

Прегледни рад

Примљено: 10. 8. 2015.

UDK 341.63:339.727.22

Ревидирана верзија: 27. 11. 2015.

Одобрено за штампу: 17. 10. 2016.

***PRIMA FACIE* ОЦЕНА НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТРАЖНОГ СУДА У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ – ПОЈАМ, ТУМАЧЕЊЕ И УЛОГА У АРБИТРАЖНОЈ ПРАКСИ ^а**

Петар Ђундић

Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, Србија
djundic@pf.uns.ac.rs

Апстракт

Главна карактеристика *prima facie* теста, распрострањеног у инвестиционој арбитражи, јесте у томе што арбитражни суд одлучује да ли одређени спор спада у његову надлежност „на први поглед”, односно на основу чињеница спора које је тужилац изнео приликом покретања арбитраже. Аутор анализира значајан број арбитражних одлука донетих у споровима између страних улагача и држава пријема улагања, те објашњава еволуцију у схватању *prima facie* теста. Посебна пажња посвећена је различитим аспектима овог теста – оном који се односи на утврђивање чињеница и оном који се тиче правне основе тужбеног захтева. Иако је поступак *prima facie* оцене надлежности замишљен тако да арбитражни суд у јурисдикционој фази одлучивања не може да се упушта у решавање суштине спора, најновија арбитражна пракса показује јасну тенденцију проширења функције поменутог теста.

Кључне речи: *prima facie* тест, страна улагања, надлежност, арбитража, експропријација.

***PRIMA FACIE* EXAMINATION OF JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL IN INVESTMENT ARBITRATION – NOTION, INTERPRETATION AND THE ROLE IN ARBITRAL PRACTICE**

Abstract

The main feature of the *prima facie* test that is widely used in investment arbitration is the fact that the arbitral tribunal decides whether a certain dispute is within its

^а Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право”, бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

jurisdiction “on its face”, i. e. based on the facts of the dispute provided by the claimant while initiating an arbitration. The author analyses a considerable number of arbitral awards rendered in disputes between foreign investors and respondent states and explains the evolution in the conception of the *prima facie* test. Particular attention is dedicated to different aspects of the test – one in connection to the determination of the facts and the other in relation to the legal foundation of the claim. Although *prima facie* examination of jurisdiction was conceived in such a manner to prevent an arbitral tribunal from entering the merits of the dispute during the jurisdictional phase of the procedure, the latest arbitral practice shows clear tendency towards widening the function of the analysis.

Key words: *prima facie* test, foreign investments, jurisdiction, arbitration, expropriation.

УВОД

У инвестиционој арбитражи тужене државе врло често користе приговор ненадлежности арбитражног суда (Вандевелде (Vandevelde), 2010, стр. 465). Надлежност најчешће почива на одредбама двостраног међународног уговора о заштити улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaty*, у даљем тексту: БИТ) на снази између државе порекла инвеститора и државе пријема улагања (Ћундић, 2013, стр. 365). Због тога се може догодити да тужена држава оспорава да су испуњени услови предвиђени овим инструментима за постојање надлежности арбитражног суда. На пример, може се тврдити да тужилац није држављанин или правно лице које припада држави уговорници, да релевантни међународни уговор није био на снази у време када је наводна повреда права улагача (тужиоца) наступила, да пословна трансакција тужиоца у држави пријема не представља улагање које ужива заштиту на основу одредаба релевантног извора, да спор поводом пословног подухвата тужиоца није спор у вези са повредом међународног уговора о заштити улагања од стране државе, већ да се односи на повреду уговора који су закључили улагач (тужилац) и држава пријема или неки њен орган итд. Поред тога, у одређеном броју случајева тужене државе износе и тврдњу да би тужбу улагача требало одбацити због тога што је на први поглед очигледно да није дошло до повреде одговарајућег стандарда заштите улагања (улагача) из међународног уговора који је основ тужбеног захтева (Шепард (Sheppard), 2008, стр. 933).

У случају да арбитражни суд одлучи да раздвоји одлучивање о надлежности и меритуму тако што ће питање надлежности решити прелиминарно, стране у спору имају могућност да потпуно изнесу своје аргументе и доказе у вези са суштином спора само под условом да арбитражни суд у претходној фази закључи да је надлежан. Питање које се тада поставља је следеће: У којој мери арбитражни суд

може да се ослони на чињеничну грађу и правне аргументе тужиоца да би извео закључак о постојању своје надлежности? Одговор на ово питање у пракси није јединствен и налази се у начину на који арбитражни суд спроводи *prima facie* оцену своје надлежности.

Одлучивање о томе да ли су испуњени услови за надлежност суда „на први поглед” (лат. *prima facie*) јесте поступак заступљен у пракси арбитражних судова који решавају спорове између страних улагача и државе пријема улагања. Такозвани *prima facie* тест је презет из праксе међународних судова – Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде, те прилагођен потребама инвестиционе арбитраже, чија је јурисдикциона основа међународни уговор између државе порекла улагача и државе пријема улагања. У овом раду покушали смо да прикажемо начин на који се у инвестиционој арбитражи тумачи и примењује *prima facie* тест. Посебно су обрађена два аспекта *prima facie* теста. Први се односи на приступ арбитражног суда доказивању чињеница које је изнео тужилац у тренутку покретања арбитраже. Други обухвата однос према тврдњама тужиоца у вези са правним последицама ових чињеница – да оне представљају повреду правног инструмента којим је гарантована заштита права улагача. У вези са овим последњим аспектом, у раду се износи теза да је *prima facie* тест у пракси инвестиционе арбитраже еволуирао у поступак који у појединим случајевима омогућује не само испитивање да ли су испуњени услови за заснивање надлежности *stricto sensu* већ и испитивање основаности тужбеног захтева. Коначно, последњи део рада садржи анализу одредбе чл. 41, ст. 5 Арбитражних правила Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (енгл. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: ИКСИД или Центар) установљеног Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: Вашингтонска конвенција). Ово је због тога што је циљ поменуте одредбе идентичан циљу који се постиже применом *prima facie* анализе у савременој арбитражној пракси – да се већ у почетној фази поступка омогући одбацивање тужбених захтева који су очигледно правно неосновани и тиме осуђени на неуспех.

