UDK 341.63:339.727.22/.24

*Jelena Đorđević, LL.M.**

PRAVNE POSLEDICE ISTUPANJA IZ ICSID-A**

Pravne posledice istupanja iz ICSID-a predstavljaju jedno od ključnih i najkompleksnijih pitanja međunarodnog prava stranih ulaganja. Nedostatak jedinstvenog tumačenja ključnih članova Konvencije kojima je uređeno pravo na istupanje iz ICSID-a dodatno otežava njihovu primenu u praksi. Imajući u vidu tendenciju porasta stranih investicija u Srbiji, kao i nedostatak stručne literature koja se bavi pitanjem pravnih posledica istupanja iz ICSID-a, autor želi da ukaže na aktuelnost teme i potrebu prikupljanja iskustava nekadašnjih država članica ICSID-a, ali i odluka tribunala ICSID arbitraže, zarad stvaranja što boljeg strateškog institucionalnog pristupa prilikom zaštite interesa države domaćina i njenih državljana.

Ključne reči: *Pravne posledice istupanja iz ICSID-a. – Istupanje iz ICSID-a. – Saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže. – ICSID arbitraža. – ICSID Konvencija.*

1. UVOD

Međunarodno pravo stranih ulaganja je tokom čitavog postojanja obojeno konstantnom borbom za prevagu različitih težnji i interesa država izvoznica kapitala i država uvoznica kapitala. Glavni problem međunarodnog prava stranih ulaganja jeste taj što i države izvoznice kapitala kao i države uvoznice kapitala, shodno svom položaju imaju različiti pogled na tretman stranih investitora kao i na međunarodne

* Autorka je advokatski pripravnik u AOD Petrikić & Partneri u saradnji sa CMS Reich-Rohrwig Hainz, *jelena.djordjevic@cms-rrh.com*.

** Ovaj rad je osvojio treće mesto na konkursu za nagradu „Gašo Knežević" za najbolji studentski rad iz oblasti alternativnog rešavanja trgovinskih sporova 2018. godine, a zasnovan je na rezultatu istraživanja prilikom izrade master rada na temu 'Pravne posledice istupanja iz ICSID-a' koji je odbranjen na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu 10. septembra 2018. godine pred komisijom koju su činili mentor doc. dr Marko Jovanović i doc. dr Milena Đorđević.

standarde koji se na njih trebaju primenjivati. Upravo iz tih sukobljenih težnji i neujednačene primene standarda međunarodnog prava stranih ulaganja su proizlazili, a i danas proizlaze, najrazličitiji sporovi između država domaćina i stranih investitora.

Pitanje rešavanja investicionih sporova, kao jedno od najbitnijih, dugo nije imalo svoj međunarodni procesni okvir. Sve do donošenja Konvencije o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država 1965. godine (u daljem tekstu „Konvencija" ili „ICSID Konvencija") sporovi između država domaćina i stranih investitora uglavnom su bili rešavani pred domaćim sudovima i u okvirima međunarodne diplomatije bez gotovo ikakve mogućnosti za stranog investitora da pred neutralnim forumom neposredno ostvaruje pravnu zaštitu i na taj način zaštiti svoje interese. Konvencijom je stvoren međunarodni pravni okvir za procesnu zaštitu u investicionim sporovima, osnovan je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (u daljem tekstu „Centar") i na taj način je po prvi put investitorima data mogućnost da direktno i neposredno ostvaruju zaštitu svojih prava pred specijalizovanim neutralnim forumom.[1]

Danas, nakon nešto više od 50 godina od usvajanja Konvencije, 153 država[2] je ratifikovalo Konvenciju. Međutim i pored široke prihvaćenosti i nesumnjivo velikog značaja za međunarodno pravo stranih ulaganja, neretko se u teoriji i praksi navodi najrazličitiji broj nedostataka ICSID sistema, zbog kojih se često ističe da je ICSID sistem i ustanovljen kako bi zaštitio interese zemalja izvoznica kapitala i njihovih investitora koji ulažu van svojih matičnih država i koji je kao takav i doveo do istupanja Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a.[3] Istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele otvorilo je pitanje pravnih posledica istupanja iz ICSID-a i ukazalo na niz problema do kojih dolazi u praksi, kao i na potrebu jedinstvenog tumačenja ključnih članova Konvencije kojim je regulisano pravo država članica na istupanje.

---

1 D. Marie Wick, „The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change", *The Journal of International Business and Law*, Volume 11, Issue 2, 2012, 250.

2 List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (as of January 11, 2018), *https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf*, 31.5.2018.

3 P. Cvetković, *Međunarodno pravo stranih investicija*, Beograd 2007, 114.

2. PRAVO DRŽAVA ČLANICA NA ISTUPANJE IZ ICSID-A

Pravo država članica da istupe iz ICSID-a propisano je i uređeno samom Konvencijom. Konvencija propisuje na koji način i u kojoj formi mora biti učinjen jednostrani akt istupanja kao i vremenski trenutak u kome istupanje počinje da proizvodi dejstvo.[4] Specifičnost pravnih posledica istupanja iz ICSID-a u odnosu na istupanje iz drugih međunarodnih ugovora jeste ta što za razliku od ostalih Konvencija predstavlja procesni instrument kojim je ustanovljen pravni okvir za rešavanje sporova između država domaćina i investitora.[5]

