

Магдалена Крњаић,¹
Докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 339.727.22:341.6
DOI: 10.5281/zenodo.14425269
Прегледни научни чланак
Примљен: 04. 05. 2024.
Прихваћен: 11. 06. 2024.

УТИЦАЈ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ НА ДРЖАВНУ РЕГУЛАТИВУ У ДОМЕНУ ЗАШТИТЕ ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Апстракт: *Управљање страним инвестицијама данас је дубоко укорено у сложеној мрежи инвестиционих и трговинских споразума. Значајан пораст страних директних инвестиција (FDI) у последњих двадесет година прати и повећање броја FDI арбитража, које су постале важан аспект међународне економске политике. Међутим, постоји забринутост да ови аранжмани ограничавају национални суверенитет, посебно у регулативној аутономији држава. Чланак анализира ове проблеме, истичући асиметрије у инвестиционим споразумима и феномен „регулаторног застоја“. Процедурални недостаци процеса FDI арбитраже такође су истакнути, указујући на искључивање важних државних акција из међународноправних деловања. Напомиње се да FDI арбитража из демократске перспективе често користи механизме који нису прилагођени за решавање комплексних јавних питања, што може угрозити демократске вредности и регулативну аутономију држава.*

Кључне речи: *стране инвестиције, јавни интерес, арбитража.*

1. Увод

Данашње управљање страним инвестицијама све више се ослања на мрежу инвестиционих и трговинских споразума. Пораст страних директних инвестиција у последњих двадесет година прати и повећање FDI арбитража, кључног аспекта међународне економске политике.

FDI пружа реципрочну заштиту инвестиција, али може ограничити национални суверенитет држава у домену заштите јавног интереса. Распрострањена FDI арбитража често фаворизује интересе инвеститора,

¹ krnjaic.magdalena@gmail.com

занемарујући јавни интерес домаћих држава. Кроз поступке пред инвестиционом арбитражом, уочава се да стране директне инвестиције утичу, односно ограничавају извршавање националног суверенитета државе, посебно у погледу њихове регулативне аутономије да доносе прописе у циљу унапређења и заштите јавног интереса (*Salacuse*, 2010:427).

Овај чланак анализира проблеме FDI арбитраже, укључујући неограничено право инвеститора на покретање арбитражних поступака и одлуке које фаворизују инвеститоре. Критички се анализира асиметрија у инвестиционим споразумима и феномен „регулаторног застоја“, истичући процедуралне недостатке који искључују могућност држава да заштите свој јавни интерес. FDI арбитража често неадекватно решава сложена јавна питања, угрожавајући демократске вредности и регулативну аутономију држава.

2. Асиметрија положаја страна у инвестиционим споразумима ПА и „регулаторни застој“ држава домаћина

Проблеми у одлукама инвестиционих арбитража и генерално управљање страним директним инвестицијама данас, огледају се кроз ограничење извршавања националног суверенитета државе, посебно у вези са регулаторном аутономијом за доношење прописа и креирањем политика које би унапредиле легитимне јавне интересе. (*Suda*, 2006:73) Очигледно је да међународно решавање питања јавног интереса неке државе резултира тиме да поставља суверенитет те државе у подређени положај. Закључивање међународних инвестиционих уговора или било ког међународног споразума подразумева смањење суверенитета државе. На овај начин, даје се могућност државама да дају значајна обећања у фази привлачења страних инвестиција, односно у фази преговарања око закључења инвестиционих споразума и приликом самог закључења истих.²

Систем FDI је јединствен због тога што држава пристаје на примену приватног модела арбитраже, првобитно осмишљеног за решавање

² Види *S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan)*, 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17. август), на страни 35 „Суд одбија да види у закључивању било ког споразума којим држава преузима обавезу да изврши или да се суздржи од извршавања одређеног чина напуштање своје суверености. Нема сумње да свака конвенција која ствара обавезу овог типа ставља ограничење на извршење суверених права државе, у смислу да захтева да се она извршавају на одређени начин. Али право да се ступи у међународне обавезе је атрибут суверености државе.“, http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm.

комерцијалних спорова, како би решавао регулаторне спорове проишле из суверених аката државе. (*Van Harten, Loughlin, 2006:121*). Док традиционални модел међународне арбитраже у приватном сектору почива на принципу реципроцитета и инсистира на једнакости страна у поступку, међународна арбитража у области FDI има индивидуалистички и нерепроучан карактер (*Van Harten, 2006:138*).