НАСТАНАК PRIMA FACIE ТЕСТА И ЊЕГОВО ПРИХВАТАЊЕ У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ

У пракси Сталног суда међународне правде (у даљем тексту: Стални суд) у предмету Мавроматис јавља се питање у погледу тога како да поступи суд када на основу чињеница које је изнео тужилац није јасно да ли спор који је пред њега изнет представља спор у по-

гледу извора права на којем је заснована његова надлежност.¹ У овом случају, спор је настао због одбијања Велике Британије, која је управљала Палестином на основу мандата добијеног од Лиге народа, да призна грчком држављанину права из концесионих споразума својевремено закључених између њега и отоманских власти. Грчка је тврдила да надлежност Сталног суда проистиче из члана 26 Споразума о мандату, којим је било предвиђено да се сви спорови између мандатара и других држава чланица Лиге народа „у вези са тумачењем или применом одредаба Споразума о мандату” поверавају овом суду.² Британске власти су оспоравале надлежност Сталног суда тврдећи да спор који је изнет пред њега није спор у вези са тумачењем или применом одредаба Споразума о мандату. Стални суд је сматрао да би био преурађен закључак о томе да ли је тужена повредила одредбе поменутог споразума,³ али да је, пре одлучивања о меритуму спора, потребно одредити да ли спор, „у форми у којој је изнет и на основу чињеница које су у овом тренутку утврђене, потпада под примену одредаба Споразума о мандату”.⁴

Иако се потреба за *prima facie* одлучивањем о надлежности јавља и у старијој пракси Међународног суда правде,⁵ несумњиво највећи утицај на примену овог теста у инвестиционим споровима извршила је одлука у предмету Оил Платформс.⁶ Суд је у овом случају одлучивао по тужби Ирана поднетој против САД због тога што је тужена држава извршила нападе на три поморске нафтне платформе у својини Иранске националне нафтне компаније. Иран је у тужби тврдио да напади поморских снага САД на платформе представљају повреду Уговора о пријатељству, економским односима и конзуларним правима, закљученог 1955. године између две државе (у даљем тексту: Уговор о пријатељству). Према одредби члана XXI, став 2 Уговора о пријатељству, Међународни суд правде надлежан је за решавање свих спорова између држава уговорница који се односе на тумачење и примену овог уговора. Сједињене Америчке Државе оспориле су тврдњу Ирана да спор настао поводом употребе силе у датом случају представља „спор у погледу тумачења и примене” Уговора о пријатељству, чиме је надлежност Међународног суда правде

¹ *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of August 30, 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), PCIJ Collection of Judgments, Series A – No 2, стр. 6.

² *Ibid.*, стр. 11.

³ *Ibid.*, стр. 23.

⁴ *Ibid.*, стр. 16.

⁵ Видети *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, *Merits: Obligation to Arbitrate*, Judgment of May 19, 1953, I.C.J. Reports 1953, стр. 10.

⁶ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, I.C.J. Reports 1996, стр. 803.

за решавање спора искључена. Одлучујући о питању да ли дати спор заиста представља спор поводом тумачења и примене Уговора о пријатељству, овај суд је закључио да:

„[М]ора утврдити да ли повреде Уговора од 1955. године на које се позива Иран *потпадају или не потпадају под одредбе Уговора* и да ли, као последица тога, Суд има надлежност *ratione materiae* да га разматра, у складу са чланом XXI став 2”.⁷

У пракси арбитражних судова често цитирана дефиниција *prima facie* теста налази се у издвојеном мишљењу судије Розалин Хигинс (*Rosalyn Higgins*) управо у предмету Оил Платформс.⁸ Судија Хигинс се у њему директно бави кључним питањем за *prima facie* испитивање надлежности – коју методологију применити како би суд закључио да ли тужбени захтев може да се сврста под клаузулу о решавању спорова која представља извор и основ надлежности тог суда. Према њеном мишљењу, потребно је одговорити на питање да ли чињенице, онако како су представљене од стране тужиоца, могу да доведу до повреде правног извора на којем је заснована надлежност тела које одлучује. У контексту конкретног спора између Ирана и САД, приступ је дефинисан на следећи начин:

„[Ј]едини начин на који је, у овом случају, могуће утврдити да ли су тужбени захтеви Ирана у довољној мери на први поглед засновани на Уговору од 1955. године јесте да се прихвате *pro tem* чињенице изнете од стране Ирана као истините и да се у том светлу тумаче чланови I, IV и X у сврху одлучивања о надлежности, односно да се види да ли би на основу чињеница на којима се заснивају тврдње Ирана могла да настане повреда једног или више њих.”⁹

Већина арбитражних судова који решавају инвестиционе спорове користи приступ дефинисан у мишљењу судије Хигинс приликом процене да ли имају надлежност на први поглед.¹⁰ Мањи број

⁷ *Ibid.*, стр. 809. Нагласак аутора.

