

Др Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.*

О НЕКИМ РАЗЛИКАМА ИЗМЕЂУ ТРГОВИНСКЕ И ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ*

Резиме

Разлике трговинске и инвестиционе арбитраже током последње деценије значајно заокупљају пажњу правне науке и праксе. Фактор који нарочито отежава проучавање разлика трговинске и инвестиционе арбитраже јесте околност да је и сама класа инвестиционих арбитража веома хетерогена, јер правни основ спора између улагача и државе може бити различит: директан уговорни однос улагача и државе, међународни инвестициони споразум, унутрашњи пропис о заштити улагања итд. У овом раду аутор представља и разматра неколико одабраних тачака разликовања наведене две врсте арбитраже, и то: закључење арбитражног споразума, меродавно материјално право, принцип јавности, односно нејавности поступка и контролу, признање и извршење арбитражне одлуке. Закључује се да су изложене разлике последица прилагођавања процесноправног оквира посебностима улагања као правног посла, али и да те разлике могу имати значајан утицај на исход спора. Зато је потребно избору меродавног арбитражног механизма решавања инвестиционих спорова приступити са дужном пажњом и опрезом.

Кључне речи: *међународна трговинска арбитража – инвестициона арбитража – арбитражни споразум – меродавно материјално право – транспарентност – контрола арбитражне одлуке*

І Увод

У општем смислу, арбитража представља алтернативни механизам решавања спорова из унапред одређених или одредивих правних

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду

* Рад је урађен као прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије (2018)“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

односа за које су се стране споразумеле, а меродавно право дозволило, да буду поднети на решавање независном и непристрасном појединцу или већукоји ће о предмету спора донети обавезујућу, са коначном судском одлуком по дејствима изједначену, арбитражну одлуку.¹ Наведену општу дефиницију арбитраже могуће је, међутим, додатно разрађивати и прецизирати зависно од врсте и природе предмета спора међу странама. Наиме, све до половине XX века, арбитража је превасходно била коришћена као метод решавања трговачких спорова.² Почетком друге половине XX века, нарочито након оснивања Међународног центра за решавање улагачких спорова (енг. *International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID Centre*), арбитража најпре скромно а затим све масовније почиње да се користи као механизам решавања инвестиционих спорова.³ Крај XX и почетак XXI века донели су продор арбитраже и у неке друге области у којима се арбитражно решавање спорова раније сматрало неприкладним или неизводљивим, као што су нпр. компанијскоправни спорови, спорови о неким аспектима повреде права конкуренције, потрошачки спорови, итд. Арбитражно решавање спорова у свакој од наведених области несумњиво показује одређене специфичности.⁴ У том

- 1 За различите дефиниције арбитраже упор. Emmanuel Gaillard, John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 1999, 9-11; Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, 1-5; Andrew Tweeddale, Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford University Press, Oxford 2007, 33-34; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, vol. I, Kluwer Law International 2009, 64-65; Nigel Blackaby, Constantine Partasides et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2015, 2; Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДП*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 17-18; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд 2013, 15-16.
- 2 Детаљније о томе, са упућивањима, вид. Stavros Brekoulakis, „Introduction“, *The Evolution and Future of International Arbitration* (eds. Stavros Brekoulakis, Julian Lew, Loukas Mistelis), Kluwer Law International 2016, 1-2.
- 3 Према статистикама ICSID Центра, у периоду 1971-1975 било је поднето укупно 5 поступака на решавање према правилима Центра, док их је само у 2016. било 48. У статистичком извештају се такође наводи да је од почетка свог рада а закључно са 30. јуном 2017. године Центар регистровао укупно 619 предмета поднетих на решавање према његовим правилима. Вид. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *The ICSID Caseload – Statistics*, Issue 2017-2, 7, доступно на веб-адреси: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf).
- 4 Вид. Mirko Vasiljević, „Arbitrability Ratione Materiae in Company Law“, *Collection of Papers – Reshaping the Boundaries of Arbitrability: Are We Heading Forward*, Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, Београд 2018, 76-92; Andreas Reiner, Tamara Manasijević, „Arbitrating Corporate Disputes – A Comparative Perspective“, *Collection of Papers – Reshaping the Boundaries of*

светлу, може се поставити питање да ли је обим и значај наведених специфичности такав да оне представљају само својеврсне „алотропске модификације“ арбитраже – различите појавне форме једног у основи истог механизма решавања спорова, или пак оне прожимају читав систем и доводе до његове много дубље и значајније диференцијације.

Иако се изложена дилема може поставити у односу на арбитражу у свакој од напред поменутих области, наша пажња ће се у овом раду усредсредити на идентификацију и оцену значаја кључних разлика између трговинске и инвестиционе арбитраже. Овај избор је условљен околношћу да дискусија о домаћају и природи разлика ове две врсте арбитраже траје већ неко време и чини се да не губи на актуелности.⁵ Штавише, може се оценити да последњих година та дискусија и додатно добија на важности јер се између редова различитих скорашњих предлога за реформу система решавања инвестиционих спорова⁶ може уочити становиште, заступано од једног дела струке,⁷ да арбитража по својој природи не представља адекватан механизам за решавање инвестиционих спорова заснованих на међународним улагачким споразумима (двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања и другим међународним споразумима који уређују материју заштите права страних улагача).

Истовремено, разматрање разлика трговинске и инвестиционе арбитраже је и веома сложен подухват јер ни сама инвестициона арби-

Arbitrability: Are We Heading Forward, Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, Beograd 2018, 13-42; Marko Jovanović, „Arbitrability of Consumer Disputes“, *Collection of Papers – Reshaping the Boundaries of Arbitrability: Are We Heading Forward*, Stalna arbitraža pri Privrednoj komori Srbije, Beograd 2018, 179-193.