Једна од кључних карактеристика међународних инвестиционих спора (IIA) јесте да пружају страним инвеститорима широку заштиту њихових легитимних економских очекивања без пропорционалних обавеза усмерених ка заштити јавног интереса државе домаћина (*Pham, 2011*). Оваква заштита је једнострана јер намеће обавезе само држави домаћину и обично се постиже путем арбитражног механизма решавања спорова инвеститор–држава, који је механизам заштите такође предвиђен споразумом.

Већина IIA садржи арбитражну клаузулу која омогућава страним инвеститорима да директно покрећу арбитражне поступке против државе домаћина због наводног кршења IIA. Ова клаузула омогућава странама да одређују правила и поступке арбитраже, као и форум за решавање спорова. Стране често бирају институционалну арбитражу, као што је Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID), у складу са ICSID конвенцијом и њеним правилима арбитраже, а који се сматра водећим местом за FDI арбитражу. ICSID омогућава странкама да изаберу између *ad hoc* арбитраже, државне судске арбитраже или институционалне арбитраже пред овим центром.³ ICSID конвенција омогућава приступ не само уговорним државама већ и неугворним државама и њиховим инвеститорима.

Омогућавање покретања директних поступака страним инвеститорима без исцрпљивања правних средстава државе домаћина користи искључиво страним инвеститорима, док су за разлику од њих државе изложене ризику учешћа у великом броју арбитражних поступака (*Van Harten, 2006:121*). Уношењем арбитражне клаузуле у инвестициони споразум, клаузуле најповлашћеније нације, националног третмана и слично, држава се излаже будућим споровима од стране недефинисаног броја подносилаца захтева, те на тај начин ограничава свој суверенитет у делу доношења прописа ради заштите јавног интереса, без могућности да исте адекватно штити када дође до спора.

³ Додатни механизам истовремено је проширио обим арбитраже ICSID-а на спорове који не произилазе директно из инвестиција. Видети: ICSID Additional Facility Rules, Art. 2.

Структура и карактер међународне арбитраже у области FDI изазивају дебату о равнотежи између заштите инвеститора и очувања регулаторне аутономије држава.

ICSID (Међународни центар за решавање инвестиционих спорова) представља кључну институционалну окосницу у систему FDI арбитраже, са значајним утицајем на изазове и дилеме које ово подручје доноси у светлу суверенитета држава и заштите инвеститора. Међутим, постоји низ проблема и недостатака који су инхерентни овом систему.

Једна од кључних карактеристика ICSID-а је правило о исцрпљености правних средстава, које је уобичајено у међународном праву. Ово правило омогућава инвеститорима директни приступ арбитражи (*Paulsson, 2008:255*) избегавајући тиме потребу за исцрпљивањем домаћих правних лекова. Иако то може задовољити забринутост инвеститора око политичке природе домаћих судских поступака, представља значајан ризик за државе, излажући их потенцијално великом броју арбитражних захтева. Штавише, широко тумачење надлежности ICSID-а, посебно израз „држављанин друге уговорне државе“, ⁴ чини систем преопширним и тешким за предвидети, што може створити несигурност за државе (*Sornarajah, 2008:57*).

У контексту FDI арбитраже, правило исцрпљености правних средстава примењује се искључиво на инвеститоре који нису обавезни да претходно исцрпе домаће правне лекове.

Инвеститори имају могућност да покрену арбитражу на основу својих захтева, а сагласност за арбитражу може се обезбедити директним споразумом, националним законодавством или споразумом између државе домаћина и инвеститора (*Bijlmakers, 2012:250*).

Надлежност FDI арбитраже односи се на питања између уговорне државе и страних инвеститора. Међутим, широке интерпретације и различита тумачења одредби IIA могу довести до несагласних одлука, као што је било видљиво у појединим случајевима. Проблем такође лежи у недостатку прецизних дефиниција кључних појмова, као што је „инвестиција“, што оставља широк простор за арбитражну слободу у тумачењу и примени законитости државног прописа.

Упркос овим изазовима, FDI арбитража се одвија слично без обзира на околности, са трибуналом од три арбитра који се формира након доношења захтева (*Van Harten, 2006:36*). Арбитражни поступак укључује

⁴ ICSID Convention, Art. 25(1).

саслушање примедби државе домаћина, утврђује надлежности трибунала, а затим разматрање случаја по основу његове суштине. Ако се утврди да је држава поступила у супротности са својим обавезама према уговору, доводећи до губитка за инвеститора, трибунал може доделити одштету инвеститору (*Van Harten*, 2006:37).