⁸ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996, стр. 847.

⁹ *Ibid.*, стр. 856.

¹⁰ Видети, на пример, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9), Decision on Jurisdiction, February 22, 2006, пасус бр. 63; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, February 8, 2005, пасус бр. 118; *Jan de Nul N. V. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13), Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, пасус бр. 70; *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6, 2003, пасус бр. 145; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi*

њих инсистира на примени критеријума који је утврђен у одлуци већине у предмету Оил Платформс – да ли се на чињенице, онако како их је изложио тужилац, могу применити одредбе инструмента који је основ за поступање арбитражног суда.¹¹ Ово је вероватно последица чињенице да формулација *prima facie* теста од стране судије Хигинс омогућује да се он користи као средство којим ће се елиминисати потреба да арбитражни суд решава о тужбеним захтевима који су очигледно неосновани у меритуму, иако формално потпадају под одредбе инструмента који је основ надлежности овог суда. Тиме се спречава непотребан утршак времена и средстава за вођење спора у којем је тужилац унапред осуђен на неуспех, у условима у којима инвестициона арбитража, пре свега због вредности спорова поводом улагања и због изгледа за остваривање изузетно високих новчаних износа на име накнаде за повреду субјективних права, привлачи све већи број тужилаца.

Коначно, у пракси постоје мишљења да нема суштинске разлике између две поменуте формулације *prima facie* теста.¹² Према овом гледишту, реч је о језичким разликама које имају „мали или никакав значај”.¹³ Ипак, као што ће се видети у наставку рада, разлике у формулацијама и те како утичу на исход примене теста у пракси.

A. Ş. v. *Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, пасуц бр. 197; *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia* (UNCITRAL), Partial Award on Jurisdiction, September 8, 2006, пасуц бр. 187; *Noble Energy, inc. and Machalapower Cia.Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad* (ICSID Case No. ARB/05/12), Decision on Jurisdiction, March 5, 2008, пасуц бр. 151; *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/15), Decision on Jurisdiction, April 11, 2007, пасуц бр. 139; *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/5), Decision on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2011, пасуц бр. 302; *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic* (UNCITRAL), Award, March 5, 2011, пасуц бр. 248.

¹¹ Видети *Salini Costruttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction, November 9, 2004, пасуц бр. 151; *Impregilo S. p. A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/3), Decision on Jurisdiction, April 22, 2005, пасуц бр. 242; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction, April 27, 2006, пасуц бр. 42; *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fuegoina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/8), Decision on Preliminary Objections, July 27, 2006, пасуц бр. 50.

¹² *United Parcel Services of America Inc., v. Government of Canada* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction, November 22, 2002, пасуц бр. 36.

¹³ *Saipem S. p. A. v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7), Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007, пасуц бр. 86.

*ДОКАЗИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА ОД КОЈИХ ЗАВИСИ НАДЛЕЖНОСТ
АРБИТРАЖНОГ СУДА И PRIMA FACIE TEST*

Полазна основа у погледу начина на који арбитражни суд третира чињенице изнете од стране тужиоца приликом оцене сопствене надлежности је неспорна у арбитражној пракси – на тужиоцу се налази одговорност да формулише тужбени захтев и изнесе чињенице на начин који сматра адекватним.¹⁴ То значи да се о постојању надлежности одлучује у зависности од тога како је спор представио тужилац.¹⁵ Другим речима, чињеничне тврдње изнете од стране тужиоца привремено се узимају као тачне и у том светлу се посматра постојање надлежности арбитражног суда.¹⁶ Задатак арбитражног суда је да одлучи да ли би његова надлежност постојала под условом да тужилац касније, када поступак уђе у фазу мериторног одлучивања, успе да дефинитивно докаже тачност својих тврдњи.¹⁷

Са друге стране, то не значи да је довољно да тужилац изнесе било какве тврдње, без обзира на то колико паушалне оне биле, да би арбитражни суд прихватио надлежност. Још у предмету СГС против Пакистана,¹⁸ арбитражни суд констатује како се не може искључити потреба да се у појединим случајевима већ на самом почетку поступка истражују тужиочеве чињеничне тврдње.¹⁹ Судаћи према арбитражним одлукама које су уследиле, реч је првенствено о случајевима у којима тужена држава оспорава истинитост исказа тужиоца. Тако у предмету Континентал Кежулти против Аргентине арбитражно веће закључује да *prima facie* тест не значи да арбитражни суд мора да прихвати тужиочев опис чињеница као истинит без додатне провере.²⁰ Могуће је да тужена држава понуди доказе да чињенична

¹⁴ *Salini Costruttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan* (вид. фусноту бр. 11 горе), пасус бр. 136.

¹⁵ *Ibid.*, пасус бр. 137.

¹⁶ Видети *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* (ICSID Case No. ARB/05/18), Decision on Jurisdiction, July 6, 2007, пасус бр. 104. Видети, такође, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan* (видети фусноту бр. 10 горе), пасус бр. 195 и *Impregilo S. p. A. v. Islamic Republic of Pakistan* (видети фусноту бр. 11 горе), пасус бр. 237.