Prema odredbama čl. 71 Konvencije[6] svaka država članica može istupiti iz ICSID-a, upućivanjem pisanog obaveštenja depozitaru Konvencije, s tim što status države članice prestaje tek protekom šest meseci od datuma dostavljanja obaveštenja. S druge strane, pravne posledice istupanja iz ICSID-a regulisane su čl. 72 Konvencije.[7] Naime čl. 72 Konvencije predviđa da dostavljanje obaveštenja o istupanju Svetskoj banci, kao depozitaru Konvencije, neće uticati na prava i obaveze koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže date od strane te države, njenih konstitutivnih jedinica ili njenih državljana.[8]

Iako pitanje istupanja iz ICSID-a na prvi pogled deluje jednostavno, ono je izazvalo mnogo polemika u teoriji i praksi, što je članove 71 i 72 Konvencije, a samim tim i član 25 Konvencije, stavilo u fokus međunarodnog prava stranih ulaganja.

---

4 O. M. Garibaldi, „On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy", *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich), Oxford University Press, 2009, 259.

5 J. Fouret, „Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?", *Journal of International Arbitration*, 2008, 72.

6 Vid. čl. 71 Konvencije.

7 Vid. čl. 72 Konvencije.

8 Čl. 72 Konvencije, na engleskom glasi: „*Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its 5 or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary*."

2.1. Tumačenje pojma saglasnosti iz člana 25 Konvencije

Za uspostavljanje nadležnosti ICSID arbitraže kumulativno moraju biti ispunjeni uslovi propisani članom 25 Konvencije[9] odnosno:

1. spor mora da proizlazi direktno iz same investicije;
2. učesnici spora mogu biti samo država domaćin koja je ujedno i država članica ICSID-a i investitor koji mora imati poreklo (sedište, prebivalište) u nekoj drugoj državi članici ICSID-a, i
3. oba učesnika spora moraju u pisanoj formi dati saglasnost za rešavanje predmetnog spora pred ICSID arbitražom.

Iako sva tri napred navedena uslova moraju biti ispunjena kumulativno, u cilju određivanja pravnih posledica istupanja iz ICSID-a, na prvom mestu se mora na pravilan način razumeti pojam saglasnosti iz čl. 25 Konvencije. Za razumevanje pojma saglasnosti veoma je bitno napraviti razliku između članstva u ICSID-u i davanja saglasnosti za rešavanje investicionog spora pred ICSID arbitražom. Činjenica da je država u sporu ujedno i strana ugovornica Konvencije nije dovoljna da bi se zasnovala nadležnost ICSID arbitraže. Razlikovanje ova dva instituta izričito je propisano i u stavu 7 preambule Konvencije,[10] koja iako ne obavezuje države članice, itekako služi što ispravnijem i lakšem tumačenju njenih odredbi.

Samo članstvo u ICSID-u implicira jasno izraženu volju države članice da se služi mehanizmima za rešavanje sporova koji su predviđeni Konvencijom.[11] Međutim, za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže pored članstva države u ICSID-u neophodno je da ta država članica kao učesnica u sporu, u pisanoj formi da svoju saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže u pogledu konkretnog spora. Pored saglasnosti države domaćina na nadležnost ICSID arbitraže, za uspostavljanje njene nadležnosti i ispunjenje uslova saglasnosti iz čl. 25 Konvencije, potrebno je da saglasnost bude data i od strane investitora. Naime, jezičkim tuma-

9 Vid. čl. 25 Konvencije.

10 Stav 7 Preambule ICSID Konvencije na engleskom glasi: „*Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration*."

11 M. Durney, „Legal effects and implications of the Denunciation of the ICSID Convention on Unilateral Consent Contained in Bilateral Investment Treaties: A Perspective from Latin American Cases", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 17, 2013, 241.

čenjem čl. 25, stava 1 Konvencije, naročito imajući u vidu da je pored pojma saglasnosti upotrebljen pojam učesnici spora (engl. *parties*), a ne učesnik (engl. *party*), dolazi se do zaključka da je pojam saglasnosti ovde upotrebljen u kontekstu uzajamne saglasnosti date od strane oba učesnika spora,[12] a što potvrđuje i stav 6 preambule Konvencije.[13]

Dodatno, prilikom tumačenja saglasnosti iz čl. 25, st. 1 Konvencije bitno je imati u vidu i samu prirodu arbitražnog sporazuma. Shodno tome, budući da je za nastanak bilo kog ugovora, pa tako i arbitražnog sporazuma neophodno da postoje ponuda i prihvat, tek u trenutku kada učinjena ponuda bude prihvaćena smatra se da je arbitražni sporazum nastao.[14] Ovako shvaćena priroda arbitražnog sporazuma ide u prilog tumačenju saglasnosti iz čl. 25, stav 1 Konvencije kao uzajamne saglasnosti učesnika u sporu.

2.2. Saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže inkorporisana u bilateralnom ugovoru

Način davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže nije eksplicitno propisan Konvencijom već je ostavljena sloboda učesnicima u sporu da samostalno odrede način davanja saglasnosti,[15] uz jedini uslov da ona mora biti data u pisanom obliku.[16]

Sa razvojem međunarodnog prava stranih ulaganja došlo je i do razvoja načina davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže. Načini davanja saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže koji su se ustalili u praksi su:

a. davanje saglasnosti kroz klauzulu sadržanu u ugovoru zaključenom između države domaćina i investitora;

12 O. M. Garibaldi, *op. cit.*, 257–258.

13 Stav 6 Preambule ICSID Konvencije na engleskom glasi: „*Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with.*"

14 A. A. Mezagravis, „The Standard of Interpretation Applicable to Consent and Its Revocation in Investment Arbitration", *TDM* Vol. 8, issue 2, 2011, 13.