- 5 Вид. нпр. Nigel Blackaby, „Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)“, *Pervasive Problems in International Arbitration* (eds. Loukas Mistelis, Julian Lew), Kluwer Law International 2006, 217-233; Karl-Heinz Böckstiegel, „Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012“, *Arbitration International* 4/2012, 577-590.
- 6 За сажети приказ и анализу два основна предлога – предлога за увођење сталног међународног инвестиционог суда и предлога за увођење сталног апелационог тела за инвестиционе спорове – вид. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? – Analysis and roadmap*, Geneva Center for International Dispute Settlement, June 2016, 33-68, доступно на веб-страни: http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.
- 7 Вид. нпр. поднесак Европске уније Радној групи за реформу система решавања инвестиционих спорова Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) бр. A/CN.9/WG.III/WP.145 од 12. децембра 2017, доступан на веб-страни: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/088/32/PDF/V1708832.pdf?OpenElement>, нарочито стр. 7-12.

тража никако не представља хомогену класу. Наиме, спорови који се тичу страних улагања могу да се правно темеље како на директном уговору између улагача и државе пријемнице улагања (енг. *contract-based disputes*) тако и на неком међународном инвестиционом споразуму који садржи дијагоналну клаузулу⁸ (енг. *treaty-based disputes*) или пак на унутрашњем пропису о заштити улагања. Даље, спорови који се заснивају на међународном улагачком споразуму могу да се решавају како путем специјализоване арбитраже Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (у даљем тексту: ICSID Центар) тако и путем других институционалних или *ad hoc* арбитража, што опет условљава одређене разлике међу овим механизмима. На посебности сваке од наведених подврста инвестиционе арбитраже указиваћемо на одговарајућим местима у раду а овде ћемо се задржати на констатацији да ћемо, за потребе овог рада, под појмом инвестиционог спора сматрати сваки спор између приватног лица (физичког или правног) и државе који се тиче улагања.⁹

Допринос дискусији о обиму и значају разлика трговинске и инвестиционе арбитраже покушаћемо да дамо кроз сагледавање неколико кључних тачака разлика ова два система, и то: закључења арбитражног споразума (II), меродавног материјалног права (III), (не)јавности поступка (IV) и контроле арбитражне одлуке, њеног признања и извршења (V).¹⁰

II Закључење арбитражног споразума

Један од канона арбитражног права гласи да је правни основ арбитраже споразум странака, који представља *слободно* изражену вољу странака да спор из неког одређеног правног односа реше арбитражом. Ово правило је, међутим, донекле релативизовано у појединим правним

8 Дијагонална клаузула представља одредбу међународног инвестиционог споразума којом се државе уговорнице обавезују једна другој да ће се упустити у поступак решавања спора који улагач из једне државе уговорнице покрене против друге државе уговорнице због повреде неког од стандарда третмана улагања зајемчених споразумом пред неким од клаузулом предвиђених форума. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 46-47; М. Станивукловић, 74-75.

9 Дефиниција према: Gerold Zeiler, „Investment Arbitration – Treaty v. Contract: What is the Proper Venue for Investment Disputes“, *Austrian Arbitration Yearbook 2007* (eds. Christian Klausegger et al.), 325.

10 За другачије изборе тачака разликовања трговинске и инвестиционе арбитраже вид. N. Blackaby, 217-233; Stephen Jagusch, Jeffrey Sullivan, „A Comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern“, *The Backlash Against Investment Arbitration – Perceptions and Reality* (eds. Michael Waibel et al.), Kluwer Law International 2010, 79-109; K.-H. Böckstiegel, 577-590.

системима успостављањем тзв. „принудне“ арбитраже за решавање појединих врста спорова (нпр. из радног односа, у потрошачком праву, спорту, итд.). Домашај наведене релативизације је ипак скроман јер чак и правни системи који се према принудним арбитражама најлибералније односе уводе различите механизме ускраћивања делотворности арбитражним клаузулама у случају када изјава воље једне од страна усмерена на обавезивање таквом клаузулом нема потребан квалитет да би се сматрала правно релевантном.¹¹

Имајући у виду изложену специфичност у погледу закључења арбитражног споразума у појединим арбитражама, може се поставити питање да ли закључење арбитражног споразума за решавање инвестиционих спорова показује одређене специфичности које би инвестиционе арбитраже разликовале од „класичних“, трговинских. Ако се ово питање сагледава из угла мало пре поменутог принципа аутономије воље, разлике нема. Не постоји ниједно правило међународног инвестиционог права које би државе „принудило“ да у међународне инвестиционе споразуме уносе одредбе о решавању спорова између улагача и државе пријемнице улагања арбитражом.¹² Такође, принудна арбитража није својствена областима у којима се уобичајено остварују страна директна улагања (стицање удела у привредним друштвима, јавно-приватно партнерство, концесије,...).¹³

11 О начинима на који амерички и европски правни систем третирају манљиво уговорене принудне арбитраже вид. Milena Dorđević, Marko Jovanović, „Access to Arbitration by Economically Weaker Parties“, *Croatian Arbitration Yearbook* vol. 24, 2017, 79-86, са даљим упућивањима.

12 Неке државе, попут Бразила, чак уопште не укључују арбитражу као механизам решавања спорова између улагача и државе пријемнице улагања. Бразил је, према подацима Конференције УН о трговини и развоју (UNCTAD) током деведесетих година XX века закључио 14 двостраних споразума о заштити и подстицању улагања (који су садржавали дијагоналне клаузуле) али ниједан од њих није ратификовао, па тако ти споразуми нису ступили на правну снагу. Последњих година Бразил развија нови тип међународних инвестиционих споразума, споразуме о сарадњи и олакшавању улагања (порт. *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*), који садрже врло специфичан систем решавања инвестиционих спорова који подразумева успостављање посебних инвестиционих омбудсмана а уколико тај механизам не донесе решење, приступа се арбитражи између држава уговорница а не између улагача и државе пријемнице улагања. Бразилски међународни инвестициони споразуми доступни су на веб-страни: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

13 Примера ради српски Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/11, 15/16/, 104/16) као један од елемената јавног уговора у чл. 46 ст. 2 т. 26 наводи и механизам решавања спорова (без икаквих посебних одредница у погледу тога да ли се ради о судском или алтернативном механизму), док у члану 60 изричито наводи да се за решавање спорова који настану на основу јавног уговора *може* (скрећемо пажњу на пер-

