

*Драјана Миширић Савић, студент докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду*

АРБИТРАЖНА КЛАУЗУЛА КОЈА ПРУЖА ИЗБОР ИЗМЕЂУ СУЂЕЊА И ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ

(„Fork-in-the-Road Clause“)

Сажетак: У инвестиционим арбитражним споразумима, уговорне стране имају широку слободу уговарања и арбитражни споразум могу моделирати тако да њиме шире или сужавају надлежности арбитражној суду. Уговарањем клаузуле која пружа избор између суђења и арбитраже (енг – fork in the road clause), уговорне стране онемогућавају улајача да изабере више различитих форума пред којима ће покушати да исходuje решење спора. То значи да ће покрећење поступка ради коначног решења инвестиционог спора представљати неопозив избор улајача. Ова клаузула се релативно често уговара, па тако и већина споразума које је Република Србија закључила садрже ову клаузулу у различитим јавним облицима. Учесћалост уговарања ове клаузуле довела је и до практичних проблема у примени клаузуле, те је пракса арбитражних судова изнедрила критеријуме на основу којих се одређује да ли је клаузула избора између суђења и арбитраже „активирана“, односно да ли улајач може да тражи заштити својих права пред међународним арбитражним судом. Страни улајач неће моћи да се обрати арбитражном суду уколико је претходно покушао да исходuje заштити у истом предмету пред органима државе домаћина. Осим услова да је првобитно покушао да оствари заштити права пред домаћим апаратом државе у коју врши улајање и услова да су предметни два поступка иденитични, арбитражни судови за активирање клаузуле „раскрснице“ траже и иденитичну страну у два поступка.

Кључне речи: арбитражни суд, инвестициони спорови, клаузула која пружа избор између суђења и арбитраже, fork in the road clause, временски след, иденитична страна, иденитични предметни поступка.

1. Увод

Међународни инвестициони спорови настају у вези са улагањима које држављанин једне државе („страни улагач“) врши на територији друге државе. У случају спора, улагач може да се обрати судском апарату државе домаћина ради заштите својих права или да заштиту потражи у арбитражном поступку. Могућност да улагач изабере између националних судова и инвестиционе арбитраже се изричито уговара, али се често среће посебан вид арбитражне клаузуле, која овај избор чини искључивим. Ако улагач изабере да заштиту права тражи пред националним органима државе, по одредбама двостраног споразума за заштиту улагања (*Bilateral Investment Treaty* – у даљем тексту: БИТ), преклудиран је да тражи заштиту у међународној арбитражи. Ова клаузула се у теорији назива „клаузула раскрснице“ (енг. – „fork in the road clause“) јер улагачу даје могућност избора пута заштите права, али му одузима могућност предомишљања након што изврши одабир. Стога је веома важно направити добар избор форума приликом подношења тужбе.

Међународна арбитража улагачу нуди више предности, од којих је највећа чињеница да је то начин решавања спорова у коме улагач иступа самостално, како би решио спор који има са државом.¹ Улагачи националне судове по правилу не сматрају привлачном опцијом,² јер осећају неповерење према правном систему државе домаћина.³ Ово се чини разумним јер улагач тражи заштиту због радњи које је предузела држава, које представљају акте *iure imperii* и недвосмислено представљају израз ауторитета државе. У предмету *Саиџем љројив Бангладеша*, тужилац је поднео тужбу, између осталог, ради заштите од незаконите *de facto* експропријације коју су извршили правосудни органи Бангладеша поништивши претходно донету арбитражну одлуку.⁴ Случај *Левен*⁵ указује и на проблем пристрасности пороте и поступајућег судије. Поред наведеног, чињеница је и да

¹ Salacuse, Jeswald W., *The Emerging Global Regime for Investment*, 51 Harvard International Law Journal 427, 2010, страна 459.

² Redfern, Alan, Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, пасуси 1-51.

³ Wälde, Thomas *The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, Transnational Dispute Management, први том, четврто издање, октобар 2004. године, страна 13; UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2010, страна 14.

⁴ *SAIPEM S.p.A. v. The People's republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, одлука од 30.06.2009. године, пасуси 181-184.

⁵ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, одлука од 26.06.2003. године., пасус 138.

страни улагач обично не познаје месне процесне прописе, што му отежава остваривање права пред локалним судовима.⁶

Као негативна страна арбитраже, на првом месту се истиче висина трошкова поступка, јер они обухватају трошкове пуномоћника, арбитра и арбитражне институције. Поред тога, лошом страном арбитраже се сматра и дужина трајања поступка и немогућност покретања жалбеног поступка.⁷

У наредном поглављу приказаћу кратко клаузуле које ограничавају надлежност арбитражног суда, од којих је једна и клаузула раскрснице. У трећем одељку рада приказаћу саму клаузулу раскрснице и испитати њен однос са клаузулама илустрованим у другом поглављу. У овој глави ћу објаснити и који услови морају бити испуњени да би се сматрало да је клаузула раскрснице „активирана“, односно да је улагач направио коначан избор форума.

2. Арбитражни споразуми у међународној инвестиционој арбитражи

Арбитражни споразум представља сагласност уговорних страна да постојеће или будуће спорове реше арбитражом.⁸ Када је реч о инвестиционим споровима, арбитражни споразуми имају одређене специфичности у односу на споразуме којима се уговара трговинска арбитража. Код ових арбитражних споразума, три ствари су кључне: начин на који се исказује сагласност страна да се решавање повери арбитражном суду; странке које учествују у инвестиционој арбитражи и предмет спора.

Сагласност за решавање спора инвестиционом арбитражом је „камен темељац“ надлежности арбитражног суда и може бити изражена на различите начине. За разлику од трговинске арбитраже, стране у спору сагласност могу дати у виду једностране изјаве воље, садржане у закону државе домаћина коју страни улагач прихвата подношењем тужбе. Уколико држава сагласност изрази у одредби домаћег законодавства, таква једнострана изјава представља понуду дату улагачу да се спор реши арбитражом.⁹

⁶ У једној студији извршеној при Школи међународне арбитраже (School of International Arbitration), Queen Mary, University of London је утврђено да ће се 9 од 10 привредних друштава радије одредити за арбитражу него за судски поступак пред државом у којој је учињено улагање. Више о овоме: International Arbitration: *A Study into Corporate Attitudes and Practices*, Transnational Dispute Management (2006), www.transnational-dispute-management.com URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=930, страна 5.

⁷ Salacuse, Jeswald W., *Is there a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, Fordham International Law Journal, том 31 издање 1, 2007, страна 163.

⁸ Члан 9 став 1 Закона о арбитражи.

⁹ van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law - A Return to the Gay Nineties?*, Transnational Dispute Management Vol. 4, issue 5, September 2007, страна 24.

Ипак, доминантан облик уговарања надлежности инвестиционе арбитраже је формулисање арбитражне клаузуле у оквиру БИТ-а. Реч је о међународном уговору који закључују државе уговорнице, који по правилу садржи две клаузуле о решавању спорова – за спорове који настају између самих уговорница и спорове који настају између улагача и државе домаћина.¹⁰ У случају да сагласност даје у БИТ-у, држава даје понуду улагачу да се евентуални спор реши арбитражом, и та понуда је најчешће дата у виду више опција између којих улагач може да изабере начин и форум за решавање спора.¹¹ Мада је у теорији и пракси прихваћено да се потоња сагласност државе не тражи, у старијој пракси су познати и БИТ-ови у којима се наводи да и држава треба да се сагласи након што улагач прихвати понуду.¹²

У инвестиционом спору се са једне стране налази приватноправни ентитет, док се са друге стране налази држава. Историјски гледано, улагачи нису успевали да исходују одговарајућу заштиту својих права пред националним судовима, тако да је за решавање спора на међународној равни било неопходно да их њихова држава узме у дипломатску заштиту. Управо је ово довело до експанзије БИТ-ова, која почиње 1950-их година, када су државе које су биле највећи извозници капитала припремиле моделе двостраних споразума за заштиту улагања.¹³ Данас већина споразума штити улагаче дајући им право да спор поднесу на решавање међународном арбитражном суду,¹⁴ без учешћа њихове државе. Пошто је сагласност државе за решавање спора дата на општи начин, она се односи на свако лице које се може подвести под појам улагача, како је дефинисан у БИТ-у.¹⁵ Из овог произлази важна одлика арбитражног споразума којим се уговара инвестициона арбитража, а то је да државе које су закључиле уговор уговарају механизам решавања спорова у корист трећег лица,¹⁶ тј. држављана држава уговорница.¹⁷

Предмет спора у инвестиционој арбитражи представљају права страног улагача, док су предмет поступка у трговинској арбитражи имовински спорови о правима о којима стране могу слободно диспонирати. Механи-

¹⁰ UNCTAD IIA Glossary, страна 43.