15 C. Schreuer, „Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration", *The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality* (ed. Michael Waibel), Kluwer Law International, 2010, 357.

16 Vidi čl. 25, stav 1 ICSID Konvencije.

b. inkorporisanje saglasnosti u sopstveno investiciono zakonodavstvo države domaćina;
c. inkorporisanje saglasnosti u multilateralnim ili bilateralnim ugovorima (u daljem tekstu „BIT").[17]

Imajući u vidu činjenicu da je najveći broj investicionih sporova koji su poslednjih godina pokrenuti/rešeni pred ICSID arbitražom zasnovan na osnovu saglasnosti države domaćina sadržanoj u BIT-u,[18] upravo će iz tog razloga pojam saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže i biti obrađen kroz prizmu saglasnosti sadržane u BIT-u.

Polazeći od same prirode BIT-a koji predstavlja sporazum između dve države kojim strane ugovornice ugovaraju određeni standard postupanja i tretmana investicija ulagača iz jedne države ugovornice učinjene u drugu državu ugovornicu, sa ciljem uzajamne zaštite kapitala i ostvarivanja pravne sigurnosti[19] kao i činjenice da gotovo neizostavno svaki BIT u sebi sadrži klauzulu o rešavanju sporova, jedno od glavnih pitanja koje se postavlja jeste da li saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sadržana u BIT-u predstavlja saglasnost iz čl. 25 Konvencije.[20]

Stav Arona Broša (Aron Broches), predsedavajućeg tokom *travaux preparatoires* Konvencije o napred navedenom pitanju jeste da saglasnost jedne od država ugovornica BIT-a, sadržana u klauzuli o rešavanju sporova, predstavlja ponudu tj. jednostranu saglasnost koja može biti prihvaćena od strane investitora i koja tek u trenutku kada i investitor bude dao svoju saglasnost postaje perfektna i više ne može biti jednostrano povučena.[21] Ovakvo shvatanje saglasnosti sadržane u BIT-u potvrđeno je i u pratećem komentaru na ICSID-ov objavljeni model klauzula u vezi sa Konvencijom predviđen za upotrebu u BIT-ovima,[22] kao i u nekim odlukama ICSID tribunala.[23]

---

17 P. Cvetković (2007), *op. cit.*, 122–123.

18 C. Schreuer, *op. cit.*, 357.

19 P. Cvetković, „Uslovi zasnivanja nadležnosti centra za rešavanje investicionih sporova", *Zbornik Liber amicorum Gašo Knežević*, 2016, 20–21.

20 M. Durney *op. cit.*, 243.

21 C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, „Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID", Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2008, 26.

22 Vid. C. Schreuer, *op. cit.*, 359, engl.: „*Since the actual or potential investors benefiting from investment treaties are not parties to those instruments, it is not pos-*

Naime,[23] tribunal je u predmetu *AMT v. Zaire* zauzeo stav da činjenica postojanja BIT-a ne znači da je ispunjen uslov saglasnosti iz čl. 25 Konvencije, budući da države ugovornice BIT-a ne mogu samim činom zaključenja istog prisiliti nekog od njihovih državljana da moraju investicione sporove u kojima su učesnici rešavati pred ICSID arbitražom, to naročito iz razloga što Konvencija ne dodeljuje takvo ovlašćenje državama, a čak kada bi takvo ovlašćenje i postojalo bilo bi protivno načelu da niko ne može preuzeti obavezu za drugoga.[24]

Na osnovu svega napred navedenog dolazi se do nesumnjivog zaključka da jednostrana saglasnost države data u BIT-u sama po sebi ne predstavlja saglasnost iz poslednje rečenice čl. 25, st. 1 Konvencije, već predstavlja ponudu koja treba da bude prihvaćena od strane investitora. Shodno tome, država domaćin ne može da pokrene postupak pred ICSID arbitražom samo na osnovu postojanja klauzule o rešavanju sporova sadržanoj u BIT-u, već je za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže neophodno da investitor davanjem svoje saglasnosti učini perfektnom saglasnost države domaćina.[25]

Drugo pitanje koje se postavlja jeste da li država domaćin može da opozove datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sadržanu u BIT-u? Pitanje opozivosti date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže predstavlja jedno od najbitnijih pitanja međunarodnog prava stranih ulaganja. Prilikom davanja odgovora na ovo pitanje potrebno je krenuti od čl. 25 st. 1 Konvencije kojim je propisano da u situaciji kada su obe strane dale „svoju saglasnost, nijedna od njih ne može povući svoju saglasnost jednostrano".[26] U skladu sa napred navedenom odredbom Konvencije onog trenutka kada ponuda data od strane države domaćina sadržana u BIT-u bude prihvaćena od strane investitora, ona nakon toga ne može biti opozvana jednostranim aktom jednog od učesnika u sporu,[27] odnosno sve dok ne bude učinjena perfektnom, jed-

sible to provide in them, as may be done in respect of governments (...), that the treaty itself constitute the written consent required by the Convention."

23 Vid. *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire,* ICSID Case No ARB/93/1, Award 21. februar 1997, kao i SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB 02/06, Decision on Jurisdiction, 29. januar 2004.

