

Пејтар М. Ђундић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

КИШОБРАН КЛАУЗУЛА У ИНВЕСТИЦИОНИМ СПОРОВИМА: ПИТАЊЕ ПЕРСОНАЛНОГ ДОМАШАЈА*

Сажетак: *Пићање шумачења кишобран клаузула – одредаба којима се државе уговорнице двостраних и вицестраних међународних уговора о заштити улаћања обавезују да ће поштовати све обавезе преузете у пољегу улаћања улаћача друге државе уговорнице – представља једно од најконтрoверзнијих питања у пракси решавања инвестиционих спорова. Од доношења арбитражне одлуке у предмету СГС против Филипина (SGS v. Philippines) која потврђује да повреда уговора између улаћача и државе може представљати повреду међународноправне обавезе државе исказане у кишобран клаузули, прају најори арбитражних судова и шужених држава да ораниче дејство које ове клаузуле имају. Циљ овог рада је да анализира праксу арбитражних судова која се односи на специфично питање персоналне домашаја кишобран клаузуле. Према садашњем стању арбитражне праксе, најзначајнија препрека за свих шужилаца чије шужбе се заснивају на кишобран клаузули иичу се схваћања да уговор између улаћача и државе производи дејство само за његове уговорне стране (inter partes). У одсуству кишобран клаузула са специфичним формулацијама, шужилац може засноваи свој шужбени захтев на уговору који је закључило његово зависно друштво или на уговору који је закључио са субјектом изван формалне државне структуре само ако је то предвиђено самим уговором или националним правом које је за тај уговор меродавно. Иако ово схваћање није ајсолуионо прихваћено*

* Рад је настао као резултат учешћа у научно-истраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду, Универзитет у Новом Саду.

у арбитражној пракси, оно доследно разликује обавезе државе настале применом националној права, са једне стране, од обавеза које своје порекло имају у међународном праву, са друге. Оно је, иакође, у складу са улоом коју арбитражни судови пружају праву државе пријема улања приликом примене осталих материјалноправних стандарда заштитне страних улања.

Кључне речи: кишобран клаузула, заштитна страних улања, инвестициони спорови, двострани споразуми о заштити улања.

1. УВОД

Поред стандардних клаузула којима се улагачу друге државе уговорнице гарантује заштита од незаконите експропријације, поштен и правичан третман улагања, пуна заштита и сигурност, национални третман или третман најповлашћеније нације, бројни двострани и поједини вишестрани међународни споразуми о заштити улагања садрже и одредбу којом држава пријема улагања јемчи поштовање свих обавеза које је преузела према улагањима или улагачима друге државе уговорнице. Одредбе ове врсте се често називају „кишобран клаузулама”, што је терминологија која би требало да укаже и на њихову намеравану сврху – да субјективна права улагача стечена на основу уговора са државом пријема или на други начин доведу под заштитни кишобран међународног споразума о заштити улагања.¹

Овакве клаузуле су садржане и у бројним двостраним споразумима о подстицању и заштити улагања Србије (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ). На пример, БИТ између Србије и Кувајта, у члану 3. став 6. предвиђа:

*Свака Страна уговорница ће поштовати сваку обавезу или обећање које је дала у погледу улања улача друге стране уговорнице на њеној територији.*²

Кишобран клаузуле не представљају нови феномен. Таква одредба је садржана у првом модерном БИТ-у, закљученом 1959. године између Немачке

¹ Вид. С. Schreuer, „Travelling the BIT Route (Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road)”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2/2004, 231-256, 250.

² Споразум између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2005). Различито формулисане варијанте овакве одредбе постоје у споразумима о заштити и подстицању улагања између Србије и следећих држава: Португал, Данска, Швајцарска, Финска, Либија, Албанија, Уједињено Краљевство, Шпанија, Словенија, Холандија, Аустрија, Гана, Хрватска, Грчка, Белорусија, Кина и Немачка. Вид. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/187/serbia>.

и Пакистана. Њихова намена је двострука. У супстанцијалном смислу, оне проширују заштиту која се пружа улагачима изван и преко обавеза државе пријема утврђених поменутих материјалноправним стандардима третмана у међународним споразумима о заштити улагања. Такође, у процедуралном смислу кишобран клаузуле могу да обезбеде заснивање надлежности арбитражног суда у случајевима када та надлежност иначе не би постојала. Наиме, поједини БИТ-ови предвиђају надлежност арбитражног суда само за спорове у вези са наводном повредом њихових одредби.³ Према општеприхваћеном схватању, повреда уговорне обавезе државе из уговора са страним улагачем не представља аутоматски повреду међународног права (укључујући ту и одредбе одговарајућег БИТ-а).⁴ У одсуству кишобран клаузуле, арбитражни суд не би могао да одлучује о спору између страног улагача и државе пријема улагања који би проистацао из, на пример, повреде уговора о концесији, заједничком пословном подухвату, БОТ аранжмана и слично. Другим речима, клаузуле овог типа служе томе да прошире овлашћења арбитражног суда на решавање чисто уговорних спорова између улагача и државе.⁵

Посматрано у историјском контексту, нема сумње да је кишобран клаузула нашла своје место у двостраним споразумима о заштити улагања управо због жеље да се улагачима који су закључивали уговоре са државом, као што су концесиони уговори, уговори о изградњи инфраструктуре или заједничкој експлоатацији природних богатстава, пружи додатна заштита тако што ће се повреда ових уговора од стране државе истовремено сматрати повредом међународног уговора који садржи кишобран клаузулу.⁶ Међутим, од тренутка када су се ове клаузуле нашле у центру пажње арбитражних судова и правне доктрине, траје спор у вези прецизним дефинисањем њиховог дејства.

Иако се кишобран клаузуле налазе у БИТ-овима још од половине XX века, дебата о њиховој способности да трансформишу уговорне спорове између улагача и државе у спорове на основу БИТ-а закљученог између државе пријема и државе порекла улагача започела је доношењем две арбитражне одлуке у предметима у којима је тужилац био исти – СГС против

³ Вид., на пример, члан 11. став 2. Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011).

⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), Decision on Annulment, 3 July 2002, пара. 96, 98.

⁵ A. Reinisch, C. Schreuer, *International Protection of Investments (The Substantive Standards)*, Cambridge 2020, 886.

⁶ Вид. А. С. Sinclair, „The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, 4/2004, 411-434, 415-418.

Пакистана (*SGS v. Pakistan*)⁷ и СГС против Филипина (*SGS v. Philippines*).⁸ Чињенична основа оба спора је била слична – у оба случаја је швајцарско друштво које је обављало услуге претходне инспекције приликом увоза робе у ове државе тврдило да су оне повредиле своје уговорне обавезе, па тиме и одговарајуће одредбе БИТ-а између Швајцарске и Пакистана, односно БИТ-а између Швајцарске и Филипина.

У предмету СГС против Пакистана, основни приговор Пакистана односио се на то да арбитражни суд нема надлежност да одлучује о тужбеном захтеву који је уговорног карактера – о наводном неовлашћеном раскиду уговора о пружању услуга од стране Пакистана, те на то да је овакав тужбени захтев обухваћен арбитражном клаузулом из самог уговора која је предвиђала арбитражу у Исламабаду, на основу пакистанског Закона о арбитражи.⁹ Са друге стране, тужилац је тврдио да се сви његови захтеви односе на повреду БИТ-а и да су засновани на овом инструменту.¹⁰ Арбитражни суд је нашао да је надлежан да одлучује о тужбеним захтевима који се односе на повреду материјалноправних стандарда заштите из БИТ-а,¹¹ али да се његова надлежност не простире на захтеве који су искључиво засновани на наводној повреди уговора, будући да њих тужилац мора поднети пред уговореним форумом.¹² У таквим околностима централно место у расправи је заузело тумачење члана 11. БИТ-а који гласи: „*Свака Спирана уговорница је дужна да константно гарантује поштовање обавеза које је прихватила према улађањима улађача групе Спиране уговорнице.*”¹³

Тужилац је истицао да поменута одредба трансформише повреду уговора према националном праву у повреду међународног права, тј. повреду релевантног БИТ-а.¹⁴ Арбитражно веће је одбило да кишобран клаузули пружи овакво дејство, примарно због неспремности да државама уговорницама наметне обавезе које би проистикале из доследног језичког тумачења одредбе. Према гледишту арбитражног суда, „обавезе” чије поштовање константно гарантује држава уговорница не би се могле ограничити на обавезе

⁷ *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, 6 August 2003.

⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, пара. 43-45.

¹⁰ *Ibid.*, пара. 83.

¹¹ *Ibid.*, пара. 155.

¹² *Ibid.*, пара. 160-162.

¹³ БИТ између Швајцарске и Пакистана (1995), чл. 11: „*Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.*” Текст доступан на: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/203/switzerland>.

¹⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, пара. 163.

уговорног карактера – оне би се односиле на једностране мере легислативног или управног карактера на свим нивоима власти.¹⁵ На тај начин би члан 11. увео готово неограничену одговорност држава уговорница.¹⁶ Свака повреда уговора са страним улагачем или повреда прописа локалног карактера би чинила повреду БИТ-а.¹⁷ Сви остали материјалноправни стандарди из овог споразума би постали сувишни, ако би се повреду БИТ-а било довољно показати да је прекршена обична уговорна обавеза или било који пропис.¹⁸ Исто се односи на одредбе о решавању спорова садржане у самом уговору између улагача и државе – држава никада не би могла да рачуна на обраћање уговорном форуму ако би улагач, по сопственом нахођењу, увек могао да покрене поступак пред међународним арбитражним судом на основу кишобран клаузуле.¹⁹ Арбитражно веће је оставило могућност да поменута одредба има дејство претварања повреде уговора у повреду БИТ-а, али да морају постојати „јасни и убедљиви” докази да су државе уговорнице желеле наступање оваквог ефекта, што у конкретним околностима није био случај.²⁰

Свега неколико месеци након доношења ове одлуке, арбитражни суд у предмету СГС против Филипина је заузео супротну позицију. Арбитражни суд у овом предмету је критиковао образложење у СГС против Пакистана, пре свега због пропуштања већа да одреди јасно значење кишобран клаузуле.²¹ Према схватању арбитражног суда у СГС против Филипина, кишобран клаузула из члана Х став 2. БИТ-а између Швајцарске и Филипина „значи оно *што каже*”,²² односно представља реализацију овлашћења којима државе уговорнице располажу – да обавезама које су преузеле према сопственом праву пруже међународноправну заштиту када то желе да учине.²³ Такође, пружање дејства кишобран клаузули је у складу са предметом и циљем наведеног БИТ-а: стварање и одржавање повољних услова за улагање у државама уговорницама.²⁴ Главни аргумент против пружања дејства клаузули из образложења у СГС против Пакистана – да клаузула може да учини одговорност држава неограниченом јер је у стању да претвори повреду било које обавезе према националном праву у повреду међународног права – арбитражно веће је отклонило инсистирањем на разликама у формулацији кишобран

¹⁵ *Ibid.*, пара. 166.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, пара. 168.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, пара. 167, 173.

²¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, пара. 125.

²² *Ibid.*, пара. 119.

²³ *Ibid.*, пара. 122.

²⁴ *Ibid.*, пара. 116.

клаузула из два БИТ-а. Према схватању овог арбитражног суда, члан X став 2. БИТ-а између Швајцарске и Филипина је уже формулисан: односи се на правне обавезе преузете према конкретном улагању улагача друге државе уговорнице, те се зато не може односити на обавезе општег карактера, као што су легислативне, управне и друге једностране мере.²⁵

Важан закључак арбитражног већа у СГС против Филипина је био да повреда уговорне обавезе од стране државе (у овом случају: одбијање Филипина да изврши плаћање на основу испостављених фактура за извршене услуге) може представљати повреду кишобран клаузуле из БИТ-а, али не доводи до измене права које је меродавно за уговор: да ли су Филипину повредили уговорну обавезу према тужиоцу и какав је обим те обавезе не зависи од одредаба БИТ-а, већ од одредаба самог уговора и права Филипина које је за њега меродавно.²⁶ Овај закључак је омогућио арбитражном суду да се у једном сагласи са гледиштем које је изнело веће у СГС против Пакистана: СГС не може да се позива на чињеницу да су Филипину повредили уговорну обавезу, а да истовремено игнорише своје обавезе из уговора. Наиме, уговор између СГС и Филипина је садржао одредбу која је предвиђала искључиву надлежност филипинских судова за све спорове поводом тумачења и извршења уговора. Према схватању арбитражног суда, чињеница да је тужилац игнорисао ову одредбу и да се обратио арбитражном суду под окриљем ИКСИД учинило је његову тужбу недопуштеном и довело до тога да она мора бити одбачена.²⁷

Схватање прихваћено у предмету СГС против Филипина – да повреда уговора закљученог са улагачем може да представља повреду обавезе утврђене кишобран клаузулом – данас је доминантно у арбитражној пракси.²⁸ Временом, дебата у вези са дејством које кишобран клаузула има на уговоре са страним улагачима замењена је дебатом о њеном домаћају и условима за примену клаузуле.²⁹ Реагујући на забринутост коју је у вези са домаћајем кишобран клаузуле изнело арбитражно веће у СГС против Пакистана, поједини арбитражни судови су покушали да на различите начине ограниче њену примену.³⁰ Тако се, на пример, понекад истиче да држава може повре-

²⁵ *Ibid.*, пара. 121.

²⁶ *Ibid.*, пара. 126, 127.

²⁷ *Ibid.*, пара. 154, 155.

²⁸ Вид. J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Third Edition, Oxford 2019, 375; B. Samson, „Umbrella Clauses and Contract Claims”, у књизи: H. Ruiz Fabri, E. Stoppioni (eds), *International Investment Law: An Analysis of Major Decisions*, Oxford 2022, 381-395, 386.

²⁹ K. Yannaca-Small, „Umbrella Clauses: Is the Umbrella Closing?”, у књизи: K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford 2018, 395-416, 401.

³⁰ Вид. S. Rubins, „Umbrella Clauses”, у књизи: B. Sabahi et al. (ed.), *Investor-State Arbitration*, Second Edition, Oxford, 2019 486-510, 509.

дити кишобран клаузулу само предузимањем акта суверене власти (*ex iure imperii*),³¹ али не и понашањем које не подразумева иступање са позиције власти (*ex iure gestionis*).³² Такође, поједини арбитражни судови истичу да тужба због наводне повреде кишобран клаузуле не може бити допуштена ако уговор у питању садржи клаузулу о искључивој надлежности другог форума за спорове из уговора.³³ Домашај кишобран клаузуле се ограничава и кроз тумачење да је, чак и када је формулисана тако да се односи на „сваку обавезу” (енгл. *any obligation*), њена примена ограничена на уговорне обавезе и не обухвата обавезе преузете општим законодавством, захваљујући формулацији да обавеза мора бити „*уписана*” (енгл. *entered into*).³⁴

Ипак, највећа препрека коју данас тужиоци у пракси морају да превазиђу како би позивање на кишобран клаузулу било успешно односи се на персонални домашај ове одредбе. Чињеница да повреда уговора начелно може да представља повреду кишобран клаузуле из релевантног БИТ-а још увек не значи да ће одговорност државе пријема бити установљена, ако тужилац не може да докаже да је држава носилац уговорне обавезе, односно да је улагач носилац субјективних права из тог уговора.