Специфичност, међутим, постоји на терену *начина формулисања понуде* за закључење арбитражног споразума и њеног *прихвата*. У трговинској арбитражи, али и у инвестиционој арбитражи предвиђеној директним уговором између улагача и државе пријемнице улагања, арбитражни споразум настаје синхроним изјављивањем понуде за закључење арбитражног споразума и њеним прихватом, било да се ради о споразуму закљученом у форми арбитражне клаузуле (када се арбитражни споразум уговара у склопу закључења уговора о основном послу), било да се ради о споразуму у форми компромиса. У инвестиционој арбитражи која настаје на основу дијагоналне клаузуле тренуци изјављивања понуде за закључење арбитражног споразума и њеног прихвата су временски значајно раздвојени, у пракси некада чак и по неколико деценија.¹⁴ Наиме, држава пријемница улагања понуду за закључење арбитражног споразума са улагачем даје у дијагоналној клаузули. Та понуда почиње да производи правно дејство од момента ступања на снагу међународног инвестиционог споразума и она је, за разлику од понуде која постоји у трговинској арбитражи и њој сличним врстама инвестиционе арбитраже, општа.¹⁵ Ова понуда је општа јер се у тренутку када она почиње да производи правно дејство још увек не зна ко ће је (све) конкретно прихватити, али није генерална, јер је друга уговорна страна у арбитражном споразуму одредива. Адресати опште понуде садржане у дијагоналној клаузули могу бити само лица која имају статус улагача према конкретном међународном инвестиционом споразуму. Такође, ова понуда је и предметно ограничена – она важи само за спорове који проистичу из улагања, схваћеног на начин одређен конкретним међународним инвестиционим споразумом.

Понуда за закључење арбитражног споразума садржана у дијагоналној клаузули, осим околности да је општа, има још неке посебности које је разликују од понуде за закључење арбитражног споразума у трговинској арбитражи и њој сличним врстама инвестиционе арбитраже. Пре свега, понуда за закључење арбитражног споразума са улагачем је по пра-

мисивни а не императивни карактер формулације) уговорити арбитража аједино искључује могућност пророгације надлежности страног суда.

14 Примера ради, у арбитражном поступку ARB/17/49 између Erste Group Bank AG и других против Републике Хрватске, који се тренутно води под окриљем ICSID Центра на основу аустријско-хрватског Споразума о заштити и подстицању улагања из 1997. године (ступило на снагу 1999.), тужба је поднета 29. децембра 2017. године, дакле скоро две деценије након што је понуда почела да производи правно дејство. Подаци преузети са веб-странице: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/49>.

15 О схватању дијагоналне клаузуле као опште понуде за закључење арбитражног споразума вид. М. Станивуковић, 74-75.

вину условљена ороченом обавезом покушаја мирења пре отпочињања арбитражног поступка (енг. *cooling-off period*).¹⁶ Такође, у неким међународним инвестиционим споразумима, важење понуде за закључење арбитражног споразума је временски ограничено и орочено на одређени период након настанка спора између улагача и државе пријемнице улагања.¹⁷ Коначно, могуће је и да је дејство понуде модификовано на неки други начин.¹⁸

Осим у начину формулисања понуде за закључење арбитражног споразума, разлике постоје, као што смо нагостили, и у погледу начина њеног прихвата. За разлику од трговинске и њој сличне инвестиционе арбитраже, где се прихват по правилу изражава саглашавањем са примљеном понудом у прописаној форми (најчешће потписивањем уговора или разменом писмена из којих се утврђује сагласност воља у погледу арбитражног споразума), прихват опште понуде за закључење арбитражног споразума улагач изражава активирањем механизма решавања спорова предвиђеног дијагоналном клаузулом. Уколико дијагонална клаузула садржи обавезу поштовања *cooling-off* периода, улагач прихвата понуду подношењем захтева за почетак преговора о мирном решењу спора, а уколико таквог услова нема, што би у пракси била ређа ситуација, прихват се изражава подношењем тужбе инвестиционој арбитражи или пак предузимањем неког другог формалног корака предвиђеног дијагоналном клаузулом.

Начин формулисања понуде за закључење арбитражног споразума и изражавање њеног прихвата, дакле, разликују инвестициону арбитражу која се води на основу међународног инвестиционог споразума од трговинске арбитраже и инвестиционе арбитраже која се води на основу

16 О различитим схватањима процесног дејства овог услова вид. N. Blackaby, C. Partasides et al., 458-461.

17 Тако, на пример, члан 26 став 1 модела двостраног споразума о заштити и подстицању улагања Сједињених Америчких Држава из 2012. године дејство понуде ограничава на три године од тренутка када је тужилац сазнао или требало да сазна за постојање околности које му дају право на инвестициону тужбу. Модел споразума је доступан на веб-страни: <https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>.

18 О року и другим могућим модификацијама понуде за закључење арбитражног споразума дате у међународном инвестиционом споразуму вид. Antonio Parra, „The Initiation of Proceedings and Constitution of Tribunals in Investment Treaty Arbitration“, *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues* (ed. Katia Yannaca-Small), Oxford University Press, Oxford 2010, 108-110, са упућивањима на примере.

директног уговора између улагача и државе пријемнице улагања.¹⁹ Разлика се испољава у томе што је повезаност између улагача и државе пријемнице улагања у првом случају слабија од повезаности странака у класичној трговинској арбитражи.²⁰ Треба приметити и да веза улагача и државе пријемнице улагања може да буде и додатно ослабљена проширењем дејства дијагоналне клаузуле путем клаузуле најповлашћеније нације и на улагаче из државе са статусом најповлашћеније нације.²¹ Државе би зато, приликом састављања међународних инвестиционих споразума и унутрашњих прописа којима уређују материју страних улагања требало да имају у виду потенцијалне практичне импликације недовољно пажљиво формулисане дијагоналне клаузуле и других одредаба које утичу на њен домашај.