24 Sve prema: *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire,* ICSID Case No ARB/93/1, Award 21. februar 1997.

25 C. Schreuer, *op. cit.*, 361.

26 Vid. čl. 25 Konvencije.

27 Stav o neopozivosti saglasnosti koja je učinjena perfektnom potvrđen je i u odluci tribunala u predmetu *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2; isto i C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, 11.

nostrano data saglasnost može biti povučena i to bilo izmenom postojećeg BIT-a, bilo sporazumnom zamenom postojećeg BIT-a novim.[28]

Iako na prvi pogled pitanje opozivosti jednostrano date saglasnosti predstavlja opšte mesto, u teoriji i praksi ne postoji ujednačen odgovor da li se jednostrano data saglasnost uvek može opozvati. Da bi se moglo odrediti da li je saglasnost opoziva ili neopoziva neophodno je uzeti u razmatranje celokupan instrument u kojem je ta saglasnost sadržana, kao i sve njegove odredbe.

Vrlo često BIT-ovi u sebi sadrže tzv. „*inicijalni period važenja*" kojim je propisan vremenski period (najčešće 5, 10 ili 15 godina) tokom kog BIT ne može biti raskinuti.[29] Shodno tome, tek po isteku inicijalnog perioda važenja BIT može biti raskinut ili se, ukoliko ga države ugovornice ne raskinu, njegovo važenje obnavlja i to ili na neodređeni vremenski period, sve dok neka od država ugovornica ne odluči da taj BIT raskine ili na tačno određeni vremenski period predviđen u samom BIT-u.[30]

Osim inicijalnog perioda važenja BIT-ovi često sadrže i klauzulu kojom se uređuje period važenja odredbi BIT-a nakon što on bude raskinut ili prestane da važi (engl. "*survival clause*"). Zahvaljujući toj klauzuli, prava i obaveze predviđena BIT-om koja su njom obuhvaćena će važiti i primenjivaće se na investicije učinjene u državu domaćina pre nego što je BIT prestao da važi i to na vremenski period određen u samoj klauzuli, dok će prestanak važenja BIT-a imati dejstvo samo na buduće investicije.[31]

Pored klauzule koja reguliše važenje odredbi BIT-a nakon njegovog raskida, neki BIT-ovi u sebi sadrže i stabilizacionu klauzulu.[32]

28 M. Durney, *op. cit.*, 246.

29 T. Voon, A. Di Mitchell, „Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law", *ICSID Review*, Vol. 31, No. 2, 2016, 423.

30 Vid. Model BIT-a Sjedinjenih Američkih Država dostupan na: *https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf.*

31 M. Durney, *op. cit.*, 287; Za primere ovakvih klauzula vid. BIT zaključen između Argentine i Indonezije iz 1995. godine dostupan na: *http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/96*, kao i BIT zaključen između Češke i Danske iz 1991. godine, dostupan na: *http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/929.*

32 M. Jovanović, „Osvrt na stabilizacionu klauzulu u zakonu o javno-privatnom partnerstvu i koncesijima", *Pravo i privreda*, broj 4–6, 2012, 662; M. Jovanović, „Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja", doktorska diserta-

Vrsta, pa samim tim i sadržaj stabilizacionih klauzula varira od BIT-a do BIT-a, a upravo će vrsta stabilizacione klauzule uticati na pravne posledice koje mogu da proizađu iz opoziva saglasnosti sadržane u BIT-u. Na primer, uključivanjem klauzule zamrzavanja u BIT, strane ugovornice se obavezuju da bilo koje naknadne izmene propisa neće uticati na prava i obaveze koje proizlaze iz BIT-a, kao i da će prava i obaveze investitora biti regulisana u skladu sa propisima koji su bili na snazi u trenutku kada je investicija učinjena.[33] Na ovaj način se sve već učinjene investicije, koje su obuhvaćene odredbama BIT-a koji sadrži stabilizacionu klauzulu, čine imunim na bilo kakve naknadne izmene propisa, uključujući tu i izmene BIT-a.[34] Postojanje stabilizacione klauzule neće dovesti do toga da se jednostrano data saglasnost ne može opozvati, ali će itekako uticati na posledice do kojih može doći usled opoziva jednostrano date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže, naročito imajući u vidu da nepoštovanje stabilizacione klauzule može dovesti državu domaćina u situaciju u kojoj će biti dužna da naknadi štetu koju je prouzrokovala investitoru.[35]

Samim tim, iako Konvencija omogućava stranama učesnicama u sporu da mogu povući jednostrano datu saglasnost sve dok ista ne bude prihvaćena od strane drugog učesnika spora, raznolikost odredbi sadržanih u BIT-ovima nam ukazuje da se ne može izvesti generalni zaključak da je svaka jednostrano data saglasnost opoziva, već je za davanje odgovora na ovo pitanje neophodno detaljno proučiti odredbe samog instrumenta u kome je konkretna saglasnost sadržana, budući da će upravo od njih i zavisiti da li je moguće datu saglasnost opozvati.[36]

---

cija, 2014, 69–70; K. Gehne, R. Brillo, „Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment", Institute of Economic Law Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, Heft 143, 2017, 7–8.

33 A. Faruque, „Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value", *Journal of International Arbitration 23(4)*, 2006, 321–323.