¹⁷ *Abaclat and Other v. Argentine Republic* (вид. фусноту бр. 10 горе), пасуси бр. 303 и 315. Такође, *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26), Decision on Jurisdiction, December 19, 2012, пасуси бр. 56, 57.

¹⁸ Видети фусноту бр. 10 горе.

¹⁹ *Ibid.*, пасус бр. 145.

²⁰ Видети фусноту бр. 10 горе, пасус бр. 61.

основа тужбе не постоји и да је то извесно већ на основу прелиминарне анализе, што би требало да доведе до одбацивања тужбе.²¹

У предмету Континентал Кежулти против Аргентине и одлукама које су засноване на образложењу арбитражног суда у овом спору, међутим, гледиште арбитражног суда у погледу примене *prima facie* теста на чињенице изнето је само начелно. Арбитражни суд, наиме, није преиспитивао истинитост тврдњи тужиоца јер оне нису ни биле оспорене од стране Аргентине. Тиме је арбитражно веће остало ускраћено за прилику да детаљно објасни методологију која би требало да буде примењена приликом процене чињеница од стране арбитражног суда, које чињенице би тужена држава морала да оспори како би довела у питање надлежност и који би се стандард у оцени доказа примењивао у таквим случајевима. На ова питања одговор је дала новија арбитражна пракса у низу одлука који започиње оном донетом у предмету Феникс против Чешке Републике.²²

У поменутом спору Чешка је оспоравала тврдњу тужиоца да је извршио улагање које ужива заштиту у смислу Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава и БИТ између Чешке и Израела. Арбитражни суд је применио поступак који је назвао „двоструким приступом” (енгл. *double approach*) приликом оцене надлежности. Приступ подразумева да се чињенице спора деле на две групе – оне од којих зависи надлежност и оне које би, ако буду доказане, водиле повреди права улагача. У суштини, закључак арбитражног већа јесте да је могуће привремено прихватити тврдње тужиоца као истините само када је реч о овој другој групи чињеница:

„Ако су наведене чињенице такве чињенице које би, ако буду доказане, представљале повреду релевантног БИТ, оне заиста морају бити прихваћене као такве у јурисдикционој фази поступка, док њихово постојање или непостојање не буде утврђено у меритуму. Супротно томе, ако надлежност зависи од постојања одређених чињеница, оне морају бити доказане у јурисдикционој фази поступка. На пример, у овом случају, сви налази арбитражног суда у погледу постојања заштићеног улагања морају бити доказани, осим уколико се ово питање не

²¹ *Ibid.* Takode, *Telefónica S. A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/20), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 25, 2006, пасуџ бр. 54 и *Total S. A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1), Decision on Objections to Jurisdiction, August 25, 2006, пасуџ бр. 53.

²² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic* (ICSID Case No. ARB/06/5), Award, April 15, 2009.

би могло решити у датој фази поступка, у ком случају би га требало спојити са меритумом”.²³

Другим речима, становиште арбитражног већа у овом предмету је да се чињенице које је изнео тужилац не могу једноставно узети као истините када их оспорава тужена држава и када надлежност арбитражног суда управо зависи од постојања одређених чињеница и њиховог тумачења.²⁴

Описани приступ би се у овом тренутку могао назвати доминантним у пракси инвестиционе арбитраже.²⁵ У појединим случајевима он се доводи у везу са начелом *Kompetenz-Kompetenz*, односно са правом и дужношћу арбитражног суда да одлучи о сопственој надлежности. Ако би арбитражни суд једноставно прихватио тврдње тужиоца у погледу чињеница од којих зависи његова надлежност, ово начело би било угрожено.²⁶ Посебно се истиче да арбитражни суд не може да прихвати тврдње тужиоца у вези са чињеницама од којих зависи надлежност, у случају да те чињенице неће поново разматрати у мериторној фази поступка.²⁷

КВАЛИФИКАЦИЈА ТУЖБЕНОГ ЗАХТЕВА И PRIMA FACIE ТЕСТ

Други аспект *prima facie* теста који арбитражни судови разматрају односи се на правну квалификацију тужбеног захтева у конкретном спору – да ли спор, онако како га је представио тужилац, спада у надлежност овог суда. Будући да надлежност арбитражног суда данас најчешће проистиче из међународног уговора о заштити

²³ *Ibid.*, пасус бр. 61.

²⁴ *Ibid.*, пасус бр. 63. На одлуку арбитражног већа је очигледно утицало становиште заузето у предмету *Inceysa Vallisoletana, S. L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26), Award, August 2, 2006 да је арбитражни суд дужан да реши сва питања чињеничног и правног карактера од којих зависи његово овлашћење да поступа у одређеном предмету (видети пасус бр. 155 наведене одлуке).

²⁵ Видети, на пример, *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, June 1, 2012, пасус бр. 2.9; *Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/17), Decision on Jurisdiction, July 2, 2013, пасус бр. 29; *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GMBH and Others v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/08/8), Decision on Jurisdiction, March 8, 2010, пасуси бр. 57, 58.

²⁶ Видети *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. The Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/07/29), Decision on Jurisdiction, February 12, 2010, пасус бр. 58. Такође, *Inceysa Vallisoletana, S. L. v. Republic of El Salvador* (видети фусноту бр. 24 горе), пасус бр. 155.

²⁷ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador* (UNCITRAL), Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, February 27, 2012, пасус бр. 4.9.