Путем FDI арбитраже, страни инвеститори могу оспорити широк спектар владиних мера које имплицирају њихове економске интересе, а које резултирају арбитражном одлуком која је коначна и обавезујућа.⁵ Међутим, комплексност и двосмисленост одредби међународних инвестиционих споразума могу довести до различитих тумачења од стране арбитра и несагласних одлука, чак и у сличним случајевима. (*Alvarez*, 2012:94) Несагласне одлуке могу се појавити без обзира на то да ли је контекст у фактичком и правном смислу упоредив, (*Juillard*, 2008:97) као што су показале одлуке у случајевима Лаудер против Чешке Републике и *CME* против Чешке Републике.⁶ Упркос истом чињеничном стању и расправама адвоката, различито вредновање чињеница резултирало је различитим одлукама (*Legum*, 2008:237).

Још озбиљнији недостатак је двосмислена дефиниција кључних одредби, у смислу опсега и значења, која даје арбитражним трибуналима значајну слободу у интерпретацији законитости државног прописа. (*Van Harten*, 2006:80) Путем сагласности за FDI арбитражу, државе дају арбитрама свеобухватну надлежност за тумачење и примену ПА ради решавања спорова у регулаторној сфери (*Van Harten*, 2006:94). Такође, у одсуству дефиниције у ICSID конвенцији, појам „инвестиција“ је широко тумачен од стране трибунала. (*Rubins, Kinsella*, 2005:319) Тако широко тумачење само по себи може променити надлежност трибунала, као и обим имовине која је заштићена ПА (*Suda*, 2006:110). Стога, будућност FDI арбитраже захтева пажљиво разматрање и прецизирање кључних термина, како би се постигла равнотежа између заштите инвеститора и очувања суверенитета држава.

Страхује држава од губитка суверенитета у домену заштите свог јавног интереса и прекомерне заштите интереса инвеститора у оквиру FDI арбитраже нису само хипотетички, већ произилазе из конкретних проблема у примени и тумачењу стандарда заштите. Међитим, недавна литература указује на тенденцију арбитражних трибунала да усвајају

⁵ *Téchnicas Medioambientales Tecmed SA. v. United Mexican States*, (ICSID Case No ARB(AF)/00/2) (2003).

⁶ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, Final Award, 3 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 66 and *CME v. The Czech Republic*, Partial Award, 13 Sept. 2001, 9 ICSID Rep. 121.

уравнотежен приступ, пажљиво одмеравајући заштиту инвестиција с инхерентним правом суверених држава да одрже своју регулативну функцију.

Инвестициона арбитража све више узима у обзир јавне интересе приликом примене стандарда заштите, вођена преамбулама и изјавама о циљевима јавног интереса у споразуму ПИА (*Bijlmakers*, 2012:258). Новији споразуми ПИА сада укључују опште изузетке који омогућују државама да предузму мере неопходне за заштиту одређених јавних интереса.⁷ Уношењем оваквих одредаба у инвестиционе споразуме поново се успоставља равнотежа између интереса инвеститора и других циљева јавне политике.⁸ Преамбулом ВIT-а Канаде и САД стоји да је заштита инвестиција у сагласности са промоцијом неекономских интереса, као што су здравље, одрживи развој, животна средина и права радника.⁹ Неки ПИА чак укључују опште изузетке који ослобађају мере нужне за заштиту одређених јавних интереса, што представља иновативан приступ у поновном успостављању равнотеже између интереса инвеститора и других циљева јавне политике.

Међутим, постоји забринутост због арбитражних одлука које се базирају на уском разматрању заштите интереса инвеститора. Тумачећи само ефекте инвестиција, долази се до одлука које занемарују мотиве и намере државе приликом доношења одређене мере. Случајеви *Metalclad*¹⁰ и *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa*

⁷ Article 10.1 of the Canada-Jordan BIT (2009): „Под условом да се такве мере не примењују на начин који би представљао произвољну или неоправдану дискриминацију између инвестиција или инвеститора, или прикривену рестрикцију међународне трговине или инвестиција, ништа у овом споразуму неће се тумачити тако да спречава Страну да усвоји или примењује мере које су неопходне: (а) ради заштите људског, животињског или биљног живота или здравља; (б) ради осигурања усклађености са законима и прописима који нису у супротности са одредбама овог споразума или (в) ради очувања живих или неживих исцрпљивих природних ресурса.“