¹¹ McLachlan, Campbell, *Lis Pendens in International Litigation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, страна 43; одлука *Ценерејин Јукрејн*, *infra* 41, пасус 12.2.

¹² Станивуковић, Маја, *ИКСИД и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије*, Liber amicorum Dobrosav Mitrović, Београд 2007, стр. 583-602, страна 6.

¹³ Salacuse, *op.cit.*, страна 439.

¹⁴ *Ibid.*, страна 459.

¹⁵ Schill, Stephan, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, страна 631.

¹⁶ Станивуковић, Маја, *Арбитражни споразум, услови за њуноважност и дејство арбитражног споразума, скривања*, *Правни факултет у Новом Саду*, пасус 5.

¹⁷ Broxess, *op.cit.*, страна 454.

зам решавања спорова улагач може користити само за спор који произлази из предмета споразума, тј. онај спор који се тиче питања постојања повреде права инвеститора. Ради се о правима која су му гарантована приватно-правним уговором, законом државе домаћина БИТ-ом, или другим међународним уговором који регулише третман страног улагача.

2.1. Споразуми који ограничавају надлежност арбитражног суда

Изузетно је значајно сачинити добар арбитражни споразум, с обзиром на то да ће арбитражни суд на њему темељити своју надлежност. Приликом закључивања БИТ-а, државе уговорнице могу условити свој приставак на арбитражно решавање спора.¹⁸ Тиме се надлежност арбитражног суда сужава. Сагласност може бити ограничена на спорове о повреди одређених стандарда заштите улагања, а може бити ограничена и процедурално. Процедурална ограничења обухватају: обавезу исцрпљивања локалних правних лекова, протек тзв. „периода хлађења“, обавезу обраћања домаћим судовима, обавезу да се покуша исходovati одлука пред националним судом у одређеном временском периоду и клаузулу која пружа избор између суђења и арбитраже.

2.1.1. Клаузуле које максимално наводе за шта ће њихови надлежност арбитражног суда

Стране могу ограничити надлежност арбитражног суда тако што ће одредити да ће он бити надлежан само у случају повреда конкретних одредаба БИТ-а и тиме искључити надлежност арбитражног суда у случајевима повреда осталих одредаба.¹⁹

У случају *Теленор против Мађарске*,²⁰ одредбе БИТ-а по коме се спор нашао пред арбитражним судом ИКСИД-а, садржале су арбитражну клаузулу по којој је арбитражни суд могао решавати само спорове који настају по питању одштете за евентуално учињену експропријацију имовине улагача.²¹ Теленор је покушао да прошири надлежност арбитражног суда на повреде правичног и једнаког третмана инвеститора, позивајући се на клаузулу најповлашћеније нације. Арбитражни суд овакав аргумент није

¹⁸ van Harten, *op.cit.*, страна 28.

¹⁹ Schreuer, Christoph, *Consent to arbitration*, у knjizi Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, страна 843.

²⁰ *Telenor Mobile Communications v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, одлука од 13.09.2006. године

²¹ Митрић, Драгана, *Одлуке о ненадлежности у међународној инвестиционој арбитражи*, мастер рад, 2011. године, Нови Сад, страна 21-23.

усвојио, те је нашао у конкретном случају да не постоји *prima facie* надлежност.

Овакав споразум Република Србија је закључила са Бугарском,²² али је споразум који је Србија закључила са Кином најрестриктивнији. У ставу 3 члана 9 уређено да се ИКСИД-овом или *ad hoc* арбитражном суду могу поднети захтеви који се односе на спор у вези са *износом накнаде за експропријацију*, у случају да такав спор није могао бити решен у року од шест месеци од дана започињања преговора. Споразум између Кине и Перуа, који је арбитражни суд испитивао у одлуци *Tza Yap Shum*²³ садржи идентично ограничење. У овом случају, насупрот неким ранијим одлукама у којима су арбитражни судови усвојили рестриктивније тумачење,²⁴ арбитражно веће је нашло да питање накнаде због учињене експропријације нужно укључује сва питања инхерентна проблему експропријације, као што је питање да ли је до одузимања имовине уопште дошло,²⁵ чиме је проширило преуско формулисану арбитражну клаузулу.

2.1.2. Клаузуле које ѡредвиђају обавезу исцрпљивања локалних ѡравних лекова

Права улагача и стандарди заштите улагања су гарантовани БИТ-ом, који је држава чији је улагач држављанин, закључила са државом у којој

²² Станивуковић, Маја, *Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања*, Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића, Правни факултет у Београду, Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд 2006, стране 514-533, страна 522.

²³ *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, ICSID Case No ARB/07/6, одлука о надлежности од 19. јуна 2009. Године.

²⁴ У случају недоумице у погледу тумачења одређене одредбе, арбитражни судови ће се углавном позвати на императивно правило из члана 31 Бечке конвенције о уговорном праву, који налаже да се термини имају тумачити у складу са њиховим уобичајеним значењем. Овај принцип је применио арбитражни суд при Стокхолмској привредној комори у предмету *Vladimir and Moise Berschader v The Russian Federation* (<http://italaw.com/cases/documents/142>), у коме је предмет тумачења била одредба БИТ-а између Русије и Белгијско-луксембуршке уније која је ограничавала надлежност арбитражног суда на „спорове у вези са накнадом за експропријацију“. Арбитражни суд је закључио да је таква формулација из надлежности арбитражног суда изузела спорове који се тичу питања да ли је до одузимања имовине дошло, док ће се надлежност моћи успоставити само у случају када је јасно да се експропријација догодила, али постоји спор око накнаде. Исти приступ имао је арбитражни суд у предметима *Осѡријан Ерлајнс ѡрѡив Словачке* (<http://italaw.com/cases/103>), који је решаван пред арбитражним судом по УНЦИТРАЛ-овим правилима. Више о овом питању види у Reinisch, August, *How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?*, Journal of International Dispute Settlement, том 2 издање 1, 2011, стране 115-174, стране 119-122.

²⁵ *Tza Yap Shum v Republic of Peru*, пасус 155.

улагач инвестира. Ови споразуми теже повишавању стандарда заштите улагања и права инвеститора и ограничавању суверене моћи државе у којој се улаже.²⁶ То значи да у инвестиционом праву долази до интернационализације спора,²⁷ односно да долази до уписа међународног јавног права у приватноправни однос. У вези са тим, основано се поставља питање да ли подношење тужбе арбитражним судовима ради решавања инвестиционих спорова подлеже обичајном правном правилу исцрпљивања локалних правних лекова.

Међународно обичајно право предвиђа да тужилац, пре подношења тужбе пред међународним форумом,²⁸ мора исцрпети локалне правне лекове, како би држава имала прилику да евентуално исправи грешке до којих је дошло у оквиру њеног правног поретка.²⁹ Примена овог правила може бити искључена споразумом странака.³⁰

Када је реч о међународном инвестиционом праву, ситуација је обрнута. Највећи број БИТ-ова, нарочито оних закључених последњих деценија, не тражи испуњење овог услова,³¹ што је резултирало изменом обичајног правила када се ради о инвестиционим споровима,³² као што је арбитражни суд у предмету *Мондев њројив САД-а* изричито признао.³³ Другим речима, уколико није друкчије уговорено, држава улагања не може чиниеницу да локална правна средства нису исцрпљена истицати као препреку надлежности.³⁴

Члан 26 ИКСИД Конвенције искључује обавезу исцрпљивања локалних правних лекова. Чланице Конвенције могу ставити резерву на ову одредбу, као што су то учинили Израел и Гватемала.³⁵ Поред тога, чланице

²⁶ Види: Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994, страна 90.

²⁷ Види: Ђундић, Петар, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиције, докторска дисертација*, Нови Сад, 2010. године, страна 279.

²⁸ *Bilateral Investment Treaties 1995–2006 Trends In Investment Rulemaking*, United Nations, New York and Geneva, 2007 страна 108.

²⁹ Shaw, Malcolm, *International law*, 6. Izdanje, Cambridge University Press, 2008, страна 819.

³⁰ Brownlie, Ian, *Principles of public international law* 7th ed., Oxford University Press, 2008, страна 492.

³¹ Schill, *op.cit.*, страна 631.

³² Schwebel, Steven, *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, Transnational Dispute Management, Vol. 2 - issue 5, November 2005, страна 27.

³³ *Mondev Int'l. Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2; види и Salacuse, *op.cit.*, страна 429.

³⁴ McLachlan, *op.cit.*, стр. 253-254.

³⁵ Према је Израел касније повукао резерву. Види: Schreuer, Christoph, *Calvo's Grandchildren: the Return of Local Remedies in Investment Arbitration, Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 4/2005, страна 2.