улагања између државе пријема улагања и државе порекла улагача и ограничена је на случајеве повреде овог извора, питање се заправо своди на то да ли је тужилац (улагач) изнео пред тај суд спор који се односи на повреду субјективних права гарантованих овим међународним уговором.

Да ли се тада задатак арбитражног суда исцрпљује једноставном констатацијом да улагач тврди како је тужена држава повредила БИТ и закључком да је то довољно за успостављање надлежности *ratione materiae*? У арбитражној пракси нема јединственог одговора на ово питање. У значајном броју инвестиционих спорова прихваћен је приступ према којем је овлашћење и дужност тужиоца да одреди правни основ тужбеног захтева, што арбитражни суд за потребе дефинисања своје надлежности прихвата без преиспитивања. На тај начин је могуће, на пример, да амерички улагач који је закључио уговор о концесији са властима аргентинске провинције и пристао на то да у њега буде унета клаузула о надлежности националног суда државе пријема улагања за случај спора из уговора – једноставно заобиђе ову клаузулу и покрене поступак пред међународним арбитражним судом на основу тврдње да настали спор није спор из уговора о концесији, већ да је реч о повреди права која му припадају на основу БИТ-а закљученог између САД и Аргентине.²⁸

Са друге стране, у новијој арбитражној пракси је доминантно гледиште да утврђивање надлежности арбитражног суда захтева објективан приступ и да није довољно да тужилац једноставно изнесе тврдњу да му је повређено право гарантовано међународним уговором.²⁹ Тужилац мора доказати да је спор у питању такав да се на њега примењују одредбе БИТ, који је основ надлежности, и „етикетирање” тужбених захтева као захтева на основу овог инструмента није, само по себи, довољно.³⁰ Из образложења појединих одлука може се закључити да арбитражни судови сматрају да се објективни приступ подразумева и да он проистиче из саме формулације *prima facie*

²⁸ Видети *Azurix Corp. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12), Decision on Jurisdiction, December 8, 2003, пасус бр. 76. Такође, *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan* (вид. фусноту бр. 10 горе), пасус бр. 145 („Закључујемо да је, у јурисдикционој фази, на тужиоцу да квалификује своје тужбене захтеве на начин који сматра одговарајућим.”).

²⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004, пасус бр. 157.

³⁰ *BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic* (видети фусноту бр. 11 горе), пасус бр. 50.

теста.³¹ Заиста, у многобројним случајевима се поменути приступ прихвата прећутно, и то тако што арбитражни судови констатују да имају обавезу да испитају да ли су испуњени сви услови за заснивање њихове надлежности.³² Оправдање се налази у чињеници да је арбитражни суд тај који мора да реши питање да ли је надлежан у случају да тужени изнесе приговор ненадлежности. Ако би све зависило само од квалификације тужбеног захтева тужиоца, овој страни у спору би се фактички препустило да одлучује о томе да ли постоји надлежност арбитражног суда *ratione materiae*. Арбитражни суд није суд опште надлежности који има овлашћење да решава све спорове између улагача и државе пријема. Његова надлежност је ограничена пристанком на арбитражу који је држава уговорница дала у одговарајућем међународном уговору који је и основ његове надлежности (Даглас (Douglas), 2009, стр. 264). Ако не утврди правни основ тужбе, већ све препусти квалификацији тужиоца, арбитражни суд једноставно не испуњава задатак који му је поверен (*ibid.*).

ОСНОВАНОСТ ТУЖБЕНОГ ЗАХТЕВА И PRIMA FACIE TEST

Prima facie тест у пракси Међународног суда правде није замишљен као инструмент који би суду омогућио да се бави основаношћу тужбеног захтева у меритуму. То се изричито наглашава у издвојеном мишљењу судије Хигинс.³³ Међутим, управо је дефиниција *prima facie* теста из овог документа (да ли чињенице изнете од стране тужиоца, ако буду доказане, могу да доведу до повреде међународног уговора који је основ надлежности) омогућила појединим арбитражним судовима да оду корак даље у његовој примени и да фактички одлучују о основаности тужбеног захтева у меритуму већ на почетку спора. Објашњење за ово се поново налази у чињеници да је надлежност арбитражног суда заснована на БИТ или вишестра-

³¹ Видети, на пример, *Noble Energy, inc. and Machalapower Cia.Ltda. v. The Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad* (видети фусноту бр. 10 горе), пасус бр. 151.

³² На пример, *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. The Republic of Paraguay* (видети фусноту бр. 26 горе), пасус бр. 59; *Jan de Nul N. V. v. Arab Republic of Egypt* (вид. фусноту бр. 10 горе), пасуси бр. 69–71; *Burlington Resources INC. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), Decision on Jurisdiction, June 2, 2010, пасус бр. 110; *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic* (видети фусноту бр. 17 горе), пасуси бр. 56, 57; *Abaclat and Others v. The Argentine Republic* (видети фусноту бр. 11 горе), пасуси бр. 303, 316–326.

³³ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment of 12 December 1996, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996, стр. 856, 857.

ном међународном уговору о заштити улагања и по правилу може да постоји само за повреде субјективних права улагача која су му дата овим инструментима. Ако тужилац није у стању, барем на први поглед, да изнесе чињенице на основу којих би се могло претпоставити да је до повреде заиста и дошло, арбитражни суд ће бити у искушењу да овакву тужбу одбаци већ приликом одлучивања о надлежности и за то му може користити *prima facie* тест формулисан на поменути начин.