⁸ UNCTAD, World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon Economy. World Investment Report

⁹ Модел билатералног споразума (2012), преамбула: „Желећи да остваре ове циљеве на начин који је у складу са заштитом здравља, безбедности и животне средине, као и промоцијом међународно признатих радничких права...“ и Модел билатералног инвестиционог споразума Канаде (2004): „Уважавајући да промоција и заштита инвестиција инвеститора једне Стране на територији друге Стране доприносе подстицању међусобно корисних пословних активности, развоју економске сарадње између њих и промоцији одрживих развоја...“

¹⁰ *Metalclad Corp. v United Mexican States*, Award, Aug. 30, 2000, 5 ICSID Rep. 226. Трибунал NAFTA-е јесматрао да мера у облику еколошке уредбе предузете од стране Мексика пре

*Rica*¹¹ указују на то да су арбитражни трибунали били склони доношењу одлука у корист заштите инвестиција, фокусирајући се искључиво на права инвеститора.

Важно је напоменути да су арбитражне одлуке донете пред ICSID-ом коначне и обавезујуће, с ограниченим могућностима за жалбу. Анулациони комитет ICSID-а може само анулирати односно укинути одлуку, а не и заменити односно преиначити одлуку, док се жалба може заснивати само на процедуралним основама,¹² не сме се задирати у суштину одлуке.¹³ Осим тога, одлука се мора директно спровести, „као да је то коначна пресуда судова државе“.¹⁴ Одсуство могућности испитивања одлуке од стране судијског тела за жалбе додатно отежава могућност исправке погрешних одлука арбитра. Без обзира на тешка техничка и политичка питања која би увођење механизма за жалбе могла повући, (*Legum*, 2008:231) његово одсуство омогућава арбитрама да одређују законитост јавне мере без могућности прегледа погрешних одлука (*Van Harten*, 2006:153).

Упркос изазовима, развој уравнотеженијих приступа и инклузија општих изузетака у ИА представљају позитиван корак у правцу постизања равнотеже између суверенитета држава и заштите интереса инвеститора. Ипак, нужно је пратити развој и евентуално разматрати унапређења у систему FDI арбитраже, како би се обезбедила равнотежа између супротстављених интереса.

дставља еквивалентескпропријацијеискључивона основу ефекта мерена инвестицију, без узимања у обзир мотива и намера њеног доношења.

¹¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID case No. ARB/96/1, 15 ICSID Rev.-Foreign Investment L. J., 72, 192 (2000). Параграф 72 одлуке гласи: „Експропријативне еколошке мере – ма колико корисне за друштво у целини – у овом погледу су сличне било којим другим експропријативним мерама које држава може предузети ради спровођења својих политика: када се имовина експроприше, чак и у еколошке сврхе, било да су домаће или међународне, обавеза државе да плати надокнаду остаје.“

¹² Како је наведено у члану 53(1) ICSID Convention: „Одлука обавезује стране и не подлеже никаквој жалби или било којем другом правном леку осим оних предвиђених овом Конвенцијом“.

¹³ Види ICSID Convention, члан 52(1): „Било која страна може затражити поништење одлуке подношењем писменог захтева упућеног Генералном секретару на једном или више следећих основа: (а) да Трибунал није исправно састављен; (б) да је Трибунал очигледно прекорачио своје овлашћење; (в) да је постојала корупција од стране члана Трибунала; (г) да је дошло до озбиљног одступања од основног правила поступка; или (д) да одлука није навела разлоге на којима се темељи.“

¹⁴ Види ICSID Convention, Art. 54(1).

Наведене примедбе указују на суштински проблем у вези с арбитражом страних директних инвестиција, посебно када се сагледају економски и политички проблеми који могу произаћи из арбитражних одлука. Државе, суочене с одлукама које нису у њихову корист, често се суочавају с високим одштетама и ризиком од тужби од стране других инвеститора (*Choudhury*, 2009:1002). Овај „регулаторни шок“ на националном нивоу поставља озбиљан изазов, (*Waincymer*, 2009:309) с обзиром на перспективу суочавања с недефинисаним бројем инвеститорских захтева који оспоравају регулаторне мере државе у циљу заштите легитимних јавних интереса. Негативна арбитражна одлука која обавезује државу, а која је заснована на прешироком тумачењу само интереса инвеститора, за државу представља велики трошак због надокнаде штете инвеститору, нарушавања угледа, али у крајњем и свест о томе да је онемогућена да заштити јавни интерес, односно да због заштите јавног интереса може бити поново подвргнута тужбама страних инвеститора.¹⁵