III Меродавно материјално право

Разликовање трговинске и инвестиционе арбитраже често се прави и у односу на меродавно материјално право. Премда корпус меродавних прописа за решавање обе врсте спорова могу да чине и извори међународног (јавног) и извори унутрашњег права, примећује се да ова два круга извора права имају другачији значај у инвестиционој арбитражи у односу на трговинску.²² Наиме, у трговинској арбитражи, али и инвестиционој арбитражи која се води на основу директног уговора између улагача и државе пријемнице улагања, за уговор између страна у спору и његово тумачење ћенајчешће²³ бити меродавно неко национално право.²⁴

19 Треба приметити да је по специфичном начину закључења арбитражног споразума са инвестиционом арбитражом која се води на основу међународног инвестиционог споразума изједначена и инвестициона арбитража која се води на основу прихвата „унапред једностране дате сагласности на решење спора арбитражом“ (дакле, у правотехничком смислу: опште понуде) садржане у унутрашњем праву државе пријемнице улагања. Више о таквом начину закључења арбитражног споразума вид. Michael Nolan, Frédéric Caivano, „Limits of Consent – Arbitration Without Privity and Beyond“, *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (eds. Miguel Angel Fernández-Ballester, David Arias), La Ley, Madrid 2010, 891-895.

20 Описујући револуционарност и специфичности закључења арбитражног споразума на основу дијагоналне клаузуле, професор Полсон је сковао термин „арбитража без блиске везе (страна у спору)“ (енг. *arbitration without privity*). Вид. Jan Paulsson, „Arbitration Without Privity“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 2/1995, 232-257.

21 О могућностима проширења домашаја дијагоналне клаузуле путем клаузуле најповлашћеније нације вид. Abby Cohen Smutny, Lee Steven, „The MFN Clause: What Are Its Limits?“, *Arbitration Under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues* (ed. Katia Yannaca-Small), Oxford University Press, Oxford 2010, 351-381.

22 К.-Н. Böckstiegel, 579-581.

23 Изузетак ће постојати уколико стране уговоре меродавност неког извора међународног права (нпр. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе), неког транснационал-

Са друге стране, тумачење домашаја и садржаја стандарда третмана страних улагања зајемчених међународним инвестиционим споразумима, попут забране незаконите експропријације, поштеног и правичног третмана, пуне заштите и безбедности и сличних, а чије (не)поштовање је по правилу предмет арбитраже која се води на основу међународног инвестиционог споразума, подвргнуто је правилима међународног права.²⁵

Не спорећи значај ове разлике, која свакако има утицај на одређене практичне аспекте организовања арбитражног поступка, као што је специјализованост арбитра и правних заступника странака, сматрамо да пажњу треба скренути и на још једну тачку разликовања у вези са меродавним материјалним правом, а то је начин његовог одређивања у одсуству избора учињеног од страна у спору, односно држава-уговорница међународног инвестиционог споразума. Методика одређивања меродавног материјалног права у међународној трговинској арбитражи у случају да га саме странке у поступку нису изабрале екстензивно је разматрана у доктрини.²⁶ Доминантан приступ у савременим правилницима арбитражних институција, као и у UNCITRAL-овом Правилнику, јесте тзв. директан метод (фр. *voie directe*), који подразумева овлашћење арбитраже да, у одсуству избора учињеног од странака у поступку, на меритум примени оно право или она правна правила која сматра прикладним.²⁷ Суштина директног метода је у томе што се меродавно материјално право, односно скуп меродавних правила, одређује без посредства колизионих норми. Такође, приликом одређивања меродавног материјалног права у међународној трговинској арбитражи подразумева се да је

ног (недржавног) извора права (попут UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора или Начела европског уговорног права) или пак уговоре да ће се спор решавати по правичности (*ex aequo et bono*).

24 N. Blackaby, 222-223.

25 *Ibid.*, 223 са позивањем на одлуку жалбеног већа у предмету *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002.

26 A. Tweeddale, K. Tweeddale, 179-213; J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, 439-474; G. Born, 2105-2248.

27 Вид чл. 21.1 Арбитражног правилника Међународне трговинске коморе у Паризу из 2017. године; чл. 22.3 Арбитражног правилника Лондонског међународног арбитражног суда из 2014. године; чл. 24.2 Арбитражног правилника Немачког арбитражног института из 2018. године; чл. 27.1 Арбитражног правилника Арбитражног института Стокхолмске привредне коморе из 2017. године; чл. 35.1 Арбитражног правилника Хонгконшког међународног арбитражног центра из 2013. године; чл. 31.1 Арбитражног правилника Сингапурског међународног арбитражног центра из 2016. године; чл. 35.1 UNCITRAL-овог Арбитражног правилника из 2010. године.

искључен институт узврћања и преупућивања на треће право (фр. *renvoi*).²⁸Изложени принципи одређивања меродавног материјалног права важе и за инвестициону арбитражу која се води према правилнику неке арбитражне институције или према UNCITRAL-овом Правилнику, без обзира на то да ли се ради о арбитражи која проистиче из директног уговорног односа између улагача и државе пријемнице улагања или из међународног инвестиционог споразума.

Са друге стране, начин одређивања меродавног материјалног права у одсуству избора учињеног у међународном инвестиционом споразуму или од странака у поступку разликује се од претходно изложених метода. Иако је у нацртима ICSID Конвенције било предвиђено да су арбитри овлашћени да примене оно право које оцене прикладним,²⁹ у коначном тексту Конвенције усвојена је формулација према којој, у одсуству изабраног права, арбитража „(...) ће применити право државе потписнице која је странка у спору (укључујући и њена правила о решавању сукоба закона) и одговарајуће прописе међународног права“³⁰. Остављајући по страни детаљније разматрање дилема у погледу тумачења које је наведена формулација члана 42 ICSID Конвенције створила,³¹ примећујемо да цитирана одредба садржи неколико значајних разлика у односу на истоврсне одредбе у правилницима водећих светских арбитражних институција и UNCITRAL-ов Правилник. Прво, члан 42 ICSID Конвенције упућује арбитре да примене (само) материјално право државе која је странка у поступку, а не право било које државе чију примену оцене прикладном, као што би био случај према напред наведеним одредбама арбитражних правилника. ICSID арбитража, дакле, у том сегменту даје арбитрама ужу могућност избора од *ad hoc* (трговинске) институционалне арбитраже. Али, и то је уједно и друга тачка разликовања, члан 42 ICSID Конвенције упућује и на примену колизионих норми права државе која је странка у спору што је, како смо показали, приступ који је у модерним арбитражним правилницима напуштен. Коначно, ICSID Конвенција, за разли-

28 Тако, експлицитно чл. чл. 35.1 Арбитражног правилника Хонгконшког међународног арбитражног центра из 2013. године и чл. 27.2 Арбитражног правилника Арбитражног института Стокхолмске привредне коморе из 2017. године.

