље примене, уз нејасне изузетке, проширено на све уговорне одредбе, супстанцијалне и процесне. Ново и екстензивно тумачење употребљено је да би се отклонио услов претходног обраћања домаћим судовима. Међутим, праве последице општег тумачења Мафезинија ће наступити касније када ће се, као у предмету Гаранџи Коза, у основни уговор из другог уговора увести сагласност за решавање спорова пред другачијим арбитражним форумом. Иако су поједини аутори сматрали да нема бојазни да ће Мафезини имати такве последице и по суштинске услове за арбитражно решавање спорова,⁶¹ као што је пристанак тужене државе, пракса их је демантовала.

Први пут је отклон од Мафезинија учињен у предмету Плама. Иако другачије тумачење није имало драматичне последице на постојећи спор (јер је надлежност установљена по другом основу), Плама оспорава теорију Мафезинија у њеној основи: МФН клаузула се не може применити на одредбе о решавању спорова. Од тада се пракса практично дели на два колосека,

⁵⁹ *Гаранџи Коза* (надлежност), пасуси 90-97.

⁶⁰ Издвојено мишљење арбитарке Шазурн, пасус 61.

⁶¹ R. Teitelbaum, 225.

на једном судови заузимају холистички приступ уговору и примени МФН-а док на другом повлаче разлику између процесних и супстанцијалних норми.

Парадокс оваког размимоилажења види се у две одлуке против Туркменистана које су донете дан за даном, Килич и Гаранти Коза, где је у оба предмета Швајцарско-туркменистански БИТ послужио као уговор на који претендује МФН клаузула. Док је у првој одлуци начелно одбијена могућност проширења клаузуле МФН-а на процесне одредбе, у другој је она проширена на најрадикалнији начин у дотадашњој арбитражној пракси, конструкцијом сагласности, суштински значајног услова за постојање арбитражног споразума,⁶² који не постоји у основном уговору. Килич је права антитеза Мафезинију⁶³ јер је исто питање (отклањање претходног обраћања судовима у року од 18 месеци) решила потпуно другачије, ослонцем на теорију која је отишла даље чак и од Пламе. Исто тако, Гаранти Коза је антипод Плами јер чини управо оно на шта Плама упозорава и шта проглашава недопуштеним – увођење другачијег механизма за решавање спорова. Другим речима, иако се на први поглед може учинити, због временске блискости и суштинске различитости, да су овде антиподи Мафезини и Плама, а нарочито Килич и Гаранти Коза, суштински су заправо непомирљиви Мафезини и Килич, са једне стране, и Плама и Гаранти Коза са друге.

Не само да су поједине одлуке непомирљиве већ постоје две сукобљене правне школе о тумачењу дејства МФН клаузула на одредбе о решавању спорова. Фрагментација није изгледала неминовна након Пламе јер су захтеви у Мафезинију и Плами били довољно различити да би оправдали и различите закључке арбитражних судова. Проблем не би постојао ни да су се ове две групе развиле у различитим временским периодима када би таква промена била само природна еволуција у тумачењу. Константне промене општег тумачења природе и домаћаја МФН-а и конкретног тумачења меродавног уговора, све веће размимоилажење између различитих школа, говори у прилог томе да се овде две школе све више удаљавају једна од друге. Таква системска фрагментација⁶⁴ не доприноси правној сигурности јер је сада потпуно непознато којој школи ће се приволити арбитражно веће када поступа по захтеву на основу МФН клаузуле.

⁶² Петар Ђундић, „Пристанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристанка, ограничења и меродавно право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013, 360-361.

⁶³ Pavel Šturma, “Goodbye, *Maffezini*? On the Recent Developments of Most-Favoured-Nation Clause Interpretation in International Investment Law“, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 1/2016, 81-101.

⁶⁴ Шире о фрагментацији међународног права као феномену којим се бавила чак и Комисија УН за међународно право, видети: Сања Ђајић, „Фрагментација међународног права и специјални правни режими“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2016, 439-459.

4. ЗАКЉУЧАК

Инвестициона арбитражна пракса о тумачењу и примени МФН клаузуле на одредбе о решавању спорова није уједначена. Заправо, постоје две групе одлука и унутар сваке постоји кохерентност. У групи која примењује ову клаузулу на процесне одредбе постоји сагласност да уговори представљају целину, да не постоји разлика између супстанцијалних и процесних одредаба, да је обраћање арбитражи саставни део заштите инвеститора и да се у одсуству посебно уговореног изузетка ова клаузула примењује на све одредбе. У групи која не примењује ову клаузулу на процесне одредбе постоји сагласност арбитражних судова да је потребно разликовати супстанцијалне и процесне одредбе и да се само на прве може применити клаузула највећег повлашћења, да су процесне одредбе резултат посебно уговореног аранжмана држава уговорница и да се зато не могу мењати, и да у одсуству другачије одредбе треба претпоставити да се клаузула највећег повлашћења не примењује на процесне одредбе. Обе групе показују одређени тренд даљег развоја: у првој се поље примене МФН-а шири у мери да се уводе у основни уговор и они механизми који њиме нису предвиђени, дакле не ограничава се примена на отклањање препрека и услова за коришћење постојећих механизма. У другој групи се сада *apriori* искључује примена МФН.

Пракса примене МФН, са аспекта фрагментације и специјализације, заправо показује два тренда. Један је, како је то управо наведено, постепено дефинисање, формулисање и развој унутар почетне парадигме. Са друге стране, она показује системску дезинтеграцију и фрагментацију јер ове две групе предмета, две школе о тумачењу МФН клаузуле, постоје истовремено и то у истом међународном правном систему, а како су непомирљиве не постоји никакво оправдање за ову врсту сукобљености. Системска фрагментација угрожава правну сигурност и предвидљивост примене клаузуле највећег повлашћења.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Inconsistency of MFN Jurisprudence in International Investment Arbitration and Fragmentation of International Law

Abstract: *The idea behind this paper is to test the MFN jurisprudence in investment arbitration against the claim that such jurisprudence is effectively a contributing factor to the fragmentation of international law in general. While a fraction of cases per se cannot cause the phenomenon of such a great magnitude, it still may serve as an inquiry into the causes of fragmentation of international law. If a relatively simple and well-established standard, such as Most-Favoured-Nation treatment can lead to different legal theories and opposing outcomes even within one system, there is a validity in argument that under different and more demanding circumstances interpretation will be even more prone to fragmentation. This article analyzes and compares with each other several famous MFN cases: Maffezini, Plama, RosInvest, Kilic and Garanti Koza and finds that there are binaries that are irreconcilable on several levels, on the level of legal theory employed or simply on the level of final outcomes of these cases. While different sub-systems of interpreting MFN clause tend to show certain consistency within their own paradigms there are evident clashes of different paradigms, which demonstrate the systematic fragmentation of interpretation of MFN clauses in international investment law.*

Keywords: *Most-Favoured-Nation clause – MFN clause – investment arbitration – fragmentation.*

Датум пријема рада: 31.10.2017.