могу уговорити примену овог обичајног правила у оквиру БИТ-а или уговора о улагању који садржи компромисорну клаузулу.³⁶ Овакве клаузуле су заступљене су у углавном старијим БИТ-овима,³⁷ мада се срећу и у новијим споразумима, попут оног који је Србија закључила са Малтом 2010. године.

2.1.3. Клаузуле које садрже захтев за ѡрошек времена ѡредвиђеног за ѡкушај решавања спорa мирним ѡушем

Највећи број БИТ-ова у својим одредбама предвиђа обавезу улагача и државе улагања да све спорове покушају да реше мирним путем. Познате су, ако не и честе, клаузуле којима уговорнице траже протек одређеног рока од момента критичног догађаја због кога траже заштиту.³⁸ Сврха овог правила, које је у пракси инвестиционог права познато као „период хлађења“ (*cooling off period*), јесте да омогући странама у спору да преговарају око могућих решења,³⁹ као и да „извагају“ предности и мане арбитражног поступка у конкретном случају,⁴⁰ како би се избегли непотребни поступци. Тек по протеку тзв. периода хлађења од настанка спора, улагач може поднети тужбу арбитражном суду. Овај рок има карактер одложног рока,⁴¹ јер се тек по његовом протеку улагач може обратити уговореној арбитражној институцији.

Позната је одлука *СГС ѡрошив Пакистана*, у којој је једно од процесних питања било управо питање тумачења арбитражног споразума који је предвиђао обавезан период консултација од 12 месеци. Тужилац је сматрао да је реч о процедуралном захтеву, који служи да подстакне странке на преговоре и ни на који начин не утиче на надлежност арбитражног суда, будући да би тужилац могао, чак и да арбитражно веће прихвати приговор, кроз 12 месеци поново поднети тужбу истог садржаја.⁴² У својој

³⁶ *Lanco International v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, одлука од 8.12.1998. године, 40 ILM 457 (2001), пасус 39.

³⁷ Schreuer, Christoph, *ICSID Convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 2001, страна 391.

³⁸ Reinisch, *op.cit.*, страна 116.

³⁹ Schreuer, *Travelling the BIT Route*, *op.cit.*, страна 232.

⁴⁰ UNCTAD, *Prevention and Alternatives to Arbitration*, *op.cit.*, страна 41.

⁴¹ Ђундић, Петар, *Одредбе о одложном року за ѡкрепање арбитраже у међународним уговорима о заштити улагања и њихов утицај на надлежности арбитражних судова*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду 2/2012, страна 356.

⁴² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID case No. ARB/01/13, одлука о надлежности од 06.08.2003. године, пасус 130-131.

анализи арбитражни суд се позвао на претходно донету одлуку *Ethyl про-иив Канаде*⁴³ и закључио да је, имајући у виду став Врховног суда туже-ног,⁴⁴ мало вероватно да би Пакистан показао добру вољу да преговара са тужиоцем. Ипак, чини се да као крунски аргумент арбитражни суд истиче да не би било целисходно, са аспекта трошкова поступка, прекидати теку-ћи поступак само да би се пружила могућност странама да се консултују, након чега би тужилац, по протеклу рока, поново поднео тужбу.⁴⁵

У одлуци *Ethyl про-иив Канаде* арбитражни суд је прецизно разграни-чио процедуралне правила од јурисдикционих захтева. Јурисдикционе од-редбе дефинисане су као границе овлашћења арбитражног суда да поступа у меритуму спора, док су процедурална правила означена као услови које тужилац мора испунити, али чији евентуални изостанак не води одбацива-њу тужбе због ненадлежности, већ могућем прекиду поступка, а у крајњем случају, ако би се изостанак показао као трајан, одбацивању тужбе због процесних недостатака. Након што би процесни недостаци били отклоње-ни, тужилац би поново могао поднети тужбу и не би било сметњи за по-ступање арбитражног суда.⁴⁶ Испитујући карактер периода хлађења, арби-тражни суд је повукао паралелу са захтевом за исцрпљивање локалних правних средстава у међународном праву, које се може пренебрећи уколи-ко се покаже да би исцрпљивање локалних средстава било узалудно, јер су доступна средства неефикасна.⁴⁷ Другим речима, арбитражно веће је на-шло да би преговори били неуспешни,⁴⁸ те је приговор Канаде одбило, јер би одбацивање тужбе било противно циљу и сврси уговора НАФТА, који као свој циљ одређује ефикасност правне заштите.

У случају *Марфи про-иив Еквадора* арбитражни суд је заузео другачи-ји став. Еквадор је приговорио надлежности арбитражног суда, између осталог, због тога што тужилац пре подношења тужбе није сачекао да про-текне рок од шест месеци од момента настанка спора. Веће цитира одлуку

⁴³ *Ethyl Corp. v. Government of Canada*, NAFTA case, одлука о надлежности од 24.06.1998. године

⁴⁴ Врховни суд Пакистана је одлучујући о захтеву тужиоца навео да БИТ није ступио на снагу у Пакистану, јер није инкорпорисан у домаћу легислативу, услед чега ниједан суд у Пакистану не би могао да га примени. Види: *СГС про-иив Пакистана*, пасус 119.

⁴⁵ *Ibid.*, пасуси 183-184.

⁴⁶ *Ethyl Corp. v. Government of Canada*, пасус 58.

⁴⁷ *Ibid.*, пасус 84.

⁴⁸ Сличну аргументацију можемо видети у предмету *Лодер про-иив Чешке* у коме је арбитражни суд признао да тужилац није сачекао протек процедуралног рока, но у томе није видео препреку за успостављање надлежности. Резоновање арбитражног суда заснива се на чињеници да веће није пронашло доказе који би указивали да је Чешка спремна да ступи у преговоре са тужиоцем. Оглашавање ненадлежним би стога, према ставу овог већа, представљало претерани формализам. Види више *Лодер про-иив Чешке*, пасус 188-190.

Лодер ѡроѡив Чешке која прецизира да рок за преговоре почиње да тече од момента када улагач упозори државу улагања да је дошло до повреде, не од тренутка када се сама повреда догодила.⁴⁹ Марфи није могао једнострано одлучити да преговори неће бити плоноснои, те покретање поступка пре рока представља повреду члана 6 америчко-еквадорског БИТ-а.⁵⁰ Ослањајући се на обичајно право кодификовано Бечком конвенцијом о уговорном праву, арбитражни суд није видео простор да пренебрегне одложни услов које су уговорнице унеле у БИТ.⁵¹

Ова клаузула не искључује могућност уговарање клаузуле која пружа избор између суђења и арбитраже. Будући да „период хлађења“ може да протекне, а да улагач не покрене спор, по протеку овог периода, нема сметње да улагач неопозиво изабере форум који ће решавати о инвестиционом спору.⁵²

2.1.4. Клаузула која ѡредвиђа обавезу обраћања националном форуму

Клаузула која од улагача захтева претходно обраћање националном форуму пре обраћања међународној арбитражи представља блажи облик одредбе о обавезном исцрпљивању локалних правних лекова, па се чак може срести и аргумент да представља увођење обавезе коришћења локалних правних лекова на мала врата, као елемент материјалног стандарда заштите.⁵³ Разлика лежи у чињеници да код ове клаузуле, улагач треба да учини „разуман напор“⁵⁴ за решавање спора пред домаћим органима, док се код

⁴⁹ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, одлука од 03.09.2001. године, пасус 185; *Murphy Explorationa and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, одлука о надлежности од 15.12.2010. године, пасус 108.

⁵⁰ *Марфи ѡроѡив Еквадора*, пасус 135.

⁵¹ *Ibid.*, пасусу 140-144. Хронолошки први предмет у коме је, након низа одлука у корист тужилаца по питању протекла рока за преговоре, арбитражни суд на приговор тужене државе донео другачију одлуку, јесте *Бурлинѡтон ѡроѡив Еквадора*. У овом случају поступајуће веће је извело закључак да рок од 6 месеци, предвиђен за период хлађења, није почео да тече, јер у конкретном случају улагач није известио државу улагања да сматра да су му повређена права, из којих разлога је нашло да је захтев тужиоца у овом делу био недопуштен. Види више *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, одлука о надлежности од 02.06.2010. године, пасус 342.

⁵² Обе клаузуле унете су у БИТ између Јужноафричке републике и Зимбабвеа. Види више Peterson, Luke Eric, *South Africa's Puzzling New Treaty with Zimbabwe*, доступно на <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/12/10/south-africas-puzzling-new-treaty-with-zimbabwe/>

⁵³ Schreuer, *Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law*, *op.cit.*, страна 76; Schreuer, *Calvo's Grandchildren*, *op.cit.*, страна 4.

⁵⁴ Schreuer, Christoph, *Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law* у књизи Arthur W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*: The Fordham Papers, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, страна 75.