29 Вид. Christoph Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, 605-608.

30 Чл. 42 ст. 1 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/06.

31 Детаљније о томе вид. Марко Јовановић, *Одговорност државе за заштиту страних директних улагања*, докторска дисертација, Београд 2014, 77-84, са даљим упућивањима.

ку од изложених арбитражних правилника, експлицитно упућује на примену одговарајућих норми међународног права, што, међутим, доживљавамо као више стилску него суштинску разлику. Наиме, сматрамо да је домашај формулације коју користе арбитражни правилници које смо изложили (примена прикладног права или правних правила) изузетно широк, те стога обухвата норме и унутрашњег и међународног права, што праксатрговинских арбитража потврђује.

Изложене разлике у начину одређивања меродавног материјалног права у одсуству избора учињеног од странака у поступку, изузимајући последњу, наводе на питање у којој мери другачији приступ ICSID Конвенције у односу на савремене арбитражне правилнике има практичан значај, тј. да ли он представља само нужно прилагођавање Конвенције посебностима инвестиционе арбитраже, или би пак објашњење разлога увођења тог приступа требало тражити на другој страни. Апстрактно посматрајући, чини се да ће оба приступа у пракси најчешће довести до истог резултата – меродавно материјално право ће се тражити у комбинацији међународног права и права државе пријемнице улагања. У ICSID систему такво решење изричито произлази из члана 42 Конвенције, док је у систему институционалних правилника и UNCITRAL-овог Правилника разумно претпоставити да ће арбитражи као прикладно изабрати право државе пријемнице улагања (будући да се улагачки подухват по правилу обавља у држави пријемници улагања па са њеним правом постоји најближа веза) и она правила међународног права која су меродавна за спорно питање.

Ипак, могуће је замислити ситуацију у којој би се исходи потенцијално разликовали зависно од система у коме се спор решава. Претпоставимо да је између улагача и државе пријемнице улагања избио спор поводом улагачког подухвата који се делом изводи ван територије државе пријемнице улагања, као што је то био случај у предмету SGS против Филипина.³² Ако би право државе пријемнице улагања имало једнострану колизиону норму за страна улагања, ICSID арбитража би меродавно право морала да тражи (искључиво) у комбинацији права државе пријемнице улагања и

32 У наведеном предмету улагачки подухват је представљао уговор о пружању услуга свеобухватног надзора увоза закључен између швајцарске компаније SGS и Филипина. Обавезе компаније SGS укључивале су низ радњи које је требало обавити на Филипинима (организовање курсева стручног оспособљавања припадника филипинске царинске службе, израда студије изводљивости њене компјутеризације, опремање њене библиотеке, пружање разних консултантских услуга, итд.), али и неке које је требало обавити ван Филипина (нпр. претходна инспекција робе која ће се увести на Филипине која се обављала у држави извоза).

међународног права због ограничења постављених чланом 42 Конвенције. Са друге стране, арбитража организована према неком од наведених институционалних правилника или према UNCITRAL-овом Правилнику би у истој ствари имала могућност да на спорна питања која се тичу дела улагачког подухвата обављеног ван територије државе пријемнице улагања примени право државе на чијој територији је тај део подухвата обављен, уколико конкретне чињенице стварају блиску везу спорних питања са тим правом и оправдавају прикладност његове примене.

Премда је разумно претпоставити да ће се ситуације сличне управо описаној у пракси дешавати на нивоу изузетка, сматрамо да значај ове разлике у начину одређивања меродавног материјалног права не би требало занемарити и сметнути са ума.

IV (Не)јавност поступка

Нејавност, односно поверљивост поступка представља једну од често истицаних специфичности трговинске арбитраже.³³ Обавезом поверљивости може да буде обухваћен читав низ елемената и аспеката арбитражног поступка, као што су, пре свега, питања везана за постојање арбитражног поступка и његов правни оквир (нпр. имена странака, датум подношења тужбе, меродавно материјално право, меродаван арбитражни правилник,...), затим за ток и садржај поступка (нпр. предмет тужбеног захтева, садржај поднесака и доказа,...), као и за садржај арбитражне одлуке и евентуалних делимичних одлука или аката управљања поступком.³⁴

Иако главни мултилатерални међународни споразуми који уређују материју трговинске арбитраже не истичу поверљивост поступка као једно од начела арбитраже,³⁵ правилници водећих светских арбитражних институција које администрирају трговинске арбитраже као и Арбитражни правилник Комисије Уједињених нација за међународно трговинско

33 J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll, 8; A. Tweeddale, K. Tweeddale, 349-351; G. Born, 87-88; N. Blackaby et al., 33.

34 Daniel Barstow Magraw, Niranjali Manel Amerasinghe, „Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration“, *ILSA Journal of International and Comparative Law* vol. 15, 2008/2009, 342-343.

35 За Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука и Европску конвенцију о међународној трговинској арбитражи вид. М. Станивуковић, 196. Исто важи и за Интер-америчку конвенцију о међународној трговинској арбитражи, Арапску конвенцију о трговинској арбитражи и Споразум о међународној трговинској арбитражи у оквиру MERCOSUR-а.

право (UNCITRAL) садрже одредбе о нејавности различитих елемената арбитражног поступка.

Тако, на пример, Правилник Међународне трговинске коморе (ICC) у Паризу предвиђа да ће арбитражно веће, на захтев странке, наложити поверљивост арбитражног поступка или било ког питања у вези са арбитражом и предузети неопходне мере како би заштитило пословне тајне и поверљиве информације.³⁶ Правилник Лондонског међународног арбитражног суда (LCIA) прописује нејавност рочишта за усмену расправу, осим ако се странке не сагласе о супротном, и обавезује како странке тако и арбитре да чувају поверљивост одлука сачињених и докумената коришћених у оквиру арбитражног поступка.³⁷ Обавеза чувања поверљивости информација у вези са арбитражним поступком, а нарочито информација о постојању самог поступка, именима странака, природи тужбеног захтева, именима сведока и вештака, актима управљања поступком и одлукама донетим у поступку и изведеним доказима, осим уколико се странке нису договориле о супротном, предвиђена је и Правилником Немачког арбитражног института (DIS).³⁸ Иако језички нешто другачије сročене, суштински идентичне одредбе постоје и у правилницима Хонгконшког међународног арбитражног центра (HKIAC)³⁹ и Сингапурског међународног арбитражног центра (SIAC)⁴⁰.