Ови страхови нису само теоријски, већ су поткрепљени конкретним примерима, као што је повлачење забране отвореног рударства у отвореним шумама у Индонезији 1999. године (*Suda*, 2006:100) након претње међународном арбитражом од стране рударских компанија. Сличан случај одиграо се и у Уругвају, где је *Philip Morris International* поднео захтев за арбитражу на основу BIT-а између Швајцарске и Уругваја, (*Bijlmakers*, 2012:256) тврдећи да нове здравствене мере у вези са паковањем цигарета представљају неправедан третман, односно крше њихова права. Овакав притисак навео је уругвајску владу да измени, односно не донесе Закон о забрани пушења како је планирано, а све са циљем да се одбрани од одштетног захтева. *Philip Morris Asia Limited (PM Asia)* поднела је сличан захтев против Аустралије на основу BIT-а између Хонг Конга и Аустралије, оспоравајући *Tobacco Plain Packaging Bill* из 2011. године, који је требало да ступи на снагу 1. јануара 2012. године, а имао је за циљ смањење пушења у интересу јавног здравља. *PM Asia* тврди да закон представља очигледно лишавање њених интелектуалних права и комерцијалне употребљивости њених брендова и, стога, кршење клаузуле о правичном и једнаком третману у одговарајућем BIT-у.¹⁶ Ово изазива озбиљна питања легитимности, посебно с демократског гледишта.

¹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2003: Fdi Policies For Development: National And International Perspectives at 111.

¹⁶ Written Notification of Claim by Philip Morris Asia Limited at 10, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, 15 July 2012, <http://italaw.com/sites/>

Арбитражна тела страних директних инвестиција не подлежу стандардима демократске легитимности који важе у домаћим контекстима. Одлуке ових тела су ауторитативне, директно извршене и имају значајан утицај на регулаторну аутономију држава (*De Búrca*, 2008:221). Демократска очекивања нису увек у потпуности задовољена у међународном оквиру, што поставља изазове у вези са способношћу држава да обезбеде квалитет регулативе у интересу грађана (*De Búrca*, 2008:231).

У том контексту, тренутни модел управљања страним директним инвестицијама доводи у питање способност држава да ефикасно остварују демократски легитимитет у процесу доношења регулатива које штите јавне интересе. Стога је неопходно континуирано разматрање и потенцијално унапређење система FDI арбитраже, како би се постигла праведна равнотежа између заштите инвеститора и суверенитета држава.¹⁷

Модели Билатералних инвестиционих споразума (BIT-ова) су у фази прегледа и замене како би се боље ускладили с међународним политикама инвестирања, узимајући у обзир и разматрања јавног интереса.¹⁸

Неколико држава, укључујући САД и Канаду, прилагодило је своје моделе BIT-ова повлачећи снажнију заштиту инвеститора, препознајући потребу за равнотежом између заштите инвестиција и јавног интереса. Поред тога, неке државе су се повукле из међународних инвестиционих споразума (IIA), попут Боливије и Еквадора, који су изашли из Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (ICSID) (*Bijlmakers*, 2012:261). Међутим, раскид BIT-а од стране државе не значи аутоматски и ослобађање од његових одредби. Клаузула о преживљавању може обавезати државу на одредбе BIT-а још годинама након

<default/files/case-documents/ita0664.pdf>.

¹⁷ Дефинишући демократију као „самоопредељење“, Шарф издваја разлику између легитимности улаза (управљања од стране људи) и легитимност излаза (управљања за људе). Легитимност улаза, такође названа аутентичност оријентисана према улазу, може се постићи ако политичке одлуке произилазе из аутентичних преференција *demos*-акроз политички процес који поштује одређене критеријуме, на пример, одговорност власти, учешће грађана и контролу доношења одлука. Легитимност излаза или ефикасност оријентисана према излазу односи се на способност решавања проблема. Политике би требало да имају висок степен ефикасности у остварењу циљева које грађани колективно сматрају најважнијим. И легитимитет улаза и легитимитет излаза су од једнаке важности за демократско самоопредељење. Види Fritz W. Scharpf, *Governing In Europe: Effective And Democratic?* (1999).

¹⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon economy*.

изласка.¹⁹ Ово дугорочно везивање државе за арбитражне поступке може створити проблематичне ситуације и изазивати питања демократске легитимности.