Испреплетеност питања надлежности и меритума спора у појединим случајевима подразумева да се одлука о надлежности не може донети без упуштања у меритум. То је посебно случај у ситуацијама када је надлежност арбитражног суда у клаузули БИТ дефинисана уско, односно када постоји само за повреду одређених субјективних права која су дата улагачима у том уговору.³⁴ Ако је при томе јасно да чињенице које је изнео тужилац нису довољне да доведу до повреде одговарајуће одредбе датог уговора, арбитражни суд се суочава са захтевом који је очигледно неоснован. Поступак одлучивања о надлежности *prima facie* му тада може послужити да арбитражу оконча без спровођења дуготрајне процедуре. Пример оваквог поступања у пракси је одлука донета у спору *Теленор* против Мађарске.³⁵ Спор је настао због тога што је *Теленору* наметнута обавеза плаћања пореза потребног за субвенционисање губитака провајдера који је имао законску обавезу одржавања мреже фиксне телефоније. Централна тврдња тужиоца односила се на наводну индиректну експропријацију улагања коју је Мађарска извршила на овај начин. Најважнији део одлуке обухвата анализу арбитражног суда о томе да ли је *Теленор prima facie* изнео случај који представља незакониту експропријацију улагања.³⁶ Иако је констатовао да неће улазити у суштину спора и да ће начелно за потребе одлучивања о надлежности прихватити све чињеничне тврдње тужиоца као тачне,³⁷ арби-

³⁴ Треба, међутим, приметити да нема суштинске разлике између оваквих арбитражних клаузула у споразумима о заштити улагања и оних (много чешће присутних у пракси) који предвиђају надлежност за спорове поводом повреде обавезе државе уговорнице предвиђене споразумом (видети, на пример, чл. 9 ст. 1 Модела споразума о узајамном подстицању и заштити улагања Србије доступан на: <http://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-multilateralnu-i-regionalnu-ekonomsku-i-trgovinsku-saradnju/sporazumi-o-uzajamnom-podsticanju-i-zastiti-ulaganja/>). У таквим случајевима надлежност арбитражног суда такође зависи од тога да ли је тужилац *prima facie* успео да докаже основаност тврдње да је тужена држава повредила неку од одредаба споразума.

³⁵ *Telenor Mobile Communications A. S. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), Award, September 13, 2006.

³⁶ *Ibid.*, пасуси бр. 63–80.

³⁷ *Ibid.*, пасус бр. 21.

тражни суд детаљно анализира концепт индиректне експропријације, елементе овог појма и активности државе које могу да доведу до индиректне експропријације улагања. Арбитражно веће закључује да *Теленор* није успео да докаже постојање *prima facie* случаја индиректне експропријације,³⁸ при чему је за тужбу била фатална чињеница то што тужилац није претрпео штету у интензитету довољном за наступање експропријације.³⁹ Као резултат тога, тужба је одбачена због ненадлежности.⁴⁰ Суштински разлог за њено одбацивање, међутим, јесте очигледна неоснованост тужбеног захтева *Теленора*. Арбитражни суд није се посебно бавио питањем да ли је уопште овлашћен да разматра постојање индиректне експропријације, имајући у виду чињеницу да члан XI БИТ између Норвешке и Мађарске (1991) предвиђа надлежност арбитражног суда да одлучује о споровима поводом плаћања или висине износа накнаде за експропријацију, као и о другим споровима који настану као последица експропријације, али не и о томе да ли је држава уговорница извршила одузимање улагања. На тај је начин арбитражно веће прећутно проширило примену иначе уско срочене арбитражне клаузуле и на питање које њоме није изричито обухваћено (Рајниш (Reinisch), 2011, стр. 124).

Две новије одлуке донете у ад хок арбитражама на основу Арбитражних правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (у даљем тексту: Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а) посебно су илустративне у погледу нове улоге која се у пракси даје *prima facie* анализи. У предмету Алпс Фајнанс против Словачке⁴¹ арбитражно веће је закључило да акти на које се жалио тужилац – грешка у примени националног права од стране словачких судова – нису могли да представљају повреду швајцарско-словачког БИТ (1990), чак и када би се тврдње тужиоца прихватиле као истините.⁴² Из образложења одлуке недвосмислено се види да арбитражни суд посматра *prima facie* тест као питање вероватноће (енгл. *plausibility*) да је тужбени захтев основан у меритуму.⁴³ У вези са тврдњама тужиоца које се односе на поступање словачких судова, арбитражно веће констатује:

„Да закључимо, услов постојања *prima facie* вероватно основаног тужбеног захтева који се тиче повреде међународног уговора је далеко од тога да буде испуњен. Ово неизбежно води закључку да би, чак и у (мало вероватном) случају да је

³⁸ *Ibid.*, пасус бр. 80.

³⁹ *Ibid.*, пасуси бр. 73–79.

⁴⁰ *Ibid.*, пасус бр. 102.

⁴¹ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic (UNCITRAL)*, Award, March 5, 2011.

⁴² *Ibid.*, пасуси бр. 248–252.

⁴³ *Ibid.*, пасус бр. 248.