Арбитражна правила UNCITRAL-а, која су у пракси често коришћен процесни оквир за *ad hoc* арбитраже како у трговинској тако и у инвестиционој материји, уређују поверљивост у односу на нешто ужи круг елемената него што је то случај са претходно наведеним правилницима. Тако, члан 28 став 3 UNCITRAL-овог Правилника из 2010. године прописује да су рочишта за усмену расправу нејавна, осим уколико се странке не договоре о супротном, а члан 34 став 5 предвиђа да се, осим у случајевима када постоји обавеза објављивања одлуке, арбитражна одлука може учинити јавном само ако се о томе сагласе обе странке. У доктрини је примећено да UNCITRAL-ов Правилник не прописује обавезу тајности у односу на информацију о постојању самог поступка,⁴¹ као ни у односу на акте сачињене и документа коришћена у оквиру арбитражног

36 Чл. 22 Арбитражног правилника ICC из 2017. године.

37 Чл. 19.4 и чл. 30 Арбитражног правилника LCIA из 2014. године.

38 Чл. 44 Арбитражног правилника DIS из 2018. године.

39 Вид. чл. 22.7 и 42 Арбитражног правилника HKIAC из 2013. године.

40 Вид. чл. 24.4 и 39 Арбитражног правилника SIAC из 2016. године.

41 S. Jagusch, J. Sullivan, 95.

поступка⁴². Али, исто тако треба приметити да обавеза поверљивости у погледу различитих аспеката и елемената арбитражног поступка може да произађе и из меродавног права, па ако странке у арбитражном поступку нису задовољне начином на који је питање поверљивости уређено меродавним правом и Арбитражним правилником, оне могу, у мери у којој је то дозвољено меродавним правом, да закључе споразум о поверљивости.⁴³

У инвестиционој арбитражи принцип нејавности све више уступа место принципу транспарентности.⁴⁴ Правилници који уређују рад ICSID Центра, институтције специјализоване за администрирање инвестиционих арбитража, чини јавним неколико веома важних елемената и аспеката арбитражног поступка. Тако је, примера ради, још скоро од самог оснивања Центра било предвиђено да свако лице може да има увид у регистар приспелих захтева за арбитражу.⁴⁵ Затим, арбитражно веће је овлашћено да, након што се о томе консултује са странкама у поступку, дозволи трећим лицима (*amici curiae*) да упуте поднесак о питању у вези са спором.⁴⁶ Отворена је и могућност трећим лицима да присуствују рочишту за усмену расправу.⁴⁷ Коначно, премда забрањује објављивање одлука без сагласности странака у поступку, Арбитражни правилник налаже Центру да у своје публикације без одлагања укључи делове образложења правних ставова заузетих у одлукама арбитражних већа.⁴⁸

Тенденција увођења јавности у инвестициону арбитражу недавно је доживела посебну афирмацију, када је, у оквиру UNCITRAL-а, сачињен Правилник о транспарентности у инвестиционој арбитражи заснованој на међународном инвестиционом споразуму (у даљем тексту: Пра-

42 Jan Paulsson, Georgios Petrochilos, *UNCITRAL Arbitration*, Kluwer Law International 2017, 517.

43 Вид. тачке 50 и 51 UNCITRAL-ових Бележака о организовању арбитражног поступка из 2016. године, доступних на веб-страни: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-e.pdf>.

44 Детаљније о овом питању вид. Марко Јовановић, „Нови правни оквир за транспарентност у међународној инвестиционој арбитражи“, *Правни живот* 11/2015, 239-254.

45 Чл. 23(1) Административног и финансијског правилника ICSID-а. Ово правило је уведено још 1968. године. Вид. М. Јовановић (2015), 244.

46 Чл. 37(2) Арбитражног правилника ICSID-а.

47 Да би рочиштима за усмену расправу присуствовала трећа лица потребно је да се томе не супротстављају странке у поступку, да је арбитражно веће консултовало генералног секретара ICSID-а и да је утврдило поступак за заштиту поверљивих информација. Вид. чл. 32 (2) Арбитражног правилника ICSID-а.

48 Чл. 48(4) Арбитражног правилника ICSID-а.

вилник о транспарентности).⁴⁹Значајна новина коју у инвестициону арбитражу уводи овај Правилник је та што успоставља претпоставку јавности (а не више поверљивости) поступка – поступак ће бити јаван уколико странке не договоре супротно или ако не постоји неки од основа искључења јавности предвиђених Правилником. Правилник о транспарентности се примењује на инвестиционе арбитраже који се воде према Арбитражном правилнику UNCITRAL-а, а на основу међународног инвестиционог споразума закљученог почев од 1. априла 2014. године, осим уколико стране-уговорнице тог међународног споразума нису договориле супротно.⁵⁰Примена Правилника о транспарентности на поступке који се воде на основу споразума закључених пре наведеног датума је могућа ако тако уговоре странке у поступку (улагач и држава пријемница улагања) или стране-уговорнице односног међународног споразума.⁵¹

Како би се на системски начин проширило могуће поље примене Правилника о транспарентности, како *ratione processus* тако и *ratione temporis*, у оквиру UNCITRAL-а је 2015. године сачињена и Конвенција о транспарентности у инвестиционој арбитражи заснованој на међународном инвестиционом споразуму (Конвенција са Маурицијуса).⁵² Што се тиче проширења поља примене Правилника о транспарентности *ratione processus*, Конвенција са Маурицијуса омогућава његову примену и на инвестиционе арбитражекоје се воде по свим, а не само по UNCITRAL-овим правилима.Проширење *ratione temporis* се огледа у примени Правилника о транспарентности и на поступке који се воде на основу међународних инвестиционих споразума закључених пре 1. априла 2014. године.