Емпиријски докази такође доводе у питање претпоставку да ће већа заштита инвеститора резултирати већим приливом инвестиција. Истраживања указују да густина билатералних инвестиционих споразума може тешко квантификовати стварни утицај на одлуке страних инвеститора (*Alvarez*, 2012:94). Ово поставља питање ефикасности самог режима и доводи у фокус потребу за даљим анализама у вези са тим како ови споразуми заиста утичу на привлачење инвестиција.

Анализирајући процедуралне елементе арбитраже страних директних инвестиција, уочавамо два значајна недостатка која могу повећати несразмере у ИА, изазвати забринутост за демократску легитимност и пребацили кључне државне акције изван стандардних међународних правних оквира: тајност поступака и учешће заинтересованих трећих страна (*Fox*, 2015:323).

3. Тајност и приступ поступцима арбитраже страних директних инвестиција

Систем арбитраже страних директних инвестиција, моделиран према међународној комерцијалној арбитражи, страна у спору пружа значајну контролу и флексибилност у решавању спорова. Овај систем омогућава инвеститорима да остваре своја права и уживају њихову заштиту, док истовремено елиминише политичке утицаје из поступака. (*Simmonds*, 1986:273; *Rubins*, 2005:376) Предности укључују сагласност за арбитражу, чиме се инвеститор штити од тврдњи о сувереном имунитету од надлежности државе (*Fox*, 2015:323).

Међународна комерцијална арбитража доноси приватност у поступке, омогућујући странама да постигну брза и ефикасна решења, штитећи поверљивост информација и репутацију (*Mistelis*, 2005:211)²⁰, али и штити поступке од политичких притисака. Међутим, недостатак транспарентности у арбитражи страних директних инвестиција поставља озбиљне изазове. Тајност поступка, која обухвата документе, информације и одлуке арбитра, ограничава се на стране у арбитражи

¹⁹ UNCTAD, Denunciation of the ICSID Convention and Bits: Impact On Investor-State Claims, UNCTAD IIA Issues Note 2010.

²⁰ OECD, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures 2, (Working Papers on International Investment, Working Paper No. 2005/1).

и њихове овлашћене представнике (*Mistelis*, 2005:213; *Crookenden*, 2009:603).

Ова приватност често доводи до критика због недостатка јавног приступа и одговорности. Документи су често недоступни нестраначким лицима, ограничавајући приступ информацијама (*Rubins*, 2005:376). Јавна доступност информација о поступцима арбитраже страних директних инвестиција обично је условљена сагласношћу страна, изазивајући питања транспарентности и одговорности у овом контексту.

Због ових изазова, поставља се питање како се може одржати равнотежа између потребе заштите поверљивости информација и потребе да се заштити јавни интерес. Разматрање могућих побољшања у приступу информацијама и јавном учешћу у арбитражи страних директних инвестиција може допринети јачању демократске легитимности овог система.

Упркос напорима за побољшање отворености и учешћа јавности у арбитражи страних директних инвестиција, тајност поступка и ограничено учешће трећих страна, познатих као *amici curiae*, и даље су изазов (*Knahr*, 2007:327).

Недостатак транспарентности ствара независност за државу у вези са границама њеног регулаторног деловања (*Rubins*, 2005:323).

Питања тајности додатно компликује велики број потенцијалних арбитражних форума, варијације у нивоу поверљивости трибуналних операција, и различити степен поверљивости који произилазе из решавања детаља процедуралних поступака (*Mistelis*, 2005:230). Упркос овим изазовима, постоји све већи нагласак на потреби за транспарентношћу како би се ојачала демократска легитимност арбитраже страних директних инвестиција.

У области арбитраже страних директних инвестиција (FDI) постојање правне забране веће отворености у арбитражним поступцима не постоји, а и није неопходно. Приватна природа арбитраже, иако често сматрана правилом, не имплицира да арбитража FDI мора нужно бити поверљива. Правила већине институција које се баве арбитражом страних директних инвестиција обично прописују приватност саслушања, али се ретко изјашњавају о питању поверљивости. Сагласност страна је кључна, и уколико стране изразе сагласност да арбитражни поступак буде поверљив, трибунал и институција су дужни поштовати ту сагласност.

У контексту FDI арбитраже, где се оспорава законитост суверених акција државе, а поставља се питање од јавног интереса, поверљивост постаје неприкладна. У овом специфичном контексту, транспарентност је од суштинског значаја. За разлику од међународне комерцијалне арбитраже, FDI арбитража није ограничена на комерцијалне интересе, већ се бави јавним интересом. Одсуство транспарентности у оваквим арбитражним поступцима може представљати кршење обавеза државе у заштити људских права.