арбитражни суд могао да се прогласи надлежним, тужбени захтеви тужиоца врло тешко успели да издрже проверу у меритуму. Другим речима, ускраћивање надлежности не води суштинској неправди којом би била нанета штета тужиоцу”.⁴⁴

У спору Ахмеа против Словачке тужилац је тврдио да је Словачка повредила стандард поштеног и правичног третмана његовог улагања, гарантован чланом 3 БИТ између ове државе и Холандије (1992), те да је извршила незакониту експропријацију улагања супротно члану 5 истог извора тако што је Влада тужене државе најавила законодавне промене на тржишту пружања услуга здравственог осигурања које би приморале зависно друштво у својини тужиоца да напусти пословање у Словачкој.⁴⁵ У вези са тужбеним захтевом који се односио на експропријацију, арбитражни суд је нашао да будућа могућност да експропријација буде извршена није довољна за наступање одговорности државе.⁴⁶ У односу на тужбени захтев у вези са повредом стандарда поштеног и правичног третмана улагања, арбитражно веће ја нашло да у три од четири акта Словачке на које се позивао тужилац нема елемената поступања које би било супротно поменутом стандарду,⁴⁷ а у погледу последњег да је реч о акту на који се тужилац позвао тек након покретања поступка, те у односу на који не постоји његова надлежност.⁴⁸

Цитиране одлуке показују да је *prima facie* тест у пракси добио много важнију улогу од инструмента који служи да би се на сумаран начин проверило да ли спор који је изнео тужилац спада у поље примене инструмента који је основ надлежности арбитражног суда. Његовом применом се из разматрања могу искључити тужбени захтеви тужиоца који су на самом почетку изнети тако да су осуђени на неуспех. У правној доктрини се оваква примена *prima facie* анализе због тога пореди са захтевом за одбацивање тужбе (енгл. *motion to dismiss*), установом америчког грађанског поступка која омогућује суду да на захтев туженог одбаци тужбу која, према оцени суда, нема никаквог изгледа за успех, чак и када би се све чињеничне тврдње тужиоца прихватиле као тачне (Sheppard, 2008, стр. 957–959). Реч је, према томе, о процесном инструменту којим се не доводи у питање надлежност суда, већ правна одрживост тужбе (Sheppard, 2008, стр. 959). Потреба за инструментом сличних карактеристика уочена је у систему под окриљем ИКСИД-а и реализована је изменом Арбитражних правила Центра од 2006. године.

⁴⁴ *Ibid.*, пасус бр. 252.

⁴⁵ *Achmea B. V. v. The Slovak Republic* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Admissibility, May 20, 2014, пасуси бр. 189-273.

⁴⁶ *Ibid.*, пасуси бр. 235–251.

⁴⁷ *Ibid.*, пасуси бр. 252–265.

⁴⁸ *Ibid.*, пасус бр. 269.

*ПРИГОВОР ДА ЈЕ ТУЖБЕНИ ЗАХТЕВ ОЧИГЛЕДНО
ПРАВНО НЕОСНОВАН У СИСТЕМУ ИКСИД-А*

Изменом Арбитражних правила ИКСИД-а из 2006. године уведена је могућност да тужена држава, у року од 30 дана од формирања арбитражног суда који делује под окриљем Центра, а свакако пре одржавања прве седнице овог суда, уложи приговор да је тужбени захтев очигледно правно неоснован (2006, чл. 41, ст. 5). Према схватању арбитражне праксе, приговор се може односити и на питања надлежности, а не само на основаност тужбеног захтева у меритуму.⁴⁹ Међутим, према истој одредби, подношење приговора не спречава државу да у редовном поступку, улагањем претходних приговора на основу чл. 41, ст. 1 Арбитражних правила, накнадно оспори надлежност арбитражног суда све до подношења одговора на тужбу, као ни у томе да у наставку поступка истиче да је тужбени захтев правно неоснован. Имајући у виду чињеницу да и Генерални секретар ИКСИД-а на основу Вашингтонске конвенције такође врши прелиминарну контролу да ли спор који је изнет пред Центар спада у његову надлежност, те да може да одбије регистрацију захтева за покретање арбитраже ако, на основу информација садржаних у самом захтеву, закључи да спор очигледно излази из оквира надлежности Центра (1965, чл. 36, ст. 3), увођење поступка из чл. 41 ст. 5 Арбитражних правила доводи до тога да у систему ИКСИД-а данас постоје практично три фазе поступка у којима је тужена држава у позицији да оспорава надлежност Центра, односно арбитражног суда који поступа под његовим окриљем.⁵⁰

Ипак, најважнија новина и сврха увођења поменуте одредбе тиче се изричитог овлашћења арбитражног суда да у кратком року одбаци тужбу у раној фази поступка због чињенице да је она неоснована у меритуму, што је право којим не располаже Генерални секретар приликом регистрације захтева за покретање арбитраже (Антоњети (Antonietti), стр. 438, 439). Реч је овлашћењу које је несумњиво шире и у односу на инхерентно право међународног арбитражног суда помињано у пракси: да одбаци тужбу која је очигледно неоснована у

⁴⁹ Видети, на пример, *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/08/3), Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, February 2, 2009, пасус 50. Такође, *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/09/11), Award, December 1, 2010, пасус 30 и *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea* (ICSID Case No. ARB/13/33), The Tribunal's Decision on the Respondent's Objections under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, October 28, 2014, пасус 91.

⁵⁰ Видети *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, пасус 53.