34 G. Tarcisio, „Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues", No. 191, 2017, 2.

35 Za više o odogovornosti države vid. M. Jovanović, „Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja", doktorska disertacija, 2014.

36 M. Durney, *op. cit.*, 288.

2.3. Tumačenje članova 71 i 72 Konvencije

Pravo država članica na istupanje iz ICSID-a, kao i sama procedura istupanja iz ICSID-a predviđeni su članom 71 Konvencije.[37] Shodno odredbama Konvencije država članica koja želi da istupi iz ICSID-a mora da dostavi pisano obaveštenje depozitaru Konvencije, koji ima obavezu da o istupanju konkretne države članice obavesti sve ostale članice Konvencije.[38] Naime, država članica može istupiti iz ICSID-a bez bilo kakvog obrazlaganja razloga istupanja i u bilo koje vreme, s tim što će istupanje države članice biti punovažno tek po proteku roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije.[39]

Upravo se prilikom korišćenja prava na istupanje iz ICSID-a u praksi i javilo pitanje mogućnosti iznošenja spora na rešavanje ICSID arbitraži, tokom perioda od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije. O napred navedenom pitanju su odlučivali ICSID tribunali u predmetima *Venoklim v Venezuela*[40] i *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela.*[41] U oba ova predmeta tribunali su zauzeli stav da je svrha roka propisanog u čl. 71 Konvencije da omogući zainteresovanim stranama dovoljan vremenski period kako bi mogle blagovremeno da reaguju i iniciraju postupak pred ICSID arbitražom, to naročito imajući u vidu da istupanje države članice proizvodi dejstvo isključivo po proteku roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije. Napred navedeno odgovara i obavezi države da datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže poštuje i da se ponaša u skladu sa njom i to kako od trenutka davanja saglasnosti, pa tako i tokom perioda od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije.

37 Član 71 ICSID Konvencije, engl.: „Any *Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.*"

38 M. Durney, *op. cit.*, 250.

39 *Ibid.*

40 *Venoklim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award, 3. april 2015, paragraf 66.

41 *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB/12/20, Award, 26. april 2017, paragraf 119.

Iz navedenih odluka ICSID tribunala proizlazi zaključak da je cilj čl. 71 Konvencije da investitorima pruži mogućnost da tokom roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja o istupanju depozitaru Konvencije, učine ponudu države domaćina perfektnom i na taj način osiguraju ICSID arbitražu kao nadležni forum za rešavanje potencijalnog spora i to iniciranjem spora ili na neki drugi način na koji se može dati saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže.[42]

S druge strane članom 72 Konvencije je propisano da na prava i obaveze države koja istupa, njenih agencija ili državljana, koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže, neće uticati dostavljanje obaveštenja o istupanju te države iz ICSID-a.[43] Pitanje pravilnog tumačenja čl. 72 Konvencije datira još od *travaux preparatoires* Konvencije tokom kojih se povela diskusija između članova komisije o posledicama koje bi mogle da proizađu iz tadašnjeg čl. 73 nacrta, a sadašnjeg čl. 72 Konvencije.[44] Međutim, sve do danas nije zauzet jedinstveni stav oko tumačenja pojma saglasnosti iz člana 72, a samim tim ni o pravnim posledicama istupanja iz ICSID-a.

Tumačenje pojma saglasnosti iz čl. 72 Konvencije podelilo je teoriju i praksu međunarodnog prava stranih ulaganja i stvorilo različite grupe shvatanja ove saglasnosti. Jedna grupa shvatanja zauzima stanovište da se pojam saglasnosti iz člana 72 Konvencije mora razumeti kao i pojam saglasnosti iz člana 25 tj. kao uzajamna saglasnost oba učesnika spora,[45] drugo stanovište da se u članu 72 radi o jednostrano datoj saglasnosti, pa samim tim o očuvanju prava i obaveza koje iz nje proizlaze,[46] itd. O kompleksnosti tumačenja čl. 72 i njegovoj primeni u praksi, dovoljno govori i činjenica da je o istom, koliko je poznato do

42 W. B. McElhiney, „Responding to the Threat of Withdrawal: On the Importance of Emphasizing the Interest of States, Investors, and the Transnational Investment System in Bringing Resolution to Questions Surrounding the Future of Investments with States Denouncing the ICSID Convention", *49 Tex. Int'L.J. 601,* 2014, 609.

43 Čl. 72 Konvencije, na engleskom glasi: „*Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its 5 or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary*".

44 C. Tietje, K. Nowrot, C. Wackernagel, *op. cit.*, 17.

45 C. Schreuer, *op. cit.*, 355; isto i J. Fouret, *op. cit.*, 84.

46 M. Durney, *op. cit.*, 252.

sada odlučivano samo u predmetima *Venkolim v. Venezuela*[47] *i Fabrica de Vidirios Los Andes, C.A. & Owens-Illionis De Venezuela, C.A*,[48] kao i da su tribunali u svakom od predmetnih slučajeva zauzeli drugačije stanovište prilikom tumačenja i primene čl. 72 Konvencije.

Shodno tome, shvatanje koje po mišljenju autora uzima u obzir sve odredbe Konvencije i koje na najbolji način prikazuje koje su pravne posledice istupanja iz ICSID-a, jeste ono koje kreće od razlikovanja instituta istupanja iz ICSID-a od instituta povlačenja saglasnosti date na nadležnost ICSID arbitraže. Naime, razlikovanje ova dva instituta predstavlja preduslov za razumevanje saglasnosti iz čl. 72 Konvencije. Činjenica da je nekadašnja država članica istupila iz ICSID-a, ne utiče na saglasnost koju je dala na nadležnost ICSID arbitraže, već data saglasnost nastavlja da postoji sve dok je država članica koja je istupila ne opozove.