Циљ овог рада је да испита стање арбитражне праксе у вези са персоналним домашајем клаузуле, имајући у виду посебно два питања: да ли је могуће активирати кишобран клаузулу када је уговор закључен између државе и зависног друштва тужиоца, односно када уговор везује тужиоца, са једне

³¹ Вид., на пример, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, пара. 81; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пара. 309, 310.

³² Разлика између природе аката државе је сматрана ирелевантном за активирање кишобран клаузуле, између осталог, у следећим предметима: *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (*formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, пара. 190; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award, 10 February 2012, пара. 91.

³³ Вид. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, пара. 142; *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, пара. 251. Супротно гледиште, према којем клаузула о решавању спорова из уговора са државом не спречава улагача да покрене арбитражу због наводне повреде кишобран клаузуле присутно је у *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, пара. 172.

³⁴ Вид. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, пара. 51; *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, 17 December 2015, пара. 379. Слично тумачење је усвојено у низу одлука у тзв. соларним споровима против Шпаније, како би се тужиоцима ускратило позивање на кишобран клаузулу из чл. 10 Уговора о Енергетској повељи због накнадне измене прописа о субвенцијама од стране тужене државе. Вид. А. Reinisch, С. Schreuer, *op. cit.*, 900, 901.

стране, и уговорну страну која је повезана са државом пријема али има посебан правни субјективитет, са друге. Анализа ће показати да је схватање које у великом броју случајева онемогућава тужиоце да се позивају на повреду кишобран клаузуле због кршења уговорне обавезе од стране државе пријема, донекле парадоксално, засновано управо на образложењу одлуке у предмету СГС против Филипина.

2. КОМЕ СЕ ДУГУЈЕ ОБАВЕЗА ИЗ КИШОБРАН КЛАУЗУЛЕ?

У пракси страних улагања није неуобичајено да улагач реализује свој пословни подухват преко локалног, зависног привредног друштва. Будући да БИТ-ови најчешће укључују у појам улагања уделе или акције у привредном друштву, арбитражни судови су често суочени са тужбама власника удела или акција поводом мера државе пријема које непосредно погађају локално друштво. Као тужиоци се јављају улагачи са већинским или мањинским уделом, они који контролишу друштво директно или индиректно, посредством другог привредног друштва.³⁵ Због тога би се, на први поглед, могло очекивати да се улагачима допусти да се позивају на кишобран клаузулу у случају повреде уговора који је држава пријема закључила са друштвом у којем они имају уделе или акције.³⁶

Заиста, у неколико предмета у досадашњој арбитражној пракси арбитражни судови су прихватили могућност да се тужилац позове на повреду одговарајуће кишобран клаузуле када је њихово зависно друштво закључило уговор у питању.

2.1. Кишобран клаузула обухвата уговоре закључене између зависног друштва улагача и државе пријема улагања

Први случај у којем је арбитражно веће закључило да се дејство кишобран клаузуле простире и на уговоре у којима улагач није био уговорна страна је *Континентал Кежулти против Аргентине (Continental Casualty v. Argentina)*.³⁷ У овом спору је амерички тужилац тврдио, између осталог, да је Аргентина, предузимајући мере како би се изборила са финансијском кризом на почетку XXI века, повредила низ уговора закључених са зависним

³⁵ Вид. К. Yannaca-Small, Who is Entitled to Claim? The Definition of Nationality in Investment Arbitration, у књизи: К. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford, 2018, 223-265, 255.

³⁶ Вид. S. Hamamoto, Parties to the 'Obligations' in the Obligation Observance ('Umbrella') Clause, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, 2/2015, 449-464, 451.

³⁷ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

друштвом тужиоца (*CNA*) које је куповало и држало аргентинске државне обвезнице. Арбитражно веће је одбацило аргумент Аргентине да кишобран клаузула не штити тужиоца, будући да је титулар права из уговора *CNA* а не тужилац.³⁸ Према схватању арбитражног суда, текст одговарајуће одредбе која је успостављала обавезу државе уговорнице да поштује било коју обавезу „у *yoilegu* улаћања” (енгл. *with regard to investments*), значи да обавеза у питању може бити преузета према субјекту различитом од улагача, те да обавезе у односу на зависно друштво тужиоца у начелу нису искључене из поља примене кишобран клаузуле.³⁹

Језичко тумачење текста кишобран клаузуле било је темељ одлуке арбитражног суда и у предмету Супервизион против Костарике (*Supervision v. Costa Rica*).⁴⁰ У овом случају, уговор о концесији који је тужиоцем локалном друштву (*Riteve*), основаном са искључивом сврхом да буде носилац концесије, дао ексклузивно право да спроводи техничку инспекцију моторних возила на читавој територији Костарике, наводно је повређен када је Костарика предузела низ мера чија је главна последица била онемогућавање друге уговорне стране да периодично повећа цене својих услуга, у складу са уговором. Према одлуци арбитражног већа, донетој већином гласова, за постојање повреде кишобран клаузуле из шпанско-костариканског БИТ-а није потребно постојање директне уговорне везе између тужене државе и шпанског улагача, будући да одредба садржана у члану III (2) БИТ-а обавезује државу уговорницу да поштује обавезе преузете у *вези са улаћањем улајача друје државе уговорнице*.⁴¹ На тај начин је, према схватању већине, одредба довољно широка да у њено поље примене уђу и обавезе из уговора које је Костарика преузела према друштву у својини тужиоца.⁴²

Нешто другачије образложење довело је до истог резултата у једном од новијих предмета – Гардабани против Грузије (*Gardabani v. Georgia*).⁴³ Арбитражни суд је у овом случају такође закључио да не мора постојати директна

³⁸ *Ibid.*, пара. 293.

³⁹ *Ibid.*, пара. 297. Арбитражни суд је, међутим, одбио тужбени захтев који се односио на наводну повреду кишобран клаузуле, нашавши да Аргентина није одговорна за њену повреду на основу члана XI БИТ-а који искључује одговорност држава уговорница за мере предузете у стању нужде. Вид. пара. 303.

⁴⁰ *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/12/4, Final Award, 17 January 2017.

⁴¹ *Ibid.*, пара. 287.

⁴² *Ibid.* За гледиште да кишобран клаузула не захтева директну уговорну везу између улагача и државе ако гарантује поштовање обавезе „у *вези са улаћањем*”, види, такође, *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, пара. 938, 939, 942.

⁴³ *Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/17/29, Final Award, 21 November 2022.

уговорна веза између тужиоца и тужене државе да би дошло до повреде кишобран клаузуле.⁴⁴ Међутим, околности спора се у овом предмету биле специфичне: арбитражни суд је нашао да је Грузија преузела уговорне обавезе према тужиоцима, два холандска привредна друштва која су пословала у сектору дистрибуције електричне енергије, тако што је уговор закључила са њиховим матичним друштвом, руском холдинг компанијом (*Inter RAO*).⁴⁵ Образложење у овом предмету је у извесној мери конфузно. Наиме, иако арбитражно веће прво наводи да члан 3(4) холандско-грузијског БИТ-а захтева да обавеза државе пријема буде преузета према *улађању* држављана друге државе уговорнице,⁴⁶ закључак да се кишобран клаузула може применити и на тужиоца који није уговорна страна заснован је на тумачењу према којем је уговор изричито предвиђао права за овог *улађача*.⁴⁷ Уговор који је матично друштво тужилаца закључило са Грузијом 2013. године, предвиђао је обавезу државе да надокнади штету коју би тужиоци (њихова зависна друштва) претрпела у случају накнадне измене прописа од стране Грузије.⁴⁸ Према томе, из образложења одлуке у овом предмету произлази да кишобран клаузула штити и улагача/тужиоца који није тај уговор закључио са државом пријема, али под условом да уговор изричито установљава извесна права у његову корист.