мери да њено подошење представља злоупотребу права и угрожава интегритет поступка.⁵¹

У погледу приступа чињеницама, поступак из чл. 41, ст. 5 не би требало да одступа од полазне основе *prima facie* анализе – тврдње тужиоца се привремено узимају као истините да би се закључило да ли је на основу изнетих чињеница могуће да наступи повреда релевантне обавезе (Браун, Пуч (Brown, Puig), 2011, стр. 28). Међутим, да би исходвала одбацивање тужбе, тужена држава затим мора демонстрирати да је тужба „очигледно” правно неоснована (енгл. *manifestly without legal merit*), што је праг који је постављен високо јер се захтева да неоснованост тужбе буде јасна, односно да се закључак о томе може једноставно донети.⁵²

Конечно, за разлику од схватања у погледу начина примене *prima facie* теста у новијој арбитражној пракси, изгледа да у поступању арбитражних судова ИКСИД-а настаје консензус у погледу тога да се у поступку поводом приговора очигледне правне неоснованости тужбеног захтева не могу изводити докази о чињеницама које су спорне међу странкама.⁵³ Такво размишљање чини да се овај поступак ипак разликује од *prima facie* анализе, чија је примена у пуном обиму стога резервисана за редован поступак и претходне приговоре из чл. 41, ст. 1 Арбитражних правила.

ЗАКЉУЧАК

У пракси арбитражних судова који се баве решавањем инвестиционих спорова нема јединственог става о улози, начину примене, па чак ни појму *prima facie* оцене надлежности. Међутим, могуће је закључити да *prima facie* оцена надлежности постаје све тежа препрека тужиоцима који желе да је прескоче и издејствују надлежност арбитражног суда. Први разлог за то је схватање које је постало доминантно током претходних година да ова анализа не значи једноставно прихватање чињеничних тврдњи тужиоца без било каквог преиспитивања. Ако је тужена држава оспорила чињеницу од чије истинитости директно зависи надлежност арбитражног суда, тужилац мо-

⁵¹ Видети *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Mexico's Preliminary Objections concerning the Previous Proceedings, Decision of the Tribunal, Jun 26, 2002, пасуси 48–50.

⁵² *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, пасуси 62, 63.

⁵³ Видети, на пример, од новијих одлука: *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, пасус 90 и *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/13/32), Decision on Respondent's Application under ICSID Arbitration Rule 41(5), December 2, 2014, пасус 45.

ра да докаже њено постојање, а не само да изнесе тврдњу у том смислу. Осим тога, савремена пракса показује да се *prima facie* тест може користити као инструмент којим ће тужене државе покушати да издејствују одбацивање оних тужби које су, већ на први поглед, неосноване у меритуму. Да потреба за таквим инструментом постоји показује и увођење приговора из чл. 41, ст. 5 Арбитражних правила ИКСИД-а. Тиме се на потенцијалне тужиоце ставља додатни притисак да темељно припреме и обраде чињеничну и правну грађу спора, и то и пре него што је арбитражни поступак покренут.

ЛИТЕРАТУРА

- Antonietti, A. (2006), The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2, 427–448.
- Арбитражна правила Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (2006).
- Brown, C., Puig, S. (2011), The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of The ICSID Arbitration Rules, *University of Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, 11/33, 1–33.
- Douglas, Z. (2009), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ђундић, П. (2013), Пристанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристанка, ограничења и меродавно право [Consent of the State to Arbitration with Foreign Investor – Modes of Consent, Restrictions and Applicable Law], *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3, 359–375.
- Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (1965), Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 2 (2006).
- Reinisch, A. (2011), How Narrow are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?, *Journal of International Dispute Settlement*, 1, 115–174.
- Sheppard, A. (2008), The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case. У Р. Muchlinski, F. Ortino и С. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (стр. 933–961), Oxford: Oxford University Press.
- Vandeveld, K. J. (2010), *Bilateral Investment Treaties – History, Policy, and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.

**PRIMA FACIE EXAMINATION OF JURISDICTION
OF THE ARBITRAL TRIBUNAL IN INVESTMENT
ARBITRATION – NOTION, INTERPRETATION
AND THE ROLE IN ARBITRAL PRACTICE**

Petar Đundić

University of Novi Sad, Faculty of Law, Novi Sad, Serbia

Summary

Examination of whether the requirements for jurisdiction of an arbitral tribunal are fulfilled “on its face” (lat. prima facie) is the practice routinely employed by tribunals in investment disputes. The so-called prima facie test is borrowed from the practice of international courts and it consists of two different aspects. The first one is related to the determination of the facts. In general, while deciding whether the conditions for its jurisdiction are present, an arbitral tribunal considers facts presented by the claimant to be correct. However, this does not imply that the arbitral tribunal will accept just any allegation of the claimant as true. In the case in which the jurisdiction of the arbitral tribunal directly depends on the fact whose existence is denied by the responding state, the claimant will be under an obligation to prove that fact. The other aspect of the test bounds the tribunal to establish a legal classification of the claim based on the facts presented by the claimant. For establishing jurisdiction, it is not enough that the claimant simply asserts that the dispute before the tribunal is the one relating to the interpretation and application of an international treaty which serves as the basis for the tribunal’s jurisdiction. The tribunal must determine the legal basis of the claim objectively. The prima facie test in the practice of the International Court of Justice was not conceived as a tool that would enable the Court to assess the merits of the claim during the jurisdictional phase of the procedure. However, the definition of the test which is widely accepted in arbitral practice (whether the facts presented by the claimant, if proven, could lead to a breach of the international treaty serving as a ground for jurisdiction) enabled some tribunals to take the analysis one step further and to basically decide whether the claim is justified on the merits even on the onset of the dispute.