Svrha čl. 72 Konvencije jeste regulisanje efekta jednostrano date saglasnosti tj. regulisanja prava i obaveza koja iz nje proizlaze, a ne kao što se može pogrešno zaključiti da učini neopozivom saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže, budući da je to pitanje već regulisano članom 25 Konvencije.[49] Odatle posledično proizlazi da saglasnost iz člana 72 Konvencije upravo suprotno od saglasnosti iz člana 25 Konvencije predstavlja jednostranu saglasnost, a ne uzajamno datu saglasnost.[50] Shodno tome, nakon što istupanje iz ICSID-a nekadašnje države članice postane punovažno, na snazi ostaju ona prava i obaveze koja proizlaze iz jednostrano date saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže i to: pravo na podnošenje zahteva za arbitražu, pravo na učestvovanje u sastavljanju tribunala, pravo na reviziju, poništaj i zahtevanje tumačenja, obaveza isključenja prava na diplomatsku zaštitu, itd.[51]

Ključno pitanje koje se postavlja prilikom prihvatanja ovog stanovišta jeste da li se i na koji način može zasnovati nadležnost ICSID arbitraže, kada jedan od glavnih uslova za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže iz čl. 25 Konvencije da se mora raditi o državi članici

47 *Venoklim Holding BV v Venezuela*, ICSID Case No ARB/12/22, Award, 3. april 2015, paragraf 64–65.

48 *Fabrica de Vidirios Los Andes, C.A. & Owens-Illionis De Venezuela, C.A*. ICSID Case No. ARB/12/21, Award, 13. novembar 2017.

49 M. Durney, *op. cit.*, 265.

50 *Ibid.*, 256.

51 *Ibid.*, 271.

ICSID-a nije ispunjen? Odgovor na ovo pitanje se upravo nalazi u razlikovanju instituta saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže od instituta istupanja iz ICSID-a. Naime, arbitražni sporazum može nastati i nakon što istupanje države članice iz ICSID-a postane punovažno, a na osnovu saglasnosti koja je već sadržana u samom BIT-u, budući da istupanje iz ICSID-a nema uticaja na datu saglasnost. Međutim, iako bi moglo doći do nastanka arbitražnog sporazuma, neophodni uslovi propisani u čl. 25 Konvencije za zasnivanje nadležnosti ICSID arbitraže više ne bi bili ispunjeni. Nedostatak kumulativnog ispunjenja svih uslova iz čl. 25 Konvencije, mogao bi da bude prevaziđen samo ukoliko je u arbitražnom sporazumu predviđena mogućnost zasnivanja nadležnosti ICSID arbitraže na osnovu Dodatnih pravila[52] (engl. *Additional Facility Rules*).

Ovakvo shvatanje saglasnosti iz čl. 72 Konvencije omogućava državama članicama da ostvare „pun efekat" članstva u ICSID-u, uključujući tu i registraciju spora pred Centrom i to sve do isteka roka od šest meseci od dana dostavljanja obaveštenja depozitaru Konvencije, a od kog trenutka prestaje članstvo u ICSID-u usled iskorišćavanja prava države članice na istupanje.

Ono što pitanje tumačenja i primene čl. 72 Konvencije čini naročito interesantnim i aktuelnim jeste činjenica da i nakon što države članice istupe iz ICSID-a, investitori nastavljaju da pokreću sporove protiv tih država pred ICSID arbitražom na osnovu saglasnosti sadržanoj u BIT-u. Sve dok ICSID tribunali ne budu zauzeli konzistentni stav o pitanju pravnih posledica istupanja iz ICSID-a odnosno dok ne dođe do sačinjavanja zvaničnog tumačenja spornih članova Konvencije, ostaje otvoreno pitanje na koji način će u takvim situacijama postupati tribunali ICSID arbitraža i da li će se uopšte smatrati nadležnim za postupanjem u predmetnom sporu.

3. ISTUPANJE IZ ICSID-A U PRAKSI

Nedostaci ICSID sistema kao što su pristrasnost tribunala prema stranim investitorima, povezanost sa Svetskom bankom,[53] nedostatak

52 Nadležnost ICSID arbitraže može biti zasnovana i na osnovu Dodatnih pravila, u kom slučaju nije neophodno da oba učesnika spora imaju državljanstvo/poreklo u nekoj državi članici ICSID-a.

53 S. K. Fiezzoni, „The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration", *Bejing Law Review*, Vol. 2, 2011, 135.

transparentnosti[54] i apelacionog mehanizma,[55] zahtevi za previsokim i nerazumnim naknadama,[56] kao i činjenica da 39% od ukupnog broja slučajeva pred ICSID arbitražama čine slučajevi u kojima se na strani tuženog javljaju države Latinske Amerike (gde je Argentina na prvom mestu po broju sporova, zatim slede Venecuela i Ekvador)[57] ukazuju zbog čega su, zasada, jedine države koje su istupile iz ICSID-a, upravo države Latinske Amerike. Prva država koja je istupila iz ICSID-a je Bolivija[58] i to 2007. godine. Nakon Bolivije još dve države Latinske Amerike su napustile ICSID i to Ekvador 2010. godine,[59] a za njim i Venecuela 2012. godine[60] koja je u trenutku pisanja rada poslednja država članica koja je istupila iz ICSID-a.