исцрпљивања локалних правних средстава тражи да се улагач обратио свим нивоима заштите, а тек потом међународној институцији.

Уговарање ове клаузуле се објашњава аргументом да се повреда БИТ-а састоји у пропусту државе да пружи улагачу заштиту поводом нарушеног права. Другим речима, оваква клаузула је у блиској вези са стандардом ускраћивања права на правично суђење (енг. – „*denial of justice*“). Овде је важно направити разлику између одредбе у БИТ-у која тражи обраћање националним судовима као услов за постојање надлежности арбитражног суда и обраћања домаћим органима као услова за постојање повреде материјалних одредаба БИТ-а, како је то анализирано у неким одлукама.

Уколико су уговорне стране уговориле да ће улагач тражити заштиту од домаћих судова, па тек у случају незадовољавајућег решења, од арбитражног суда, неиспуњење овог захтева водиће одбацивању тужбе из процесних разлога.

Ако посматрамо праксу арбитражних судова, видљиво је да су се многи арбитражни судови дотицали питања претходног обраћања органима државе улагања, али тек приликом испитивања меритума тужбе, односно као мериторни захтев у склопу неког од материјалних стандарда заштите улагања.

Испитујући постојање експропријације у предмету *Ценерејин Јукрејн њројив Украјине*, арбитражни суд је навео да чињеница да је улагање престало да буде уносно није довољна да покаже постојање одузимања улагања. Ово стога што код индиректне експропријације понашање државе, за које улагач тврди да представља повреду инвестиционог споразума, веома често није довољно индикативно, те је неопходно да улагач покуша да оствари заштиту пред националним судовима, односно у конкретном случају управним органима.⁵⁵ До сличног закључка је дошао арбитражни суд у предмету *Енкана њројив Еквадора*, у коме је одбио тужбичеве тврдње о постојању експропријације поводом мера пореске политике Еквадора.⁵⁶ У посебном мишљењу арбитар др Григера Наон образлаже одлуку чињеницом да арбитражни суд не може преузети улогу еквадорског управног суда и решавати о пореским питањима. БИТ не забрањује локалним органима да уведе различите мере, докле год улагач може оспорити законитост таквих мера пред националним судом.⁵⁷

Нешто другачија ситуација јавила се у предмету *Јан де Нул њројив Еџипта*,⁵⁸ у коме се питање обраћања националним органима поставило

⁵⁵ *Generation Ukraine v. Ukraine*, пасус 20.33.

⁵⁶ *EnCana v. The Republic of Ecuador*, The London Court of International Arbitration Case UN 3481, одлука од 03. фебруара 2006. године, пасус 194.

⁵⁷ Посебно мишљење арбитра др Хорациа Григера Наона о питању експропријације, наведено као анекс у пасусу 200 одлуке *Енкана њројив Еквадора*.

⁵⁸ *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, одлука од 16.06.2006. године

приликом испитивања да ли постоји повреда правичног и једнаког третмана.⁵⁹ Тужилац који је добио незадовољавајуће решење у првој инстанци, жалио се на првостепену неправноснажну одлуку, а потом се обратио арбитражном суду. Арбитражни суд је истакао да питање ускраћивања правичног поступка, као материјалноправног принципа, мора бити разграничено од процесне обавезе која се односи на надлежност арбитражног суда.⁶⁰

У вези са овом одредбом стоји одредба којом се предвиђа обавеза да се покуша исходовање одлуке пред националним форумом у одређеном року. Док претходна клаузула тражи „разуман напор“, овом одредбом је тачно прописано колико ће улагач, након иницијалног обраћања домаћим органима, морати да чека пре него што *ex lege* такво обраћање постане неделотворно, јер није дало резултата. Арбитражни суд је у одлуци о надлежности у предмету *Мафезини ѡройив Шпаније* навео да је суштина ове клаузуле управо да се пружи могућност домаћем суду да реагује, док у исто време, не онемогућава улагача да се обрати арбитражном суду.⁶¹ За разлику од обавезе исцрпљивања локалних правних средстава, овом клаузулом се не тражи коначна одлука, чак се не тражи ни да одлука буде донета.⁶²

2.1.5. Клаузула која њружа избор између суђења и арбитраже

Арбитражним споразумом садржаним у БИТ-у уговорнице по правилу наводе више форума пред којим евентуални спорови могу да се решавају. Улагач има право избора, али, у неким случајевима, покретањем поступка ради постизања заштите својих права, он чини неопозив избор. Ово ће бити случај ако су стране уговориле клаузулу која пружа избор између суђења и арбитраже. Реч је о клаузули која захтева од страног улагача да изабере форум пред којим ће тражити правну заштиту, при чему се избор који начини првом процесном радњом сматра коначним и улагач не може више да промени мишљење и затражи правну заштиту пред другим форумом. Управо зато што се избор једног од путева сматра коначним, ова клаузула се назива „клаузулом раскрснице“, мада се може срести и назив „пут без повратка“ („*the road of no return*“).

⁵⁹ Арбитражни суд наводи да је неопходно да тужена држава буде у позицији да исправи грешке које су нижестепени судови направили, те да стога држава инвестиције не може бити одговорна, осим уколико ангажовањем целокупног система те државе почетни недостатак није исправљен. Види пасус 258 *Jan de Нул*.

⁶⁰ *Jan de Нул N.V. & Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, одлука од 16.06.2006, пасус 255.

⁶¹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Одлука о надлежности од 25. јануара 2000, пасус 33.

⁶² *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on jurisdiction N, August 3, 2004, пасус 104.

Избор који улагач прави при покретању поступка је од изузетне важности, јер је сваки избор коначан, односно како латинска максима каже: *Una via electa non datur recursus ad alteram*.⁶³ Када говоримо о процесним радњама улагача које ће га касније спречити да оптира за решавање спора међународном арбитражом, говоримо о покретању управних и судских поступака ради заштите права улагача. Ипак, није свако учешће у управном или судском поступку преклузивно. Страни улагач понекад учествује у поступку пред домаћим органима државе улагања, а да то не доводи до активирања клаузуле раскрснице, јер је потребно испунити неколико услова да би се сматрало да је извршен избор, о чему ће бити реч у следећим поглављима.

3. Клаузула које пружа избор између суђења и арбитраже (клаузула „fork in the road“)

3.1. Разликовање од сличних клаузула

3.1.1. Однос са клаузулом која предвиђа обавезу исцрпљивања локалних правних лекова

Обавеза исцрпљивања локалних правних средстава искључује могућност избора улагача у погледу тога коме ће се обратити за заштиту, јер стоји у колизији са клаузулом раскрснице и ове две клаузуле се међусобно искључују. Уколико би се улагач обратио националном форуму ради решавања спора и добијања правне заштите, то би, сходно „правилу раскрснице“, представљало коначан и неопозив избор форума. Са друге стране, сходно клаузули која предвиђа обавезно исцрпљивање локалних правних лекова, улагач мора исцрпети локалне правне лекове, будући да се употреба правних средстава заштите налази у строгом временском следу.⁶⁴ Другим речима, улагач би у овом случају *de facto* морао да изабере судове државе домаћина улагања, при чему би, када би се примењивала и клаузула раскрснице, изгубио право на међународну заштиту у арбитражном поступку.

3.1.2. Однос са клаузулом која предвиђа обавезу обраћања националном форуму

Будући да је претходно утврђено да клаузула која предвиђа обавезу обраћања националном форуму државе у коју се улаже представља блажи

⁶³ Schreuer, *Traveling the BIT Route*, *op.cit.*, страна 240.

⁶⁴ Hague Conference on Private International Law, *The Future Convention on Exclusive Choice of Court Agreements and Arbitration - Parallel proceedings and possible treaty conflicts, in particular with ICSID and the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* трећи том, пето издање. децембар 2006. пасус 26, страна 12.

облик клаузуле о обавезном исцрпљивању локалних правних лекова, потребно је размотрити какав би био став арбитражних судова уколико би ова клаузула била садржана у БИТ-у истовремено са клаузулом раскрснице. Арбитражни судови су тражили од улагача да се обрати домаћим судовима са захтевом за „исправку грешке“ односно од инвеститора се тражило да барем покуша да постигне решење пред домаћим судовима. Управо због свеобухватности и ширине таквог захтева, делује да улагач не може испунити овај услов, а да већ пред националним органима не уђе у суштину повреде, а тиме и у суштину свог захтева пред арбитражним судом. Другим речима, улагач би био преклудираан да тражи заштиту у арбитражном поступку у случају да су истовремено уговорене обе клаузуле.