Као аргумент да *inter partes* дејство уговора не спречава активирање кишобран клаузуле, у арбитражној пракси се често користи неколико одлука које се не тичу потенцијалне повреде уговора са зависним друштвом улагача, већ се у суштини односе на легислативну интервенцију или управне акте државе пријема којима су повређена субјективна права тужиоцевог зависног друштва. Тако је, на пример, арбитражни суд у предмету ЦМС против Аргентине (*CMS v. Argentina*) нашао да се кишобран клаузула из америчко-аргентинског БИТ-а примењује на ситуацију у којој је Аргентина једнострано изменила услове садржане у дозволи за рад аргентинског друштва за дистрибуцију природног гаса (TGN), у мањинском власништву америчког улагача.⁴⁹ Иако се међу странама у спору одвијала дискусија у вези са тим да ли је легислативна реакција Аргентине на економску кризу (замрзавање тарифа за дистрибуцију гаса и промена начина обрачуна тарифа), представљала повреду гаранција датих улагању тужиоца на основу закона или на основу специфичног уговора (услова дозволе издате декретом),⁵⁰ арби-

⁴⁴ *Ibid.*, пара. 696.

⁴⁵ *Ibid.*, пара. 689.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, пара. 696.

⁴⁸ *Ibid.*, пара. 697, 698.

⁴⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пара. 303.

⁵⁰ *Ibid.*, пара. 297, 298.

тражно веће није сматрало да је ова разлика значајна. Без пружања детаљног објашњења, веће је закључило да је Аргентина повредила законске и уговорне обавезе према улагању, повредивши тиме и кишобран клаузулу.⁵¹ До истог резултата у врло сличним околностима дошли су арбитражни судови у предметима Енрон против Аргентине (*Enron v. Argentina*)⁵² и Семпра против Аргентине (*Sempra v. Argentina*).⁵³

2.2. Кишобран клаузула не штити уговоре закључене између зависног друштва улагача и државе пријема улагања

Са друге стране, већина арбитражних судова прихвата схватање да уговори који су основа тужбених захтева заснованих на повреди кишобран клаузуле имају *inter partes* дејство, без обзира на то што се у већини оваквих одредби обавезе преузимају у вези са улагањем или у погледу улагања.

У појединим одлукама арбитражни судови одбијају да прихвате ослањање улагача на уговорна права њихових зависних друштава без опширног објашњења, уз констатацију да држава пријема није преузела обавезу према субјекту који није уговорна страна. Тако је, на пример, арбитражно веће одбило тужбени захтев америчког улагача заснован на кишобран клаузули, због тога што је уговор о концесији који је наводно повређен био закључен између аргентинског друштва у индиректном власништву улагача (*ABA*) и провинције Буенос Аирес.⁵⁴ Према гледишту арбитражног већа, нису постојале обавезе које је Аргентина преузела према тужиоцу – чак и када би се прихватило да концесиони споразум који је закључила провинција може да обавезује Аргентину, друга уговорна страна овог споразума није био Азурик (тужилац) већ *ABA* (тужиочево зависно друштво).⁵⁵

У предметима као што су БГ Груп против Аргентине (*BG Group v. Argentina*),⁵⁶ Сименс против Аргентине (*Siemens v. Argentina*)⁵⁷ и Дјук Енерџи против Еквадора (*Duke Energy v. Ecuador*)⁵⁸ је такође прихваћено, без улажења

⁵¹ *Ibid.*, пара. 303.

⁵² *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic)*, Award, 22 May 2007, пара. 275-277.

⁵³ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16*, Award, 28 September 2007, пара. 313, 314.

⁵⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12*, Award, 14 July 2006, пара. 384.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL*, Final Award, 24 December 2007, пара. 361-363.

⁵⁷ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8*, Award, 17 January 2007, пара. 204, 205.

⁵⁸ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19*, Award, 18 August 2008, пара. 323.

у нормативни основ оваквог тумачења, да се улагач не може позивати на субјективна права из уговора који није сам закључио.

Гледиште да се улагач, у контексту кишобран клаузуле, не може позивати на обавезе које је држава пријема преузела према његовом зависном друштву је први пут подробије објашњено у одлуци коју је донео *ad hoc* комитет у предмету ЦМС против Аргентине. Комитет је делимично поништио одлуку арбитражног суда о којој је раније било речи, управо због пропуштања арбитражног већа да објасни на који начин је установило да се тужилац може позивати на повреду кишобран клаузуле због повреде обавезе коју је Аргентина преузела према његовом зависном друштву.⁵⁹

Из образложења арбитражне одлуке која је била предмет захтева за поништај произлази да је арбитражни суд прећутно усвојио тумачење према којем је ЦМС могао да се позива на повреду обавеза које је тужена држава преузела према његовом зависном друштву, због тога што је кишобран клаузула гарантовала поштовање обавеза „у *идолегу* улагања”, иако аргентинско право на основу кога је предметна дозвола била издата овом друштву није пружало тужиоцу, као мањинском власнику, овлашћење да захтева остваривање субјективних права свог зависног друштва.⁶⁰ Међутим, како арбитражно веће нигде у одлуци није размотрило и објаснило овакво тумачење, овај део одлуке је поништен.⁶¹ Много значајније за предмет овог рада – комитет је истакао и да је тумачење да се кишобран клаузула активира на основу обавезе која се дугује другом лицу само зато што релевантна клаузула говори о обавезама у погледу улагања повезано са „*значајним ишецкоћама*.”⁶²

Према схватању *ad hoc* комитета, захтев предметне кишобран клаузуле да обавеза буде прихваћена (енгл. *entered into*) означава да мора бити у питању својеволно прихваћена обавеза.⁶³ Такве обавезе немају дејство *erga omnes* већ се преузимају према конкретном субјекту.⁶⁴ Кишобран клаузула нема дејство које би омогућило да претвори обавезу на коју се ослања у нешто друго, тј. садржина ове обавезе и право које је за њу меродавно остају непромењени.⁶⁵ Последично, обвезник и носилац права које кореспондира са том обавезом се не могу променити деловањем кишобран клаузуле.⁶⁶

⁵⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, пара. 96.

⁶⁰ *Ibid.*, пара. 94.

⁶¹ *Ibid.*, пара. 97.

⁶² *Ibid.*, пара.

⁶³ *Ibid.*, пара. 95(a).

⁶⁴ *Ibid.*, пара. 95(b).

⁶⁵ *Ibid.*, пара. 95(c).

⁶⁶ *Ibid.*

Схватање о утицају права меродавног за уговор између улагача и државе на примену кишобран клаузуле изнето у поменутој одлуци о поништају није потпуно ново. У предмету СГС против Филипина – првој арбитражној одлуци која недвосмислено прихвата да повреда уговора може представљати повреду кишобран клаузуле – овај утицај је објашњен на сличан начин. Према схватању овог арбитражног већа, кишобран клаузула не може да претвори свако кршење обећања државе у повреду међународног уговора.⁶⁷ Клаузула не може да трансформише питања уговорног права у питања која се односе на примену међународног уговора.⁶⁸ Посебно не може да примену националног права које је меродавно за уговор замени применом међународног права.⁶⁹ У вези са сврхом конкретне кишобран клаузуле веће је навело следеће:

„Члан X(2) се не односи на **домаћиј** обавеза које су **преузете** у **попледу** конкретних улагања већ на **извршавање** ових обавеза, када су оне једном **ушврћене**.”⁷⁰

У предмету Барлингтон против Еквадора (*Burlington v. Ecuador*), арбитражно веће се детаљно бавило питањем неопходности постојања директне уговорне везе између тужиоца и државе пријема за примену кишобран клаузуле. Клаузула из америчко-еквадорског БИТ-а је предвиђала дужност држава уговорница да поштују сваку обавезу коју су преузеле у погледу улагања.⁷¹ Амерички улагач се позивао на повреду кишобран клаузуле због наводне повреде низа уговора о заједничкој експлоатацији нафтних извора од стране државе. Међутим, као страна у овим уговорима није се јављао тужилац, већ неколико еквадорских друштава у индиректној својини америчког улагача.