49 Правилник о транспарентности је доступан на веб-страни: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>. За коментар овог Правилника вид. Julia Salasky, Corinne Montineri, „UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration“, *ASA Bulletin* 4/2013, 774-796.

50 Чл. 1(1) Правилника о транспарентности.

51 Чл. 1(2) Правилника о транспарентности.

52 Конвенција о транспарентности је доступна на веб-страни: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf>. У складу са својим чланом 9(1), ступила је на снагу 18. октобра 2017. године, након што је протекло шест месеци од депоновања трећег инструмента ратификације. На дан 5. априла 2018. године, Конвенцију о транспарентности је имала 22 потписника а само су три државе депоновале инструменте ратификације (Канада, Маурицијус и Швајцарска). За податке о статусу Конвенције вид. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html.

Увођење принципа транспарентности у инвестициону арбитражу објашњава се околношћу да је једна странка у овој врсти арбитраже по правилу држава, па стога јавност има потребу да буде упозната са правозаштитним поступцима у којима та држава учествује.⁵³ Иако у овом тренутку представља значајну разлику трговинске и инвестиционе арбитраже, може се поставити питање да ли ће се и у којој мери принцип јавности инвестиционе арбитраже „прелити“ на трговинску и ограничити или чак истиснути принцип поверљивости који је у њој још увек доминантан, будући да се сврсисходност нејавности трговинске арбитраже већ неко време критички преиспитује у доктрини.⁵⁴

V Контрола арбитражне одлуке, њено признање и извршење

Потенцијално најкрупнија разлика трговинске и инвестиционе арбитраже налази се на плану контроле арбитражне одлуке, њеног признања и извршења. Разлика се и овде испољава пре свега у зависности од процесног оквира меродавног за арбитражни поступак а не само у зависности од предмета спора (трговинска или инвестициона ствар).

Одлуке трговинских арбитража али и инвестиционих које се воде према правилницима арбитражних институција које администрирају трговинске арбитраже или према UNCITRAL-овом Правилнику потпадају под општи принцип арбитражног права према коме је арбитражни поступак једностепен, па је одлука арбитраже коначна и обавезујућа за странке у поступку. Али, ове одлуке је могуће подвргнути (ограниченој) судској контроли, и то како у држави на чијој територији су донете тако и у држави у којој се намерава њихово извршење. Судска контрола арбитражне одлуке у држави на чијој територији је донета остварује се у поступку поништаја, док се контрола у држави у којој се намерава извршење остварује у поступку признања арбитражне одлуке. Услови признања стране арбитражне одлуке су у великој мери глобално унификовани с обзиром на то да је мултилатерални међународни споразум који уређује ову материју, Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (у даљем тексту: Њујоршка конвенција), прихва-

53 S. Jagusch, J. Sullivan, 95; K.-H. Böckstiegel, 386.

54 Cindy Buys, „The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration“, *The American Review of International Arbitration* vol. 14, 2003, 121-138; Andrew Tweeddale, „Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception“, *Arbitration International* 1/2005, 59-70.

ћен у скоро 160 држава света.⁵⁵ Треба приметити да члан VII Њујоршке конвенције изричито дозвољава да се на признање примени евентуално повољнији режим предвиђен неким међународним споразумом или националним прописом, тако да се може заљкучити да услови за признање постављени Њујоршком конвенцијом за државе које су њоме обавезане представљају својеврсни „горњи праг“ захтева за признање одлука које потичу из држава уговорница.

Сасвим другачије стоје ствари са одлукама ICSID арбитража.⁵⁶ Будући да је ICSID Центар основан Вашингтонском конвенцијом, мултилатералним међународним споразумом, он је у правом смислу речи национална арбитража па, сходно томе, арбитражне одлуке ICSID-ових већа не могу да буду предмет контроле националних судова у поступку за поништај. Члан 53 став 1 Вашингтонске конвенције у том смислу јасно прописује да је *„[о]длука (...) обавезујућа за обе странке и не подлеже жалби или било ком другом правном леку, изузев оних које предвиђа Конвенција. Обе странке дужне су да се повинују одредбама одлуке и изврше их, изузев уколико је извршење обустављено на основу одговарајућих одредаба Конвенције“* (подвукао аутор). Одлуке арбитражних већа ICSID Центра не могу да буду ни предмет поступака за признање јер Вашингтонска конвенција обавезује државе уговорнице да такве одлуке директно извршавају: *„Свака држава потписница признаће као обавезну одлуку донету на основу ове Конвенције и извршиће на својој територији новчане обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе“*⁵⁷ (подвукао аутор).

Одсуство могућности судске контроле одлука арбитражних већа ICSID Центра компензовано је увођењем неколико механизма интерне контроле ових одлука. Осим захтева за тумачење арбитражне одлуке или њеног домаћаја,⁵⁸ што је средство које по правилу стоји на располагању странкама и у трговинској арбитражи, Вашингтонска конвенција пред-

55 На дан 5. априла 2018. године, Њујоршка конвенција је обавезивала 159 држава. За ажуриране податке о статусу Њујоршке конвенције вид. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

56 Детаљније о признању одлука арбитражних већа ICSID Центра вид. Stanimir Alexandrov, „Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention“, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honor of Christoph Schreuer* (eds. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich), Oxford University Press, Oxford 2009, 322-337.

57 Чл. 54 ст. 1 ICSID Конвенције.

58 Чл. 50 ICSID Конвенције.