3.1.3. Однос са клаузулом која ѡредвиђа ѡпокушај да се исходује одлука ѡред националним форумом у ућвореном временском ѡериоду

Приликом анализе односа ове две клаузуле, потребно је осврнути се на став који је арбитражни суд 2011. године заузео у предмету *Абаклајт и дрући ѡројтив Арјентјине*. Арбитражно веће је нашло да је БИТ успоставио јасну хијерархију правних лекова,⁶⁵ где улагач мора прво да покуша да ступи у преговоре са државом улагања, па уколико преговори буду без успеха, да се обрати одговарајућем домаћем органу и сачека 18 месеци на доношење одлуке. Тужиоци нису сачекали протек рока од 18 месеци, те се арбитражни суд упустио у „одмеравање интереса“⁶⁶ тужилаца и њиховог права на ефикасно правно средство, са једне стране, и интереса тужене државе и могућност исправке евентуалне грешке помоћу система локалних правних средстава, са друге стране. Арбитражни суд је сматрао да је захтев за протек 18 месеци нецелисходан, уколико је могућност налажења решења спора пред домаћим органима тек теоријска.

Сложеност материје и предмета инвестиционог спора говори у прилог томе да је оваква одредба осућена на неуспех, утолико што је предвиђени период по правилу прекратак да би се у том року решио инвестициони спор.⁶⁷ Слично као код периода хлађења, арбитражни суд у предмету *Мафезини* је премостио проблем што тужилац није поштовао одредбе ове клаузуле помоћу клаузуле најповлашћеније нације. Арбитражни суд у предмету *Плама ѡројтив Бујарске* је навео да је одлука већа у предмету

⁶⁵ *Abaclat and others v Argentina*, ICSID case ARB/07/5, одлука о надлежности од 04.08.2011. године, пасус 578. Види и Born, Gary, *Weighing the interests of host-state and investor — a further blow to domestic litigation provisions in BITs?*, доступно на <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/21/weighing-the-interests-of-host-state-and-investor-a-further-blow-to-domestic-litigation-provisions-in-bits>.

⁶⁶ *Abaclat v Argentina* пасус 590.

⁶⁷ Schreuer, *Consent to arbitration, op.cit.*, страна 848.

Мафезини потпуно разумљива, јер се ради о клаузули која је „бесмислена са практичног становишта.“⁶⁸

Клаузула коришћења локалних правних средстава у одређеном временском периоду и клаузула раскрснице такође стоје на два различита пола, као потпуно супротне.⁶⁹ Било би несврсисходно уговорити обе клаузуле истовремено, јер је улагач првом клаузулом принуђен да користи домаћи форум пре него што користи међународну арбитражу, чиме се клаузула која допушта избор обесмишљава. Уколико се то ипак деси, арбитражни суд који је суочен са обе клаузуле истовремено морао би да заузме флексибилнији став у погледу коначности избора по клаузули раскрснице, јер је могућност избора заправо одузета инвеститору.

3.2. Појавни облици клаузуле у домаћем праву

У већини БИТ-ова које је Република Србија закључила налази се клаузула која предвиђа избор између домаћих судова и међународне арбитраже.⁷⁰ У појединим БИТ-овима које је наша држава закључила среће се изричито формулисана клаузула раскрснице у споразумима са Алжиром,⁷¹ Азербејџаном,⁷² Индонезијом⁷³ и Португалом⁷⁴ и клаузуле у сва четири споразума наводе да је избор који улагач учини *коначан*.

Готово сви остали БИТ-ови које је Србија закључила садрже прећутну клаузулу раскрснице, односно, не користе изричиту формулацију, али такође подразумевају да је избор преклузиван. У највећем броју случајева, обавеза коначног избора форума се намеће тако што се улагачу даје право да *умесито* обраћања националним судовима уговорнице, може да покрене међународну арбитражу.⁷⁵ Друга могућност, која је подједнако заступљена у споразумима Србије и нешто је мање експлицитна, подразумева алтернативно навођење форума пред којима улагач може да покрене поступак. Ово се постиже уметањем речце *било*, *везника или* и понегде предлогом *између*.

⁶⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, пасус 224.

⁶⁹ Schreuer, *Calvo's Grandchildren*, *op.cit.*, страна 4.

⁷⁰ Станивуковић, *Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања*, страна 523.

⁷¹ Члан 9 став 3 Споразума са Алжиром наводи: „Избор улагача између надлежног суда државе Сјране уговорнице на чијој територији је извршено улагање и међународној арбитражној суда је *неопозив и коначан*.“

⁷² Члан 11 став 3 Споразума са Азербејџаном.

⁷³ Члан 11 став 3 Споразума са Индонезијом.

⁷⁴ Члан 9 став 3 Споразума са Португалом.

⁷⁵ Оваква формулација постоји у споразумом са Аустријом, Белорусијом, Бугарском, Чешком, Гвинејом, Корејом, Либијом, Македонијом, Пољском и Украјином.

Код арбитражних споразума у којима је наведено да улагач бира између више форума, алтернативност форума и искључивост таквог избора није под знаком питања, јер је очигледно да је намера уговорних страна била уговарање клаузуле раскрснице.⁷⁶ Можда најјаснију терминологију уговорнице користе у споразуму између Републике Србије и Швајцарске где се врло изричито наводи да „улагач има право избора између“ набројаних форума.⁷⁷

Најчешћи су споразуми који садрже само везник *или* између понуђених форума.⁷⁸ Мада су они нешто мање изричите, не би се могло сматрати да су и нејасни. Везник *или* је раставни везник, те је јасно да између више различитих опција постоји међусобна искључивост.⁷⁹

У неким споразумима, попут оног са Кувајтом, прецизирано је да улагач може поднети предлог за издавање привремене мере пред судовима државе домаћина инвестиције, што га неће преклудирати у праву да покрене арбитражни поступак. Члан 9 став 3 Споразума предвиђа: „Упркос чињеници да је улагач можда поднео спор на обавезну арбитражу по основу става 2, он може, пре институције арбитражног суда (*sic!*) или током поступка, да затражи од судских или административних трибунала Стране уговорнице која је странка у спору, привремену забрану ради заштите својих права и интереса,⁸⁰ под условом да то не укључује захтев за плаћање било какве одштете, у складу са националним законима и прописима.“

Поступак ради издавања привремене мере се универзално сматра хитним, јер тежи да отклони непосредне опасности које прете предлагачу, док

⁷⁶ Види на пример споразум са Нигеријом и са Босном и Херцеговином.

⁷⁷ Члан 12 став 2 Споразума са Швајцарском.

⁷⁸ Споразум са Данском. Исту формулацију садрже споразуми са Албанијом, Финском, Египтом, Ганом, Грчком, Хрватском, Ираном, Казахстаном, Кипром, Литванијом, Румунијом, Белгијско-луксембуршком економском унијом, Шпанијом, Уједињеним Арапским Емиратима, Уједињеним Краљевством.

⁷⁹ Wegen, Gerhard, Markert, Lars, *Chapter V: Investment Arbitration – Food for Thought on Fork-in-the-Road – A Clause Awakens from its Hibernation*, у Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010*, C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2010, страна 271.

⁸⁰ Иако је цитираном члану 9 споразума наведено да се од административних или судских органа може тражити „привремена забрана“ ради заштите права и интереса, вероватније је да се заправо ради о привременој мери која може представљати не само забрану, већ и чинидбу, а све ради заштите интереса улагача. Ово стога што је истим чланом прецизирано да се ова врста заштите тражи „у складу са националним прописима и законима“, па би према Закону о обезбеђењу и извршењу било реч о привременој мери. Законодавац је у члану 294, у ставу 1 Закона набројао врсте привремених мера ради обезбеђивања новчаних потраживања. Водећи рачуна о цитираним одредбама, сматрамо да је формулација става 3 члана 9 Споразума са Кувајтом – или бар превод – погрешна, јер привремене мере могу представљати забрану, наредбу и чинидбу, што произлази из чл. 293 и 294 Закона о обезбеђењу и извршењу.

арбитражни поступак по правилу траје дуго. Овај поступак резултира решењем којим се привремено одлучује о опасности која прети потраживању предлагача, па би самим тим било тешко замисливо да представља избор у смислу клаузуле раскршћа, која тражи идентитет предмета спора у два различита поступка. Управо из ових разлога, поступак за издавање привремене мере неће довести до „активирања“ клаузуле раскрснице.

3.3. Услови за примену клаузуле

Сврха клаузуле која пружа избор између суђења и арбитраже је да спречи решавање једног спора пред више форума. У томе лежи сличност између општег принципа забране литиспенденције и ове клаузуле.⁸¹ Улагачи су неретко учесници неке врсте поступка пред органима државе домаћина током трајања улагања, но само учешће у управном или судском поступку не значи нужно и избор форума у смислу клаузуле која предвиђа избор између суђења и арбитраже.⁸²

Пракса је изнедрила критеријуме који указују да ли је извршен избор форума. Да би се примениле одредбе клаузуле раскрснице, потребно је да су исте странке поднеле исти спор на решавање домаћим судовима или управним органима државе улагања.⁸³ Стога се, приликом испитивања да ли је „активирана“ ова клаузула, испитује испуњеност следећих услова: 3.3.1.) да ли је поступак пред националним форумом започет пре започињања арбитражног поступка; 3.3.2.) да ли постоји идентитет захтева и 3.3.3.) да ли постоји идентитет странака.