Одлука која је донета већином гласова арбитра полази од тога да је „**обавеза**” кључна реч у релевантној клаузули.⁷² Образложење се заснива на два елемента која, према мишљењу већине арбитражног већа, ближе одређују уобичајени смисао овог термина. Прво, постојање обавезе кореспондир са постојањем права другог субјекта.⁷³ Када постоји носилац обавезе, нужно мора постојати и корисних права које та обавеза рађа.⁷⁴ Друго, обавеза не може постојати у вакуму – она је подређена меродавном праву.⁷⁵ У случају

⁶⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, пара. 126.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* Нагласак у оригиналу.

⁷¹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador))*, Decision on Liability, 14 December 2012, пара. 211.

⁷² *Ibid.*, пара. 214.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

уговора који су били предмет разматрања у овом спору, меродавно право је право Еквадора.⁷⁶ С обзиром на то да Барлингтон у конкретном случају није чак ни тврдио да, према еквадорском праву, матично друштво може да непосредно остварује уговорна права својих зависних друштава, арбитражни суд није прихватио надлежност да одлучује о повреди ових уговорних права на основу кишобран клаузуле.⁷⁷ У образложењу се такође наводи да већина арбитражних судова под окриљем Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*) инсистира на постојању директне уговорне везе између улагача и државе пријема, као предуслову за примену кишобран клаузуле.⁷⁸

Ставове изнете у овом спору прихвата и арбитражно веће у предмету ВНЦ Факторинг против Чешке Републике (*WNC Factoring v. The Czech Republic*).⁷⁹ У овом спору се тужилац из Уједињеног Краљевства ослањао на кишобран клаузулу уз тврдње да је Чешка повредила уговор о приватизацији закључен са локалним привредним друштвом тужиоца. Арбитражном већу није било тешко да одбије захтев тужиоца, с обзиром на специфичну формулацију кишобран клаузуле из релевантног БИТ-а – она је предвиђала дужност држава уговорница да поштују обавезе преузете у конкретним уговорима који су закључени са *улајачима* друге државе уговорнице.⁸⁰ С обзиром на то да чешко друштво преко којег је тужилац купио акције у приватизацији није било улагач друге државе уговорнице, уговор о продаји акција закључен са њим није био „*конкретан уговор*” заштићен кишобран клаузулом.⁸¹

Међутим, арбитражни суд је истакао да би резултат био исти и да је клаузула формулисана шире, односно да успоставља дужност поштовања обавезе у погледу улагања.⁸² Овде се ваља присетити да су поједини арбитражни судови користили формулације које говоре о обавезама „*у њојлегу улајања*” или „*у вези са улајањима*” да би дозволили позивање на кишобран клаузулу улагачима који нису непосредно закључили уговор са државом пријема.⁸³ Веће се сагласило са ставом изнетом у случају Барлингтон против Еквадора, да национално право меродавно за уговор одређује садржину обавезе и субјекта који може захтевати остваривање права из уговора, односно да формулација „*у њојлегу улајања*” служи томе да објасни о којој се

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, пара. 215, 234.

⁷⁸ *Ibid.*, пара. 233.

⁷⁹ *WNC Factoring Limited v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017.

⁸⁰ *Ibid.*, пара. 314.

⁸¹ *Ibid.*, пара. 318-320.

⁸² *Ibid.*, пара. 335.

⁸³ Вид., на пример, *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, пара. 297.

обавези ради, али да не може да ову обавези створи ако она не постоји према меродавном праву.⁸⁴

Образложење у предмету Барлингтон у вези са правом меродавним за садржину уговорне обавезе и питање коме се обавеза дугује у контексту кишобран клаузуле је прихваћено и у арбитражним одлукама донетим у последњих неколико година.⁸⁵ Гледиште је засновано на схватању да се сваки уговор мора посматрати из перспективе правног поретка на којем заснива своје постојање и који одређује идентитет његових уговорних страна.⁸⁶ Ако кишобран клаузула не може да има дејство да трансформише уговорну обавезу регулисану националним правом у обавезу регулисану међународним правом, односно не може да промени извор, природу и домаћај који обавеза има у националном праву,⁸⁷ онда је потпуно логичан закључак да су и носилац обавезе и корисник кореспондирајућег субјективног права такође утврђени правом меродавним за уговор.

Мањинска позиција је сумирана у издвојеном мишљењу арбитра Орега Викуње (*Orrego Vicuña*) у предмету Барлингтон и она се, у суштини, заснива на тврдњи да БИТ који пружа заштиту индиректним улагачима (власницима удела или акција у привредном друштву) мора допустити овим улагачима и да остваре права која на основу уговора са државом пријема припадају њиховим зависним друштвима.⁸⁸ Међутим, она занемарује чињеницу да не морају нужно сви стандарди заштите присутни у БИТ-у имати

⁸⁴ *WNC Factoring Limited v. The Czech Republic*, пара. 336, 337. Арбитражно веће цитира део образложења у предмету Барлингтон: *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, пара. 214, 216, 217.

⁸⁵ Вид. *Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/32, Award, 23 May 2023, пара. 395-397 (наведено према: *Ahron G. Frenkel v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/20/49, Award, 29 January 2025, пара. 193; *Rasia FZE and Joseph K. Borkowski v. Republic of Armenia*, ICSID Case No. ARB/18/28, Award, 20 January 2023, пара. 420.

⁸⁶ *Rasia FZE and Joseph K. Borkowski v. Republic of Armenia*, пара. 420.

⁸⁷ Вид. J. W. Salacuse, *op. cit.*, 367.

⁸⁸ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Dissenting Opinion of Arbitrator Orrego Vicuña, 8 November 2012, пара. 8: „I regret not to be able to agree with the Decision’s conclusion that while some Treaty provisions protect both direct and indirect investments, such as expropriation, on other matters, such as the umbrella clause, the scope of the protection is different and does not apply to indirect investments lacking the privity requirement. The Treaty does not make that distinction and if this had been the intention it would have had to be spelled out. A tribunal is not empowered to write into the treaty what the parties have not agreed to. Moreover, in my submission such interpretation is at odds with the rule governing interpretation of treaties under Article 31 (1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, particularly in so far the role of the ordinary meaning of the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose is concerned.”

идентичан домашај.⁸⁹ Као што истиче арбитражни суд у предмету Рација против Јерменије (*Rasia v. Armenia*) – деоничари или акционари, као индиректни улагачи, често имају могућност да истакну тужбене захтеве непосредно и у своје име када су у питању други стандарди заштите улагања, али то не могу учинити када је реч о кишобран клаузули у одсуству директне уговорне везе са државом пријема и ако им специфична формулација клаузуле то не допушта.⁹⁰ Због тога не изненађује чињеница да су данас арбитражни судови који инсистирају на постојању директне уговорне везе између улагача и државе пријема у већини.⁹¹

Ипак, подразумева се да је потребно имати у виду саму формулацију клаузуле која се налази у БИТ-у. Као што се може закључити из претходног излагања, одређење да се обавеза преузима у погледу улагања или у вези са улагањем данас, готово извесно, не може да омогући позивање улагача на права из уговора друштва које он контролише или има у својини. Управо због тога се у модел БИТ-овима појединих држава налазе кишобран клаузуле које улагачима недвосмислено пружају поменуто овлашћење.⁹²

3. КО ЈЕ НОСИЛАЦ ОБАВЕЗЕ ИЗ КИШОБРАН КЛАУЗУЛЕ?

Уговоре са страним улагачима у савременим условима често закључују правна лица која се могу назвати парадржавним субјектима: привредна друштва у својини државе, агенције или друга тела којима је држава пријема поверила вршење јавних овлашћења. Такође, државе се могу наћи на удару тужби у инвестиционој арбитражи на основу уговора које су закључиле локалне или регионалне власти. Имајући у виду чињеницу да ови субјекти често поседују засебан правни субјективитет и способност за закључење уговора према националном праву, у контексту примене кишобран клаузуле је актуелно питање да ли уговорне обавезе које они преузимају везују државу пријема улагања.