Nezadovoljstvo država Latinske Amerike najbolje oslikava izjava predsednika Bolivije Evo Moralesa (*Evo Morales*): „...vlade država Latinske Amerike, i ja mislim svet, nikada ne dobijaju slučajeve. Multinacionalisti uvek pobeđuju."[61] Sve države Latinske Amerike koje su do sada istupile iz ICSID-a su u cilju potpunog raskida sa ICSID sistemom izvršile i nacionalizaciju sektora upravljanja prirodnim resursima, izmenile svoje unutrašnje zakonodavstvo, uključujući tu i

54 O problemima vezanim za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži vid. M. Jovanović, „Novi pravni okvir za transparentnost u međunarodnoj investicionoj arbitraži", *Pravni život* br. 11/2015.

55 Zarad sagledavanja problema nedostatka apelacionog mehanizma vid. *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on the Application for Annulment, 8 January 2007, paragraf 38.

56 K. Tienhaara, „Once BITten, twice shy?", *Policy and Society*, 30:3, 2011, 187.

57 S. K. Fiezzoni, *op. cit.*, 134.

58 Za više informacija o reformama unutrašnjeg zakonodavstva Bolivije vid. Bolivia's Step Back in State Arbitration, Kluwer Arbitration Blog, *htpp://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/15/bolivias-step-back-state-arbitration/*, 5.1.2018.

59 Za više informacija o reformama unutrašnjeg zakonodavstva Ekvadora vid: K. F. Gomez, „Ecuador's Attainment of the Sumak Kawsay and the role Assigned to International Arbitration", *Yearbook on International Investment Law and Policy*, 2012 i A. B. Avtgis, „Rethinking Article 422: A Retrospecitve on Ecuador's 2008 Constitutional ISDS Recalibration", *Indiana Journal of Constitutional Design*, Vol. 2, Article 2, 2016.

60 Za više informacija o istupanju Venecuele iz ICSID-a vid. I. A. Vincantelli, „The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *16 Law & Bus. Rev. Am. 409*, 2010, 36.

61 D. M. Wick, *op. cit.*, 245.

promenu ustava kao najvišeg pravnog akta jedne države. Opravdanost nacionalizacije sektora upravljanja prirodnim resursima i isključenja sporova koji iz njih mogu da proizađu iz nadležnosti ICSID arbitraže, najbolje oslikava predmet *Aguas del Tunari, S.A. v. Bolivia*. Naime, u konkretnom slučaju, Bolivija je dala u koncesiju upravljanje čitav sektor vodosnabdevanja kompaniji *Aguas del Tunari, S.A* koja je iskoristila svoj monopolski položaj i podigla cenu vode do te mere da su domaćinstva trošila više od 20% svojih prihoda na vodu.[62] Poučene negativnim iskustvima sa ulaganjima investitora u vitalne sektore neophodne za normalno funkcionisanje države i njenih građana, države Latinske Amerike su upravo nacionalizacijom tih sektora i isključenjem mogućnosti da za njih bude ugovorena nadležnost međunarodne arbitraže želele da spreče da strani investitori rukovode sektorima ključnim za opstanak njihovih građana, a u cilju očuvanja javnog interesa i interesa građana te države.

Pored korišćenja prava na istupanje iz ICSID-a i reforme unutrašnjeg zakonodavstva, države Latinske Amerike su krenule i u regionalno udruživanje u Zajednicu Južnoameričkih Nacija (*UNASUR*). U okviru UNASUR-a se od 2009. godine, po predlogu bivšeg ministra spoljnih poslova Ekvadora Fandera Faconija (*Fander Facioni*), uveliko radi na osnivanju centra za rešavanje investicionih sporova između investitora i država domaćina,[63] koji će za razliku od ICSID-a imati apelacioni mehanizam i čija će arbitražna pravila omogućiti državi domaćinu da odbije priznanje ili izvršenje presude tribunala, ukoliko u skladu sa zakonima zemlje u kojoj se presuda treba priznati/izvršiti predmet spora nije arbitrabilan ili je u suprotnosti sa javnim poretkom te države,[64] a koji bi kao takav upravo trebao da prevaziđe sve glavne nedostatke ICSID sistema.

Promene unutrašnjeg zakonodavstva, kao i istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a, ne deluju kao podsticaj za strane investitore, ali iz ugla ovih država predstavljaju neophodne mere očuva-

62 C. Titi, „Investment Arbitration in Latin America The Uncertain Veracity of Perconceived Ideas", *Arbitration International*, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Volume 30, 2014, 381.

63 K. Nowrot, *International Investment Law and the Republic of Ecuador: From Arbitral Bilateralism to Judical Regionalism*, Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center (TELC), School of Law Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2010, 8.

64 C. Titi, *op. cit.*, 380.

nja vitalnih državnih interesa kao i interesa njihovih građana i javnog poretka, s tim što još uvek ostaje da se vidi na koji način će istupanje iz ICSID-a uticati na obim novih ulaganja u ove države, kao i da li će druge nezadovoljne države članice poučene iskustvom nekadašnjih država članica istupiti iz ICSID-a.