3.3.1. Временски след

Приликом испитивања да ли је дошло до претходног избора форума, арбитражни суд ће испитати да ли се улагач прво обратио са захтевом за заштиту права националним судским или управним органима. Као меродавни датуми узимају се почетак поступка пред домаћим органима, са једне стране и датум отпочињања арбитражног поступка, са друге стране. Уколико датум обраћања националним судовима претходи почетку арбитражног поступка, услов је испуњен, те арбитражни суд може да настави са испитивањем испуњености друга два услова. У пракси арбитражних суда нисмо нашли ниједан случај у коме овај услов није био испуњен, с обзиром на то да улагачи у поступку реализације улагања врло често бивају странке у разним поступцима пред органима државе улагања – било

⁸¹ *Ibid.*, страна 272.

⁸² Schreuer, *Consent to arbitration, op.cit.*, страна 849.

⁸³ Schreuer, *Travelling the BIT Route, op.cit.*, стране 240-241.

управним било судским и ти поступци су по правилу покренути пре инвестиционе арбитраже.⁸⁴

3.3.2. Идентичности захтева

Да би постојала препрека за успостављање надлежности арбитражног суда, потребно је да су предмети тужбе пред домаћим органима и тужбе пред арбитражним судом у целости идентични.⁸⁵ Будући да се у већини инвестиционих спорова решава о захтевима који произлазе из БИТ-а, потребно је да је предмет поступка пред националним судом или органом управе био захтев чији је основ БИТ. Уколико је предмет локалног поступка био захтев који проистиче из уговора о улагању, или уколико се радило о поступку у коме је улагач покушао да исходује дозволу или забрану која се односи на управљање улагањем, не може се сматрати да постоји идентитет захтева. Арбитражни судови су се често бавили питањем испуњености овог услова. Одлука *Пантехники њројив Албаније* цитира случај *Вудруф*, који је као релевантан тест у погледу степена подударности два захтева испитивао да ли је суштински основ захтева који се поставља пред међународном арбитражним судом („*fundamental basis of a claim*“) независан од других захтева по којима се поступа пред другим форумима.⁸⁶

Када се ради о питању да ли две тужбе садрже исти захтев, арбитражни судови су без изузетка испитивали правни основ два различита поступка. Јединствен закључак који су усвојили јесте да захтеви који имају основ у уговору о улагању и захтеви који извиру из БИТ-а нису исти.⁸⁷ Управо са тим образложењем је арбитражни суд у предмету *Тојо њројив*

⁸⁴ *Ibid.*, страна 241.

⁸⁵ Стални суд међународне правде је у светодавном мишљењу *Polish Postal Service in Danzig* (Series B No. 11, мишљење од 16.05.1925. године, страна 30) навео да је за постојање пресуђене ствари потребно да постоји идентитет страна и идентитет предмета спора: „*il y a non seulement identité des Parties en litige, mais également identité de la matière.*“ Слично томе, услови за постојање *lis pendens*, идентитет страна, предмета спора и захтева, су наведени у одлуци арбитражног суда у предмету *Trail Smelter* из 1938. године, reprinted in 33 A.J.I.L.182 (1941), страна 1952 и нашли су потврду у одлуци *Бенвенути и Бонфант њројив Конга* (*Benvenuti & Bonfant SRL v. the Government of the People's Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, одлука од 08.08.1980. године, 1 ICSID Rep. 330, страна 340 пасус 1.14.), која је касније цитирана у великом броју одлука, између осталог *Railroad development corporation (RDC) v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, пасус 131).

⁸⁶ *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, одлука од 30.07.2009. године, пасус 61.

⁸⁷ У одлуци о поништају одлуке *Вивенди I*, Комитет за поништај је коментарисао избор форума у смислу клаузуле која нуди избор између суђења и арбитраже, истичући да је тужилац у том случају ризиковао не обративши се националном суду за заштиту права гарантованих БИТ-ом, јер је постојала могућност да арбитражни суд одлучи против њега. Види више у одлуци за поништај одлуке *Вивенди I*, пасус 113.

Либана нашао да клаузула избора није „активирана“ јер је предмет пред Државним већем *Либана* проистекао из уговора о улагању, док је предмет арбитражног поступка био захтев за заштиту права гарантованих БИТ-ом.⁸⁸ У овом предмету арбитражни суд је цитирао одлуку *Генин Ырошив Есиџије* у којој је арбитражно веће изричито навело да чињеница да су неки аспекти тужбе пред арбитражним судом претходно расправљани у поступку који је Генин водио пред Народном банком Естоније због тога што му је дозвола за рад била одузета, не преклудира тужиоца да покрене инвестициони спор пред арбитражним судом, јер питања која су спорна у инвестиционом спору имају основ у БИТ-у.⁸⁹

У вези са питањем шта се тражи тужбеним захтевом, потребно је поменути предмет *Панџекники*. У овом предмету, арбитар појединац је, ради пружања одговора на питање да ли је одређени захтев већ решавао други форум, испитивао да ли захтеви имају исте нормативне корене.⁹⁰ У конкретном случају, до спора је дошло због плаћања накнаде услед изгубљеног улагања. Тужилац је победио на тендеру за извођење радова на путевима и мостовима који је Албанија расписала и убрзо након потписивања два уговора, отпочео је са радом. Услед немира који су избили марта 1997. године, радови су прекинути и комплетна машинерија на градилишту је покрадена, те је тужилац, по својим тврдњама, претрпео губитке од скоро 5 милиона америчких долара. Специјална комисија, која је процењивала штету, определила је губитке тужиоца на нешто преко 1.800.000 долара. Министарство финансија је известило тужиоца да албанска влада не сноси одговорност за штету, те је одбила да тужиоцу накнади штету. Маја 2001. године, тужилац је пред Окружним судом у Тирани покренуо поступак, који је завршен 2006. године одбијањем тужбе. Арбитар је испитивао да ли би предмет поступка пред арбитражним судом био претходно решен да је албански суд усвојио тужбени захтев тужиоца. На основу такве анализе, нашао је да је предмет две тужбе идентичан.⁹¹ Уколико би се код идентитета тужби испитивао само правни основ, ова клаузула би била обесмишљена јер би остала без практичне примене.⁹² Како тужилац у поступку пред албанским судом и пред арбитражним судом тражи исти исход, арми-

⁸⁸ *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12 пасуси 211-212.

⁸⁹ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. Arg/99/2, одлука од 25.06.2001. године, пасус 332. У случају *Мидл Ист Џемент Ырошив Есиџија* арбитражни суд је закључио да се поступак пред египатским судом није односио на права и обавезе из БИТ-а, те је приговор Египта одбио. Види пасус 71.

⁹⁰ Одлука *Pantehniki*, пасус 62.

⁹¹ Wegen, Markert, *op.cit.*, страна 276.

⁹² *Ibid.*, стране 280-281.

тар је сматрао да тужилац нема право на међународну заштиту јер је претходно изабрао „пут“, додајући да такав закључак не искључује право тужиоца да тражи заштиту због ускраћивања правде (*denial of justice*), који захтев се односи на меритум.⁹³

3.3.3. Идентификација стране

Да би се сматрало да је улагач „изабрао пут“ на „раскрсници“, потребно је да су странке у поступку пред националним судовима и странке у арбитражном поступку исте. То значи да, уколико је супротна страна у спору пред судом државе улагања био приватни ентитет, не може се сматрати да је улагач изабрао форум, јер се у таквом случају не ради о инвестиционом спору између улагача и државе.

Овај услов је детаљно разматран у групи случајева против Аргентине, у којима су арбитражни судови следили став установљен одлуком која се прва бавила приговором *lis pendens*, а то је одлука *Бенвенуџи и Бонфаниј Њроџив Конџа*. У овом случају, арбитражни суд је заузео став да је приговор литиспенденције основан само ако постоји идентитет страна, предмета и основа тужби пред два различита форума.⁹⁴

Када је реч о арбитражним судовима који су се накнадно сусрели са овим питањем, видљиво је да су у погледу идентитета странака заузели прилично формалистички став.