⁸⁹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)), Decision on Liability, пара. 218.*

⁹⁰ *Rasia FZE and Joseph K. Borkowski v. Republic of Armenia, пара. 421.*

⁹¹ Вид. L. Carroll, *What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?*, *Journal of International Arbitration*, vol. 40, 2/2023, 125-154, 137.

⁹² На пример, Модел БИТ Италије (2024), у чл. 13 изричито наводи да се заштита предвиђена кишобран клаузулом простире и на обавезе државе преузете према заштићеном улагању улагача: „*Where a Party has entered into any written commitment with investors of the other Party or with their covered investments, that Party shall not breach the said commitment through the exercise of governmental authority.*” Нагласак аутора. Сличну одредбу садржи и чл. 12 Модел БИТ-а Белгијско-луксембуршке Економске уније (2019). Текстови доступни на: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

Као и код проблема који се односи на статус и субјективна права инвеститора у вези са уговором који је закључен између његовог зависног друштва и државе пријема, суштинско питање је овде идентично, без обзира на то што га арбитражни судови најчешће не формулишу изричито: да ли носиоца уговорне обавезе на коју се односи кишобран клаузула одређује право државе пријема улагања или међународно право?

Већина арбитражних судова, полазећи од схватања да право меродавно за уговор (право државе пријема улагања) одређује носиоце уговорних обавеза, прихвата да кишобран клаузула не може једноставно претворити уговорну обавезу субјекта који располаже засебним правним субјективитетом у обавезу државе.

3.1. Кишобран клаузула не обухвата уговорне обавезе које није непосредно преузела држава пријема улагања

Поједини арбитражни судови истичу да држава не може бити одговорна за уговорне обавезе других субјеката, без улажења у детаљније објашњење заузетих ставова. На пример, у већ поменутом предмету Азурикс против Аргентине, арбитражно веће је закључило да ниједна од уговорних страна уговора о концесији (провинција Буенос Аирес и локално друштво тужиоца) нису део арбитражног поступка, да уговорна обавеза коју је аргентинска провинција преузела није обавеза Аргентине, те да нема обавезе коју би тужена држава гарантовала америчком улагачу у смислу релевантне кишобран клаузуле.⁹³

Детаљније је образложење о овом питању у предмету Импређило против Пакистана (*Impregilo v. Pakistan*). Овде је италијанско друштво, у својству носиоца конзорцијума, закључило два уговора о извођењу одређених грађевинских радова са Пакистанским властима за развој воде и енергије (*Pakistani Water and Power Development Authority – WAPDA*).⁹⁴ Иако БИТ између Италије и Пакистана није садржао кишобран клаузулу, тужилац се позивао на клаузулу најповлашћеније нације из овог споразума, како би се користио кишобран клаузулом из швајцарско-пакистанског БИТ-а.⁹⁵ Арбитражно веће је сматрало да нема потребе да се изјашњава о могућности да кишобран клаузула буде „увезена” применом клаузуле најповлашћеније нације, имајући у виду да, чак и када би то било могуће, ова клаузула не може да се примени на обавезе које није преузео Пакистан, већ је то учинило посебно правно лице.⁹⁶

⁹³ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, пара. 384.

⁹⁴ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, para. 13.

⁹⁵ *Ibid.*, пара. 220.

⁹⁶ *Ibid.*, пара. 223.

Нешто раније, веће је анализом прописа на основу којег је *WAPDA* установљено, нашло да је у питању лице које има засебан правни субјективитет, те да је у правном и финансијском смислу различито од Пакистана, без обзира на то што је пакистанска Влада остваривала стриктну контролу над његовим деловањем.⁹⁷

Из одлуке донете у овом спору следи да право државе пријема које је меродавно за уговор, одређује и то да ли је дотична држава везана уговором који је закључио други са њом повезан субјект. На пример, ако је прописима који регулишу статус државних предузећа предвиђено да она имају посебан правни субјективитет и одвојену правну личност у односу на државу, те да могу самостално преузимати уговорне обавезе и за њих одговарати, уговорна обавеза друштва у државној својини неће представљати обавезу која активира кишобран клаузулу.⁹⁸

Овакво гледиште су заузели и арбитражни судови у предметима *Хаместер против Гане (Hamester v. Ghana)* и *Гавриловић против Хрватске (Gavrilovic v Croatia)*. У првом од њих се немачки улагач позивао на наводну повреду уговора о заједничком пословном подухвату који је закључио са Одбором за какао Гане (*Ghana Cocoa Board – Cocobod*), комерцијалним правним лицем којем су законом била поверена извесна јавна овлашћења, укључујући ту и доношење прописа за регулисање тржишта какаоа.⁹⁹ Арбитражно веће је нашло да уговорне обавезе овог лица, с обзиром на то да оно има посебан правни субјективитет у односу на државу пријема, не могу представљати обавезе Гане у смислу кишобран клаузуле из релевантног БИТ-а.¹⁰⁰ Слично томе, обавезе из уговора о куповини удела привредних друштава у стечају, закљученог између аустријског улагача и стечајног управника, арбитражни суд није сматрао обавезама тужене државе у смислу релевантне кишобран клаузуле.¹⁰¹ Претходном анализом прописа на снази у Хрватској у време када је уговор о куповини удела закључен (1991. године), арбитражно веће је закључило да су продавци удела у предузећима у друштвеној својини могли бити једино сама друштва која је представљао стечајни управник, а не Хрватска.¹⁰² У оба ова предмета, арбитражни судови су инсистирали и на чињеници да се тужене државе нису јавиле као потписнице предметних

⁹⁷ *Ibid.*, пара. 209.

⁹⁸ Вид. *William Nagel v. The Czech Republic*, SCC Case No. 049/2002, Final Award, 9 September 2003, пара. 162, 163.

⁹⁹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, пара. 22, 190.

¹⁰⁰ *Ibid.*, пара. 348.

¹⁰¹ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 25 July 2018, пара. 1159.

¹⁰² *Ibid.*, пара. 853.

уговора, да нису именоване као уговорне стране, али да, исто тако, из уговора није проистицала ни намера да државе преузму улогу уговорница.¹⁰³

Садржина уговора и улога коју његове одредбе дају држави пријема је била кључна за одлуку у предмету *Гаранти Коза против Туркменистана (Garanti Koza v. Turkmenistan)*.¹⁰⁴ Приликом примене кишобран клаузуле из БИТ-а између Уједињеног Краљевства и Туркменистана, арбитражно веће је анализу започело констатацијом да је право меродавно за уговор (право Туркменистана) меродавно за утврђивање да ли је настала обавеза коју је тужена држава преузела према тужиоцу и за одређивање њеног домаћаја.¹⁰⁵ Међутим, у наставку анализе арбитражно веће се не бави статусом који у туркменистанском праву има привредно друштво са којим је тужилац закључио уговор о извођењу грађевинских радова, већ констатује да је веза између уговора и Владе Туркменистана видљива на основу текста самог уговора: према његовим одредбама, државно предузеће које га је закључило је „*истицуйало у име Владе Туркменистана*.”¹⁰⁶ Ова чињеница је за арбитражно веће била довољна да закључи како је уговорна обавеза предузећа да изврши плаћања по извесним фактурама за извршене радове, обавеза коју је преузео Туркменистан, те да пропуштање да се ова обавеза изврши представља повреду кишобран клаузуле.¹⁰⁷

Из ових примера је јасно да, уопштено посматрано, арбитражни судови показују оклевање да улагачима дозволе позивање на повреду кишобран клаузуле ако уговорну обавезу у питању није непосредно преузела држава пријема.¹⁰⁸

Ипак, у жељи да омогуће ширу заштиту инвеститорима, поједини арбитражни судови инсистирају на примени правила међународног права на утврђивање носиоца обавезе на коју се односи кишобран клаузула. Ово се примарно огледа у схватању да правила о приписивању аката држави, кодификована у Члановима о одговорности држава за међународно противправне акте Комисије Уједињених нација за међународно право (2001),¹⁰⁹ морају да се примене на одређивање носиоца обавезе из клаузуле.