виђа и могућност ревизије одлуке у случају да су откривене чињенице које могу пресудно да утичу на одлуку а које су у време доношења одлуке биле непознате арбитражном већу и тужиоцу, при чему незнање тужиоца за те чињенице није било последица његове несавесности.⁵⁹ Међутим, посебну пажњу привлачи један механизам који ICSID-ову арбитражу значајно разликује од трговинских и инвестиционих арбитража које се воде према другим правилницима, а то је могућност подношења жалбе на арбитражну одлуку. Овај механизам, који одступа од једног од основних постулата арбитражног права – једностепености поступка, уређен је чланом 52 Вашингтонске конвенције. Према тој одредби, жалба се може изјавити генералном секретару ICSID Центра уколико арбитражно веће није било прописно конституисано, уколико је арбитражно веће очигледно прекорачило своја овлашћења, уколико је неки од чланова арбитражног већа подмићен, уколико је дошло до озбиљног одступања од основних правила поступка или уколико у одлуци нису изнети разлози на којима се она заснива.⁶⁰ Жалбено веће има три члана које именује председник Административног савета ICSID Центра са листе арбитра, при чему чланови жалбеног већа не могу бити лица која су била чланови већа које је донело ожалбену одлуку, нити држављани истих држава као чланови тог арбитражног већа, нити држављани државе која је страна у спору и државе држављанства, односно националне припадности улагача, нити лица која су те државе укључиле у листу арбитра, нити лица која су била посредници у предметном спору.⁶¹ Сходно истој одредби, жалбено веће може да поништи арбитражну одлуку у целини или делимично. Уколико је арбитражна одлука поништена, свака странка у поступку може да затражи да се спор поднесе на решавање новоформираном арбитражном већу.⁶²

Из изложеног приказа механизма контроле арбитражних одлука у трговинским и инвестиционим споровима донетих према правилницима арбитражних институција које администрирају трговинске арбитраже и према UNCITRAL-овом Правилнику с једне стране и механизма контроле арбитражних одлука донетих под окриљем ICSID Центра са друге стране може се закључити да се ови системи разликују на два плана. Први план је њихова „конфигурација“: док је у првом случају контрола одлука екстерна и поверена националним судовима, у другом случају

59 Чл. 51 ICSID Конвенције.

60 За детаљан коментар ове одредбе вид. С. Schreuer, 881-1075.

61 Чл. 52 ст. 3 ICSID Конвенције.

62 Чл. 52 ст. 6 ICSID Конвенције.

контрола се обавља искључиво у оквиру ICSID система. Друга, са становишта праксе значајнија, разлика јавља се на плану критеријума контроле.⁶³ Та разлика, према неким мишљењима, може да угрози правну сигурност, па се указује на то да би странке у инвестиционим подухватима приликом избора механизма решавања спорова требало да одмере предности које пружа висок проценат извршења одлука арбитражних већа која делују према правилима ICSID Центра и сужен маневарски простор за контролу арбитражне одлуке који у истом том систему постоји.⁶⁴

VI Закључак

Кратак осврт на неколико значајних разлика трговинске и инвестиционе арбитраже сликовито потврђује да ова два система заиста другачије „дишу“. Међутим, значај тих разлика не би требало да буде ни прецењен, као што то чине најтврђи поборници тезе да је арбитража неадекватан механизам за решавање инвестиционих спорова, али ни потцењен. Околности да је у инвестиционој арбитражи једна од странака у поступку увек држава, да је јавни интерес израженији и да је однос улагача и државе другачији од односа два једнакоправна пословна субјекта у „класичном“ трговачком послу чине нужним прилагођавање арбитраже одређеним посебностима инвестиционих спорова. Та прилагођавања се дешавају како у оквиру институција које најчешће администрирају трговинске арбитраже,⁶⁵ тако и кроз прилагођавање правног оквира за *ad hoc* арбитражу,⁶⁶ али и кроз стварање и уобличавање специјализоване институције за администрирање инвестиционих арбитража – ICSID Центра, у оквиру кога се, као што смо показали, правила поступка на неколико поља значајно разликују од оних која важе када се спор из међународног инвестиционог спора подвргне правилнику неке друге арбитражне институције или UNCITRAL-овом Правилнику.

Са једне стране, може се оценити да таква разнородност правног оквира за решавање инвестиционих спорова представља фактор стварања правне несигурности и неизвесности у погледу прогнозе исхода неког

63 Упор. чл. V Њујоршке конвенције и чл. 52 ст. 3 ICSID Конвенције.

64 S. Jagusch, J. Sullivan, 104.

65 Вид. у том смислу објашњења о решавању инвестиционих спорова према Правилнику ICC и препоруке странкама са тим у вези, садржане у *ICC Commission Report: State, State Entities and ICC Arbitration*, ICC Publication No. 862-2, доступно на веб-страни: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities.pdf>.

66 Вид. одељак IV овог рада и разматрања о UNCITRAL-овом Правилнику о транспарентности.

спора. Са друге стране, исто тако се може бранити став да је корисно да „пужаоци услуга арбитраже“ својим потенцијалним „корисницима“ нуде различита решења међу којима свако може да изабере оно што сматра најприкладнијим за свој спор. Као што они који решења нуде треба да се труде да их што боље прилагоде посебностима инвестиционе арбитраже а да притом арбитражу не „денатурализују“ и лише њених основних својстава и принципа (као што се, уосталом, арбитража као механизам прилагођава и посебностима других врста спорова – потрошачких, спортских итд.), тако и они који решења бирају треба да своју слободу избора уживају опрезно и пажљиво, са свешћу о што ширем кругу могућих импликација учињеног избора.

Dr. Marko JOVANOVIĆ, LL.M.
Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ON SOME DIFFERENCES BETWEEN COMMERCIAL AND INVESTMENT ARBITRATION

Summary

Over the last decade, the differences between commercial and investment arbitration have been in the focus of attention of both scholars and practitioners. Particular challenges in approaching this matter stem from the fact that investment arbitration alone is a very diversified category, since investment disputes may arise from various legal grounds: direct contract between the investor and the State, international investment treaty, internal regulations on investment protection, etc. This paper presents and analyzes several points of divergence between commercial and investment arbitration: conclusion of the arbitration agreement, applicable substantive law, the principles of transparency or privacy and the control over the arbitral award. It may be concluded that the said differences are caused by the aspiration to better adapt the rules of arbitration procedure to the specificities of investment as a legal transaction. On the other hand, these differences may have a significant impact on the outcome of the dispute, so it is highly advisable to exercise special attention and due care when opting for a specific arbitral mechanism for resolution of investment disputes.

Keywords: *international commercial arbitration – investment arbitration – arbitration agreement – applicable substantive law – transparency – control of the arbitral award.*