4. ZAKLJUČAK

Istupanje Bolivije, Ekvadora i Venecuele iz ICSID-a stavilo je u fokus interesovanja stručne javnosti pitanje pravnih posledica istupanja iz ICSID-a. Na samom primeru istupanja ove tri države jasno se može sagledati koliki su problemi država uvoznica kapitala, naročito imajući u vidu multimilionske iznose naknade štete koji su dosuđivani u korist investitora pred ICSID arbitražom, kao i činjenicu da nijedna od njih nije u mogućnosti da dosuđene iznose naknade štete isplati u celosti, budući da bi ih to dovelo do bankrotstva. Sagledavanjem napred navedenih činjenica moglo bi se doći do zaključka da ICSID sistem na način na koji je danas postavljen nesumnjivo pogoduje stranim investitorima, a koji gotovo po pravilu dolaze iz država izvoznica kapitala i koji je kao takav ekonomski iscrpljujući za zemlje u razvoju koje su po pravilu uvoznice kapitala i investicija.

Upravo su zbog toga nekadašnje države članice pored istupanja iz ICSID-a, u želji da u potpunosti spreče da bilo koji potencijalni spor između njih kao država domaćina i stranih investitora bude iznet na rešavanje ICSID arbitraži i izmenile svoje unutrašnje zakonodavstvo. Međutim, ono što stoji na putu potpunom raskidu sa ICSID sistemom jeste činjenica da još uvek ne postoji jedinstveno tumačenje, pa samim tim ni primena ključnih članova Konvencije, kao i da nije moguće dati jedinstven odgovor na pitanje da li istupanjem iz ICSID-a nekadašnje države članice u potpunosti isključuju mogućnost rešavanja spora pred ICSID arbitražom. Glavni problem predstavlja tumačenje pojma saglasnosti iz člana 72 Konvencije, kojim je propisano da istupanje države članice iz Konvencije neće uticati na prava i obaveze koja proizlaze iz saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže. Zbog različitih stavova zauzetih u praksi i teoriji prilikom tumačenja odredbi čl. 72 Konvencije, postoji opravdana sumnja u objektivnost ICSID arbitraže i njenih odluka, te protežiranje i zaštitu interesa država izvoznica kapitala.

Prilikom tumačenja saglasnosti iz čl. 72 Konvencije bitno je pre svega razumeti da su istupanje države članice iz ICSID-a i davanje saglasnosti na nadležnost ICSID arbitraže dva odvojena instituta. Naime, činjenica da je konkretna država istupila iz ICSID-a, ne utiče direktno i na datu saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže, odnosno istupanjem iz ICSID-a data saglasnost neće automatski biti povučena. Trajanje date saglasnosti zavisi isključivo od odredbi i uslova samog instrumenta u kome je ta saglasnost i sadržana.

Stoga je prema mišljenju autora odgovarajuće shvatanje kojim bi se moglo stati na kraj nedoumicama u vezi sa pravnim posledicama istupanja iz ICSID-a, imajući u obzir sve odredbe Konvencije, ono koje zastupa stav da saglasnosti iz člana 72 Konvencije treba biti shvaćena kao jednostrano data saglasnost od strane države (njenih konstitutivnih jedinica, državnih agencija ili bilo kog državljanina) i da upravo namera čl. 72 Konvencije jeste da se očuvaju ona prava i obaveze koja iz te jednostrano date saglasnosti i proizlaze. Prihvatanjem ovog shvatanja investitor bi mogao da da saglasnost na nadležnost ICSID arbitraže sve dokle god je saglasnost države domaćina na snazi, nezavisno od toga da li je država domaćin istupila iz ICSID-a. Naime, iako bi arbitražni sporazum mogao da nastane i nakon istupanja države domaćina iz ICSID-a, tada ne bi bio ispunjen uslov članstva u ICSID-u, te bi u tom slučaju nadležnost ICSID arbitraže mogla da bude zasnovana isključivo na osnovu Dodatnih pravila.

Naposletku, imajući u vidu još uvek neusaglašenu praksu po pitanju tumačenja članova relevantnih za istupanje država članica iz ICSID-a, očigledno je da će ovo pitanje predstavljati izvor novih rasprava u teoriji i praksi, a upravo je na ICSID arbitraži da odlučivanjem u konkretnim predmetima zauzme jasan i više nego neophodan stav o tumačenju i primeni članova 25, 71 i 72 u svetlu pravnih posledica istupanja iz ICSID-a i na taj način omogući valjanu pravnu podlogu i izvesnost državama prilikom korišćenja prava na istupanje.

Jelena Đorđević, LL.M.

LEGAL CONSEQUENCES OF WITHDRAWAL FROM THE ICSID

Summary

Legal consequences of withdrawal from the ICSID are among the crucial and most complex issues of international law of foreign investments. The lack of a uniform interpretation of key articles of the Convention regulating the right of withdrawal from the ICSID additionally makes their application in practice more difficult. Bearing in mind the tendency of increasing foreign investments in Serbia and the lack of professional literature dealing with the matter of legal consequences of withdrawal from the ICSID, the author wants to point out to the relevance of the topic and the need to gather experiences of former member states of the ICSID, but also the decisions of the tribunal of the ICSID arbitration, for the purpose of creating a better strategic institutional approach in protecting the interest of the host state and its citizens.

Key words: *Legal consequences of withdrawal from the ICSID. – Withdrawal from the ICSID. – Consent to competence of ICSID arbitration. – ICSID arbitration. – ICSID Convention.*