¹⁰³ *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, пара. 347; *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, пара. 852.

¹⁰⁴ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Award, 19 December 2016.

¹⁰⁵ *Ibid.*, пара. 331.

¹⁰⁶ *Ibid.*, пара. 335.

¹⁰⁷ *Ibid.*, пара. 354.

¹⁰⁸ Вид. А. Reinisch, С. Schreuer, *op. cit.*, 905.

¹⁰⁹ International Law Commission, Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. A/RES/56/83 (2001), 53 UN GAOR Supp. (No. 10) at 43, Supp. (No. 10) A/56/10 (IV.E.1), 03/08/2001.

3.2. Примена правила међународног права о приписивању аката држави на одређивање персоналног домаћаја кишобран клаузуле

Идеја која стоји иза примене правила међународног права о приписивању аката држави на одређивање уговора који спадају у домаћај кишобран клаузуле је једноставна и наизглед логична: ако је уговор закључило лице чије се деловање може приписати држави пријема на основу Чланова о одговорности држава, уговорна обавеза настала на тај начин је обавеза државе.

Нобл Венчрс против Румуније (*Noble Ventures v. Romania*) представља спор у којем је арбитражно веће недвосмислено прихватило схватање да се правила међународног права која се односе на приписивање аката држави не односе само на утврђивање да ли је држава одговорна за повреду одговарајућих материјалноправних стандарда заштите улагања из БИТ-а, већ и на питање да ли уговорна обавеза коју је преузео субјект изван државне структуре обавезује државу пријема у контексту кишобран клаузуле.¹¹⁰ Спор се, између осталог, тичао наводне повреде уговора о приватизацији закљученог између америчког инвеститора и румунског Државног имовинског фонда,¹¹¹ правног лица којем је румунским Законом о приватизацији било поверено спровођење поступка приватизације државних предузећа. Тужилац је тврдио да је Румунија одговорна за повреду уговора на основу кишобран клаузуле из америчко-румунског БИТ-а,¹¹² према којој су државе уговорнице дужне да поштују сваку обавезу које су преузеле у погледу улагања.¹¹³

Арбитражно веће је сматрало да правила која се односе на приписивања аката држави у овом случају морају да се примене не само на питање да ли су акти и пропуштања правних лица надлежних за спровођење приватизације (Државног имовинског фонда и његовог правног следбеника) који чине наводну повреду БИТ-а приписиви Румунији, већ нарочито и на питање да ли је Румунија *закључила уговор о приватизацији*.¹¹⁴ С обзиром на то да је Државни имовински фонд, према схватању арбитражног суда, у току читаве приватизације поступао као носилац овлашћења које му је држава поверила у смислу члана 5. Чланова о одговорности држава,¹¹⁵ закључење уговора о приватизацији се такође може приписати држави.¹¹⁶ На закључак арбитражног већа није утицао аргумент Румуније да тело овлашћено за спровођење приватизације, према румунским прописима, има засебну правну личност у односу на државу, те да Румунија није везана уговорима које оно закључује.¹¹⁷

¹¹⁰ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

¹¹¹ *Ibid.*, пара. 2.

¹¹² *Ibid.*, пара. 43.

¹¹³ *Ibid.*, пара. 46.

¹¹⁴ *Ibid.*, пара. 68.

¹¹⁵ *Ibid.*, пара. 79.

¹¹⁶ *Ibid.*, пара. 86.

¹¹⁷ *Ibid.*, пара. 66.

Неколико одлука у арбитражној пракси следи идеју да се правила о приписивању аката држави из међународног права могу користити за одређивање носилаца уговорне обавезе у контексту кишобран клаузула.¹¹⁸ Међутим, овакав приступ је готово једнодушно одбачен у правној доктрини. Тако, на пример, Џејмс Крофорд (*James Crawford*), специјални извештач Комисије УН за међународно право у време усвајања коначног текста Чланова о одговорности држава за међународно противправне акте, наводи да правила о приписивању аката држави немају никакве везе са питањем уговорне одговорности,¹¹⁹ односно да одговорност за испуњење уговорних обавеза зависи од националног права које је меродавно за уговор, а не од питања да ли се повреда међународноправне обавезе од стране неког субјекта може приписати држави према правилима међународног права.¹²⁰ Другим речима, правила међународног права о приписивању аката држави се примењују на повреде међународноправних обавеза, а обавезе на које се односи кишобран клаузула настају на основу националног права.¹²¹ Због тога примена правила о приписивању не може створити обавезу за државу која се не сматра уговорном страном на основу сопственог националног права или права које су уговорне стране изабрале као меродавно за свој уговор.¹²² Ако уговорна обавеза не припада држави, акт њене повреде је ирелевантан у контексту кишобран клаузуле.¹²³

Да правила међународног права о приписивању аката држави немају утицај на одређивање носиоца уговорне обавезе која је предмет кишобран

¹¹⁸ *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010, пара. 424 (хотел у државној својини који је закључио уговор о радовима на реновирању са тужиоцем није, према схватању арбитражног суда, поступао као државни орган приликом закључења уговора, те Украјина није преузела уговорне обавезе према тужиоцу); *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, пара. 246 (раскид уговора о извођењу грађевинских радова између једног од тужилаца и државног универзитета не представља повреду кишобран клаузуле, будући да се акти универзитета не могу приписати Украјини). Вид., такође, *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award, 19 August 2005, пара. 134, 246.

¹¹⁹ J. Crawford, „Treaty and Contract in Investment Arbitration”, *Arbitration International*, 2008, vol. 24, 3/2008, 351-374, 363.

¹²⁰ J. Crawford, „Investment Arbitration and ILC Articles on State Responsibility”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, 1/2010, 127-199, 134. Вид., поред тога, M. Feit, „Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity”, *Berkely Journal of International Law*, vol. 28, 1/2010, 142-177, 154; S. Hamamoto, *op. cit.*, 462, 463; Z. Douglas, „Umbrella Clause Revisited”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, 2/2023, 472-483, 480; L. Carroll, *op. cit.*, 139-140. Такође, A. Reinisch, C. Schreuer, *op. cit.*, 905: аутори наводе да је примена правила о приписивању аката држави „врло проблематична.”

¹²¹ L. Carroll, *op. cit.*, 139.

¹²² *Ibid.*

¹²³ N. Gallus, „An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clause and the Parties to a Contract”, *Arbitration International*, vol. 24, 1/2008, 157-170, 166.

клаузуле недвосмислено је прихваћено у значајном броју арбитражних одлука.