У предмету *ЦМС Гас Њроџив Арџентине*, Аргентина је истакла да је компанија ТГН (привредно друштво које је било предмет приватизације и чије акције је ЦМС купио) уложила жалбу против судске одлуке Савезном Врховном суду, због чега је ЦМС преклудирао да покрене арбитражни поступак. Наиме, радило се о поступку у ком је ТГН учествовао као трећа страна. Арбитражни суд је прихватио аргумент тужиоца да ЦМС, као тужилац у арбитражном поступку није покретао поступак пред домаћим судом Аргентине, те је, закључивши да су и странке и правни основи у два поступка различити, нашао да нема препреке за заснивање надлежности арбитражног суда.⁹⁵

⁹³ Одлука *Pantehniki*, пасус 64-68.

⁹⁴ Wegen, Markert, *op.cit.*, страна 284; Види и de Lotbinière McDougall, Andrew, *Res judicata in International Arbitration: Case Studies and Principles*, Transnational Dispute Management vol. 9 issue 3, април 2012, стране 8-9.

⁹⁵ *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, одлука о поништају од 25.09.2007, пасуси 78-80. Слична ситуација присутна је и у предметима *Енрон* и *Азурикс*, у којима је Аргентина имала идентичан приговор у погледу клаузуле „раскрснице“, док је тужилац у оба случаја истакао да је тужилац у спору на који се Аргентина позива било друго правно лице, а не тужилац у арбитражном поступку, те да не постоји идентитет страна, посебно водећи рачуна да Аргентина није била тужена у

Правило да се један спор који се односи на исте странке и исте правне захтеве не може решавати пред више форума је уврежено у пракси држава, као и у међународној пракси.⁹⁶ Међутим, када се ради о идентитету страна, арбитражни судови ИКСИД-а у групи случајева против Аргентине нису се бавили питањем да ли постоји фактички идентитет странака у поступку пред органима државе улагања и у текућој арбитражи. Оправдано је запитати се да ли је чињеница да су тужиоци формално одвојени правни ентитети потребан и довољан услов за закључак да је реч о различитим странкама. Овакво питање се посебно намеће имајући у виду да су приликом испитивања персоналне надлежности арбитражни судови веома често прибегавали испитивању стварног власништва, ослањајући се на критеријум контроле и одобравали *ius standi* правним лицима која су друштва мајке.⁹⁷ Није на одмет поменути и две одлуке против Чешке – *Лодер њројив Чешке*, у коме је Роналд Лодер тужио Чешку на основу споразума између САД и Чешке и *ЦМЕ њројив Чешке*, где је његово привредно друштво ЦМЕ тужило Чешку на основу споразума између Холандије и Чешке. Арбитражни суд је у предмету *Лодер* навео да не постоји идентитет страна у конкретном случају, а како ни правни основ два поступка није био исти, околност да су два инвестициона спора настала из истог чињеничног основа, није била препрека за заснивање надлежности арбитражних судова.⁹⁸

Професор Шројер и професор Рајниш у мишљењу, које су на захтев Чешке израдили поводом одлуке *ЦМЕ њројив Чешке*, истичу да је потребно применити исти приступ приликом оцене испуњености услова за персоналну надлежност арбитражног суда, као и приликом испитивања идентитета страна у смислу правила *lis pendens*.⁹⁹

Из свега наведеног произлази да, упркос постојању „клаузуле раскрснице“, улагач може да користи правни систем државе улагања, без бојазни да ће остати лишен права на обраћање арбитражном суду. Мада такав став нема подршку у одлуци *Панијекники*, професор Шројер сматра да би другачије тумачење могло навести на закључак да су домаћа правна сред-

поступку пред домаћим судом. Арбитражни суд је у оба случаја прихватио став тужилаца и одлучио као и у случају *ЦМС*. Види одлуку *Енрон*, пасусе 95-98 и одлуку *Азурикс*, пасусе 86-91.

⁹⁶ Ово правило је нашло потврду у неколико случајева пред Међународним судом у Хагу, попут случаја *Boundary dispute between Qatar and Bahrain*. Види више у *Legal opinion of Christoph Schreuer and August Reinsch on Partial Award of September 13 2001 in CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*.

⁹⁷ Види на пример одлуку *Autopista Concesionada De Venezuela, C.A V Bolivarian Republic Of Venezuela*, ICSID case no. ARB/00/5, одлука о надлежности од 27. септембра 2001. године.

⁹⁸ *Лодер њројив Чешке*, пасуси 162 и 165, *ЦМЕ њројив Чешке* пасуси 412 и 419.

⁹⁹ *Legal opinion of Schreuer and Reinisch, op.cit.*, пасус 239.

ства „замке осмишљене да намаме улагача у поступак пред домаћим органима, како би врата међународне арбитраже остала заувек затворена.“¹⁰⁰

3.4. Однос њрема клаузули решавања спорова у инвестиционом уговору

Инвестициони уговори увек садрже клаузулу којом регулишу решавање спорова насталих поводом уговора, и то најчешће различиту од оне која је уговорена у БИТ-у. Однос између клаузуле раскрснице из БИТ-а и клаузуле о решавању спорова из уговора ће зависити од формулације чланова који регулишу решавање спорова из уговора и БИТ-а. Спорове из БИТ-а странке могу решавати пред међународном арбитражом, док су спорови из инвестиционог уговора предмет пророгационе или арбитражне клаузуле и ове две клаузуле о решавању спорова имају паралелну егзистенцију.

Право уговорних страна инвестиционог уговора на решавање уговорних захтева (тзв. *contract claims*) пред форумом који је уговорен на основу пророгационе односно арбитражне клаузуле остаје нетакнуто и у случају да арбитражни споразум у БИТ-у садржи клаузулу која пружа избор између суђења и арбитраже. Овакав закључак произлази из претходног излагања о идентитету захтева и идентитету страна. У предмету *ЦМС Гас*, арбитражни суд је подсетио да су уговорни спорови различити од спорова по БИТ-у, те је *inter alia* и због тога одбио приговор Аргентине да је подношењем тужбе пред националним судом тужилац био преклудирани да покрене арбитражни поступак.¹⁰¹

Однос клаузуле која пружа избор између суђења и арбитраже и уговорне клаузуле о решавању спорова делује прилично јасно и чак неспорно. Међутим, ситуација се компликује уколико БИТ садржи широко одређен појам инвестиције или, пак, широко одређену надлежност арбитражног суда (на пример „за све захтеве у вези са улагањем“). У таквом случају, арбитражни суд би био надлежан да расправља и о споровима који не извиру директно из БИТ-а, већ из уговора о улагању, а који су преко широко постављеног арбитражног споразума подигнути на ниво инвестиционих спорова из БИТ-а. Уколико је улагач на основу клаузуле у инвестиционом уговору затражио заштиту пред националним судовима или органима управе у погледу спорова који извиру из уговора, арбитражни суд конституисан на основу БИТ-а би могао бити преклудирани да расправља о таквим захтевима, јер је улагач претходно (склапањем пророгационог или арбитражног споразума) изабрао пут суочен са клаузулом „раскрснице“.

¹⁰⁰ Schreuer, *Traveling the BIT Route*, *op.cit.*, страна 249.

¹⁰¹ Одлука *ЦМС Гас*, пасус 80; види и одлуку *Генин*, пасус 232.

Чини се да је преовлађујући став арбитражних судова, да треба испитати правни основ тужбе пред форумом изабраним у инвестиционом уговору и пред форумом изабраним на основу БИТ-а, неодговарајући у овом случају. Ово стога што се у случају уговорене „кишобран клаузуле“ или широко дефинисане надлежности арбитражног суда, не може говорити о два различита правна основа тужбе јер је на основу БИТ-а као правни основ у инвестициони спор уведен и уговор о улагању.¹⁰² У таквој ситуацији, посебно је значајан приступ који је арбитар заузео у случају *Панџекники*, јер се приликом доношења одлуке окренуо петиту тужбеног захтева тужиоца.

3.5. Однос према клаузули најповлашћеније нације у БИТ-у

Клаузула најповлашћеније нације се често уноси у БИТ и служи као осигурање улагачу да му неће бити пружена мања заштита од оне коју би живао улагач из треће државе. Она се често користи да прошири права инвеститора и стандарде заштите улагања и улагача у погледу материјалних и процесних одредби. Управо због тако честе употребе, у теорији се могу срести ставови који су овој клаузули дали епитет једне од најзлоупотребљаванијих клаузула у међународном инвестиционом праву.¹⁰³

Примена МФН-клаузуле на процедурална питања почиње доношењем одлуке *Мафезини*.¹⁰⁴ У овој одлуци, тужиоци су, ослањајући се на клаузулу најповлашћеније нације, премостили процедуралну обавезу тужиоца да покуша да исходује одлуку пред домаћим судовима у одређеном временском року, тако што су „повољније“ услове из БИТ-а, који је Шпанија закључила са другим државама, применили на свој случај. Корак даље је отишао арбитражни суд у предмету *Сименс* који је дозволио тужиоцу да „уведе“ у спор аспекте другог арбитражног споразума који му више одговарају, те улагач није морао да чека протек рока пре подношења тужбе арбитражном суду, који је био предвиђен арбитражним споразумом. Међутим, у конкретном случају није дошло до примене клаузуле која пружа избор између суђења и арбитраже, иако је била уговорена арбитражним споразумом, јер је била „мање повољна“.¹⁰⁵

Из досадашње праксе арбитражних судова произлази да се питање да ли се МФН-клаузула може применити и у погледу одредаба о решавању

¹⁰² Wegen, Markert, *op.cit.*, страна 279.