Транспарентност је кључна не само због придonoшења демократској легитимности, већ и ради очувања непристрасности арбитра. Постојећи страхови од потенцијалне пристрасности арбитра према инвеститорима, у комбинацији са зависношћу арбитра о потенцијалним подносиоцима захтева, чине транспарентност још важнијом, како би се очувао интегритет арбитражног процеса.

Транспарентност у поступцима арбитраже страних директних инвестиција (FDI) кључна је са демократског гледишта. Недостатак транспарентности подрива способност заинтересованих страна да прате, процењују и прихвате дизајн система FDI управљања путем ПАи процесе арбитраже FDI општег карактера. Неким држављанима је, без њиховог знања, ефикасно одузето деловање државе или су ограничене регулаторне могућности, чиме се подрива ефикасност легитимних државних акција у јавном интересу и, стога, излазна легитимност државе. Као што је Џон Ругиуказао, „адекватна транспарентност у вези са људским правима и другим државним одговорностима од суштинског је значаја ако јавност треба бити свесна поступака који могу утицати на јавни интерес. Заиста, таква транспарентност лежи у самом темељу онога што Уједињене нације и друге овлашћени ентитети пропaгирају као начела добре управе“. (*Ruggie, 2008*)

Висок степен поверљивости који одржавају актуелни поступци арбитраже страних директних инвестиција такође спречава јавност да процени стварне перформансе арбитражних трибунала FDI и, стога, квалитет коначне одлуке. (*Jacob, 2010*) Када једна држава пристане на арбитражу, не може повући свој пристанак или ометати поступке путем неименовања арбитра, или се позивати на домаће поступке, што би представљало злоупотребу поступака. (*Kolo, 2010:46*) Држава мора подлећи принципу једнакости страна и несигурности повезаној с арбитражним трибуналом који има значајну интерпретативну и процедуралну моћ и овлашћење. Са демократског гледишта, поступци арбитраже FDI су вероватно неприкладан аранжман за управљање

комплексним јавним питањима и јавним интересима сваке државе појединачно.

4. Закључак

Данашњи комплексни систем управљања страним директним инвестицијама (FDI) неравнотежно је усмерен према инвеститору. Ова неправилност произилази из разноликости Међународних уговора о инвестицијама (IIA). IIA омогућују инвеститорима да директно оспоравају легитимне поступке државе домаћина пред арбитражним трибуналом за FDI, где арбитри, поседујући значајну интерпретативну моћ, доносе одлуке које се не могу преиспитати у меритуму. Такође, неправилности обухватају поступке арбитраже FDI који су обавијени непријатношћу, одигравајући се у оквиру поверљивости и лишени основних гаранција јавног приступа. Иако се често наглашава поверљивост поступка као значајан бенефит у моделу комерцијалне арбитраже и може бити главна привлачност за приватне стране директно укључене, та карактеристика није адекватна за арбитражу FDI јер нарушава способност заинтересованих страна да прате, процене и прихвате дизајн и стварно извођење поступка арбитраже FDI. Као што је већ поменуто, перспективе високих штета и тужби од стране сличних инвеститора подстичу „регулаторни застој“ у националној регулативи. Ово утиче на регулаторну аутономију државе, посебно на квалитет легитимне државне регулативе, као и на регулаторне изборе доступне државама и тиме на укупни легитимитет државе. Са демократске тачке гледишта, арбитража FDI стога није адекватан механизам за решавање сложених јавних питања и све будуће реформе треба усмерити ка томе да се FDI арбитражи мора ограничити могућност да одлучује о питањима јавног интереса државе.

Литература

- Alvarez, J. E. (2012). The Emerging Foreign Direct Investment Regime, 99 AM. Sec. Int'l L. (Proceedings of the Annual Meeting).
- Bijlmakers, S. (2012). Effects of foreign direct investment arbitration on a state's regulatory autonomy involving the public interest, in *The American Review of international Arbitration*, 2012, Vol. 23, No2.
- Choudhury, B. (2009). Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights, 46 *Alberta Law Review*, 983.

- Crookenden, S. (2009). Who Should Decide Arbitration Confidentiality Issues?, 25 *Arb. Int'l*.
- De Búrca, G. (2008). Developing Democracy Beyond the State, *Colum. J. Transn'l*.
- Jacob, M. (2010). *International Investment Agreements and Human Rights*, http://www.humanrights-business.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf, приступљено 18. 2. 2024.
- Juillard, P. (2008). *Variation in the Substantive Provisions and Interpretation of International Investment Agreements*, in: *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (5), eds. K.P. Sauvant, M. Chiswick-Patterson, Oxford University Press, <https://academic.oup.com/book/55014>
- Knahr, Ch. (2007). Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration, 23 *Arb. Int'l*.
- Kolo, A. (2010). Witness Intimidation, Tampering and Other Related Abuses of Process in Investment Arbitration: Possible Remedies Available to the Arbitral Tribunal, 26 *Arb. Int'l*.
- Legum, B. (2008). Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes, in: *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (15), OUP.
- Mistelis, L. A. (2005). *Confidentiality and Third Party Participation*, 21 *Arb. Int'l*.
- OECD (2005). Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures 2, (Working Papers on International Investment, Working Paper No. 2005/1).
- Paulsson, J. (2008). *Avoiding Unintended Consequences, in Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (16), OUP.
- Pham, Th. T. (2011). *The Impact of Treaty-Based Investment Protection Upon Host States' Regulatory Autonomy* (doctoral thesis), Faculty of Law, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven.
- Rubins, N., Kinsella, S. N. (2005). *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*,;
- Ruggie, J. (2008). *Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights*, Prof. John Ruggie to the UNCITRAL Working Group II (arbitration and reconciliation), 48th Session. New York.
- Salacuse, J. W. (2010). The Emerging Global Regime for Investment: A Response, 51 *Harv. Int'l L. J.*

Scharpf, Fritz W. (1999). *Governing In Europe: Effective And Democratic*;

Simmonds, Kenneth R. (1986). International Arbitration between States and Corporate Entities: A Cautionary Note, in *Contemporary Problems in International Arbitration* (ed. Julian D.M. Lew), Springer.

Sornarajah, M. (2008). *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, in *Appeals Mechanism in International Investment Disputes (4)*, OUP.

Suda, R. (2006). *The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization*, in TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND HUMAN RIGHTS (ed. O. de Schutter).

UNCTAD (2010). Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims, UNCTAD IIA Issues Note 2010.

UNCTAD (2010), World Investment Report 2010: Investing In A Low-Carbon Economy. World Investment Report, http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf, приступљено 10. 1.2024.

UNCTAD (2003), World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives at 111, <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2003>.

Van Harten, G., Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law, 17(1) *Eur. J. Int'l L.*

Waincymer, J. (2009). Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation, in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* 275, (eds. P.-M. Dupuy *et al.*), Oxford University Press.

Sudska praksa

Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID case No. ARB/96/1, 15 *ICSID Rev.-Foreign Investment L. J.*, 72, 192 (2000).

S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17. август 1923), http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm, приступљено 15. 1.2024.

Metalclad Corp. v. United Mexican States, Award, Aug. 30, 2000, 5 *ICSID Rep.* 226.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Final Award, 3 Sept. 2001, 9 *ICSID Rep.* 66

CME v. The Czech Republic, Partial Award, 13 Sept. 2001, 9 *ICSID Rep.* 121.

TéchnicasMedioambientalesTecmed SA. v. United Mexican States, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2 (2003).

Written Notification of Claim by Philip Morris Asia Limited at 10, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, 15 July 2012, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0664.pdf>.
Приступљено 15. 1.2024.

Magladena Krnjaić, LL.M.,
PhD student,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

**THE IMPACT OF INVESTMENT ARBITRATION ON STATE REGULATION IN
THE DOMAIN OF PROTECTING THE PUBLIC INTEREST**

Summary

Managing foreign investments today is deeply rooted in a complex network of investment and trade agreements. The significant increase in foreign direct investments (FDI) over the past two decades has been accompanied by a rise in the number of FDI arbitrations, which have become an important aspect of international economic policy. However, there is concern that these arrangements constrain national sovereignty, particularly in the regulatory autonomy of states. The article analyzes these issues, highlighting asymmetries in investment agreements and the phenomenon of "regulatory capture." Procedural shortcomings in the FDI arbitration process are also emphasized, indicating the exclusion of important state actions from international legal proceedings. From a democratic perspective, it is noted that FDI arbitration often employs mechanisms ill-suited for resolving complex public issues, which could jeopardize democratic values and the regulatory autonomy of states.

Keywords: *foreign investments, public interest, arbitration.*