¹⁰³ Kahale, III George, *Is Investor-State Arbitration Broken?*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 9, issue 7, December 2012, страна 21.

¹⁰⁴ Claire Crépet, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ARB/03/24) – The most-favoured-nation clause issue, *Transnational Dispute Management* vol. 2 issue 3, јун 2005, , страна 5.

¹⁰⁵ Одлука *Сименс*, пасус 120.

спорова, мора посматрати из два угла. Прво, потребно је утврдити да ли је у питању процедурални или јурисдикциони захтев, који тужилац покушава да избегне и друго, потребно је испитати да ли су стране уговорнице конкретног БИТ-а имале намеру да искључе примену МФН-клаузуле на процесна питања.

Одлука *Мафезини* је ограничила примену МФН клаузуле на процедуралне захтеве, изричито наводећи да клаузула која пружа избор између суђења и арбитраже не би могла бити пренебрегнута применом клаузуле најповлашћеније нације. Арбитражни суд овакву тврдњу образлаже ставом да би изигравање клаузуле „раскрснице“ утицало на коначни исход поступка, те да је реч о јавном поретку државе.¹⁰⁶ Када говори о коначном исходу поступка, арбитражно веће заправо оправдава примену МФН-клаузуле у односу на захтев да мора да постоји покушај да се исходује одлука у одређеном временском року, утолико што би улагач на крају, како у случају истека рока, тако и у случају исходавања незадовољавајуће одлуке пред домаћим судом, свакако имао право да покрене међународни арбитражни поступак. Другим речима, коначан исход би у сваком случају био арбитражни поступак, па захтев из арбитражног споразума заправо само претходи арбитражи. Ово није случај када се ради о клаузули која приморава улагача да у старту изврши неопозив избор форума,. Арбитражни судови су у потоњој пракси доносили различите, чак опречне одлуке, приликом одлучивања о томе да ли се МФН-клаузулом могу пренебрегнути процедурални захтеви.¹⁰⁷

Арбитражни суд је у предмету *ИЦС ѡроѡив Арѡениѡине* поставио исправну ограду у погледу тога шта се сматра повољнијим третманом. Чињеница да један уговор садржи арбитражни споразум који је просто другачији од оног који су странке у конкретном спору уговориле не значи нужно и да је такав арбитражни споразум повољнији.¹⁰⁸ Приликом утврђивања да ли је арбитражни споразум повољнији, или тек другачији, арбитражни суд треба да има шири приступ од посматрања појединачног улагача и његових интереса и да се усредреди на питање да ли је један споразум повољнији од другог у општем смислу.¹⁰⁹

Друго важно питање у погледу примене МФН-клаузуле на процесна питања представља воља уговорних страна. У одлуци *Салини ѡроѡив Јор-*

¹⁰⁶ Одлука *Мафезини*, пасус 63.

¹⁰⁷ На пример *ИЦС ѡроѡив Арѡениѡине* налази да је овај услов круцијалан за постојање сагласности Аргентине за арбитражно решавање спора и усваја приговор тужене државе. Пасуси 272-273.

¹⁰⁸ Martin, Antoin, *Back to the Eternal Debate of MFN and Dispute Settlement: A Case Comment on ICS v. Republic of Argentina*, Transnational Dispute Management Vol. 9, issue 7, December 2012, страна 10.

¹⁰⁹ ИЦС пасус 319.

дана, арбитражни суд је тражио индикације да су уговорнице у конкретном случају желеле да прошире примену клаузуле најповлашћеније нације и на одредбе о решавању спорова, међутим, таквих индикација није било, услед чега је одбио да прошири примену МФН-клаузуле.¹¹⁰

Имајући у виду да су различити арбитражни судови доносили различите одлуке када се ради о МФН-клаузули, проблематично би било правити предвиђања у вези са питањем шта би арбитражни суд учинио уколико би тужилац желео да пренебрегне клаузулу раскрснице на овај начин. За сада је став из одлуке *Мафезини* једини изричит и обесхрабрујући је за тужиоце, јер се чини да се клаузула која пружа избор између суђења и арбитраже не би могла на овај начин „премостити“.

4. Закључак

Клаузула која пружа избор између суђења и инвестиционе арбитраже представља продукт развоја инвестиционог права, који је кроз праксу уговарања арбитражних споразума нужно изменио традиционална правила међународног права. Док је, историјски гледано, тужилац пре подношења тужбе међународном форуму био приморан да користи сва доступна правна средства у држави која је извршила повреду његових права, оваква обавеза је данас превазиђена праксом држава приликом сачињавања арбитражних споразума, махом у оквиру БИТ-ова и праксом арбитражних судова у решавању инвестиционих спорова, који су једногласним тумачењем модификовали примену традиционалних правила међународног права.

Имајући у виду приказане клаузуле, као и однос појединих клаузула са клаузулом „раскрснице“, јасно је да уговорним странама БИТ-а већ при формулисању арбитражног споразума на располагању стоје могућности да улагачу трасирају пут заштите инвестиционих права. У случају када арбитражни споразум садржи клаузулу која пружа избор између суђења и инвестиционе арбитраже, улагач већ у најранијим фазама поступка заштите својих права мора одлучити на ком „путу“ ће тражити заштиту – пред националним судовима или покретањем међународне арбитраже.

Као што је то детаљно приказано, проблем у пракси се може јавити у случају када је улагач пре покретања арбитражног поступка учествовао у неком поступку пред домаћим органима, јер постоји реална опасност да арбитражни суд заузме став да је инвеститор већ изабрао пут заштите. Несигурност улагача је појачана чињеницом да арбитражни судови немају јединствен став. Мада је преовлађујуће становиште арбитражних судова би-

¹¹⁰ *Салини*, пасус 118. Види и *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, одлука о надлежности од 20.06.2006. године, у коме је суд, након исте анализе, дошао до другачијег закључка.

ло да клаузула није „активирана“ уколико поступак пред националним судовима и међународном инвестиционом арбитражом имају различити правни основ заштите, одлука *Панџекники* је одступила од оваквог тумачења, знатно отежавши положај улагача који је покушао да постигне исти циљ пред два различита форума.

Поред наведеног, као могућ проблем у пракси може се јавити и питање идентитета странака које покушавају остварити заштиту паралелно пред различитим форумима. До сада арбитражни судови нису постављали питање фактичког идентитета странака које се као тужиоци појављују пред домаћим судовима и пред међународним арбитражним судом, јер су се задовољавали формалном одвојеношћу ентитета у групи случајева против Аргентине. Међутим, питање је времена када ће арбитражни суд, суочен са питањем активирања клаузуле раскрснице, применити критеријум контроле и на тај начин онемогућити улагача чије је друштво-ћерка остваривало заштиту пред националним органима, да заштиту исходује у арбитражном поступку.

С обзиром на то да се пракса арбитражних суда стално развија доношењем нових одлука, чак и у условима када се чини да је чврст став већ заузет, што јасно илуструје одлука у случају *Панџекники*, страни улагач који покушава да исходује заштиту пред органима државе улагања, мора бити обазрив при формулисању захтева, уколико је у арбитражном споразуму уговорена клаузула која пружа избор између суђења и арбитраже.

*Dragana Mitrić Savić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The „Fork-in-the-road“ Clause

Abstract: *Parties can use arbitration agreement to widen the jurisdiction of the arbitration tribunal, or to narrow it down. Arbitration agreements that embed the so called “fork in the road” clause prevent investors to use multiple dispute resolution mechanisms provided in the agreement. In other words, by initiating proceedings, the investor has made an irrevocable choice. That being said, investors are often drawn into proceedings in the host state, however, not every appearance before domestic courts will constitute a choice under the “fork in the road” clause. Arbitration tribunals have made out criteria under which it will be considered that the investor has chosen a path. The investor will be precluded from initiating arbitration if he has previously tried to resolve the same dispute before domestic courts. Another condition that has to be met cumulatively is that the same parties were involved in the domestic proceedings and in international arbitration, i.e. there must be identity of the parties to the dispute. The parties often opt to include the “fork in the road” clause in arbitration agreements. Serbia has included this clause in majority of its bilateral investment.*

Key words: *arbitration tribunal, investment dispute, fork in the road clause, identity of parties, identity of object and cause of action, fundamental basis of a claim.*