У предмету ЕДФ против Румуније (*EDF v. Romania*), арбитражни суд је прво закључио да се поступање аеродрома у државној својини и државног авио-превозника може приписати Румунији у складу са Члановима о одговорности држава, будући да су ови субјекти деловали по налозима и под контролом румунских власти у уговорном односу са британским улагачем.¹²⁴ То, међутим, није било довољно за закључак да су уговорне обавезе ових субјеката уједно и уговорне обавезе Румуније, у смислу кишобран клаузуле из британско-румунског БИТ-а. Према гледишту које је арбитражно веће изнело, приписивање аката аеродрома и авио-компаније Румунији не чини државу директно везаном овим уговорима – правила о приписивању не мењају домашај и садржину уговорних обавеза, нити могу учинити Румунију уговорном страном.¹²⁵

Слично томе, арбитражни суд у предмету Консutel против Алжира (*Consutel v. Algeria*) је, приликом одлучивања о својој надлежности, закључио да се акти националне телекомуникационе компаније (*Algérie Télécom*) могу приписати туженој држави.¹²⁶ Међутим, арбитражни суд је затим констатовао да правила о приписивању аката држави не могу променити носиоца уговорне обавезе из уговора о заједничком подухвату са италијанским улагачем, нити учинити да уговорна обавеза пређе са алжирског јавног предузећа на тужену државу.¹²⁷

Одбијање да се уговорна обавеза прошири на државу пријема улагања применом правила о приписивању аката из међународног права се, у арбитражној пракси, оправдава закључком да ова правила нису у стању да створе обавезу државе, већ само да одреде да ли се повреда конкретне обавезе, под условом да представља повреду међународног права, може приписати држави.¹²⁸ Истиче се и да ова правила треба јасно разликовати од заступања као правне установе која постоји према националном, приватном праву.¹²⁹ Такође, правила о приписивању аката држави не могу имати дејство које се према правилима националног права пружају институту пробијања правне личности: док пробијање правне личности доводи до приписивања уговорне

¹²⁴ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, пара. 209.

¹²⁵ *Ibid.*, пара. 318, 319.

¹²⁶ *Consutel Group S.p.A. in liquidazione v. People's Democratic Republic of Algeria*, PCA No. 2017-33, Sentence Finale, 3 February 2020, пара. 363.

¹²⁷ *Ibid.*, пара. 364.

¹²⁸ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, пара. 856.

¹²⁹ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India (I)*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, пара. 276.

обавезе држави, ова друга правила се примењују искључиво на приписивање држави акта који представља повреду међународног права.¹³⁰

Као што се може видети из претходне анализе, иако није универзално прихваћено, у арбитражној пракси данас доминира схватање да уговори заштићени кишобран клаузулом најчешће имају дејство искључиво између субјеката који су их закључили. Оно је резултат прихватања чињенице да сам уговор и национално право које је за њега меродавно (а то је практично без изузетка право државе пријема) одређују носиоце уговорних обавеза, њихов домаћај и садржину. Темелј оваквог тумачења је установљен још у првој арбитражној одлуци која прихвата да повреда уговорне обавезе државе може да, под одговарајућим условима, представља повреду кишобран клаузуле.¹³¹ Оно сужава могућност потенцијалних тужилаца да се позивају на повреду клаузуле, али је засновано на јасном и доследном разликовању обавеза које су настале на основу унутрашњег правног поретка, са једне стране, и на основу међународног права, са друге. Ово тумачење омогућава координацију уместо конфликта између два система: право меродавно за уговор пружа одговор на питање ко су носиоци уговорних обавеза и кореспондирајућих права и да ли је уговорна обавеза прекршена, а међународно право одговара на питање да ли повреда уговора представља повреду међународноправне обавезе која се може приписати држави. Коначно, већинско гледиште је у складу и са улогом коју арбитражни судови дају националном праву у контексту осталих материјалноправних стандарда третмана – да ли имовинско право заштићено међународним уговором постоји и да ли заиста припада улагачу зависи од права државе пријема улагања.¹³²

4. ЗАКЉУЧАК

Питање тумачења кишобран клаузула – одредаба којима се државе уговорнице двостраних и вишестраних међународних уговора о заштити улагања обавезују да ће поштовати све обавезе преузете у погледу улагања улагача друге државе уговорнице – представља једно од најконтроверзнијих питања у пракси решавања инвестиционих спорова. Од доношења арбитражне одлуке у предмету СГС против Филипина која потврђује да повреда

¹³⁰ *Ibid.*, пара. 285. Вид. М. Feit, *op. cit.*, 151.

¹³¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, пара. 126, 127.

¹³² *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Annulment, March 9, 2017, пара. 168, 170. Вид., такође, П. Ђундић, „Приговор незаконности улагања у инвестиционој арбитражи: ефикасан штит за државе пријема улагања?”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1663-1682, 1675-1679.

уговора између улагача и државе може представљати повреду међународно-правне обавезе државе исказане у кишобран клаузули, трају напори арбитражних судова и тужених држава да ограниче дејство које ове клаузуле имају. Према садашњем стању арбитражне праксе, најзначајнија препрека за успех тужилаца чије тужбе се заснивају на кишобран клаузули тичу се схватања да уговор између улагача и државе производи дејство само за његове уговорне стране (*inter partes*). У одсуству кишобран клаузула са специфичним формулацијама, тужилац може засновати свој тужбени захтев на уговору који је закључило његово зависно друштво или на уговору који је закључио са субјектом изван формалне државне структуре само ако је то предвиђено самим уговором или националним правом које је за тај уговор меродавно. Иако ово схватање није апсолутно прихваћено у арбитражној пракси, оно доследно разликује обавезе државе настале применом националног права, са једне стране, од обавеза које своје порекло имају у међународном праву, са друге. Оно је, такође, у складу са улогом коју арбитражни судови пружају праву државе пријема улагања приликом примене осталих материјалноправних стандарда заштите страних улагања.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- L. Carroll, „What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?“, *Journal of International Arbitration*, vol. 40, 2/2023, 125-154.
- J. Crawford, „Treaty and Contract in Investment Arbitration“, *Arbitration International*, 2008, vol. 24, 3/2008, 351-374.
- J. Crawford, „Investment Arbitration and ILC Articles on State Responsibility“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, 1/2010, 127-199.
- Z. Douglas, „Umbrella Clause Revisited“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 38, 2/2023, 472-483.
- N. Gallus, „An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clause and the Parties to a Contract“, *Arbitration International*, vol. 24, 1/2008, 157-170.
- M. Feit, „Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity“, *Berkely Journal of International Law*, vol. 28, 1/2010, 142-177.
- S. Hamamoto, „Parties to the ‘Obligations’ in the Obligation Observance (‘Umbrella’) Clause“, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, 2/2015, 449-464.
- A. Reinisch, C. Schreuer, *International Protection of Investments (The Substantive Standards)*, Cambridge 2020.
- S. Rubins, „Umbrella Clauses“, у књизи: B. Sabahi et al. (ed.), *Investor-State Arbitration*, Second Edition, Oxford 2019, 486-510.
- J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Third Edition, Oxford 2019.

- B. Samson, „Umbrella Clauses and Contract Claims”, у књизи: H. Ruiz Fabri, E. Stoppioni (eds.), *International Investment Law: An Analysis of Major Decisions*, Oxford 2022, 381-395.
- A. C. Sinclair, „The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, 4/2004, 411-434.
- C. Schreuer, „Travelling the BIT Route (Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road)”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2/2004, 231-256.
- M. Stanivuković, „Klauzula o ispunjenju svih obaveza koje je država preuzela prema stranom ulagaču (kišobran klauzula) u dvostranim ugovorima o zaštiti investicija”, 5. International Conference *Private International Law and Protection of Investors*, 18-20 October 2007, Bečići, Montenegro, 32-56.
- M. Stanivuković, S. Đajić, „Tužbeni zahtevi zasnovani na ugovoru u investicionoj arbitraži”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, vol. 38, br. 47/2004, 7-29.
- K. Yannaca-Small, „Umbrella Clauses: Is the Umbrella Closing?”, у књизи: K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford 2018, 395-416.
- K. Yannaca-Small, „Who is Entitled to Claim? The Definition of Nationality in Investment Arbitration”, у књизи: K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford 2018, 223-265.
- П. Ђундић, „Приговор незаконности улагања у инвестиционој арбитражи: ефикасан штит за државе пријема улагања?”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2018, 1663-1682.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

Umbrella Clause in Investment Disputes: The Issue of Personal Scope

Abstract: *The issue of interpretation given to umbrella clauses – provisions of bilateral or multilateral investment protection treaties by which states accept duty to observe any obligation entered into with respect to the investments of the investors of the other state party – represents one of the most controversial issues in practice of investment tribunals. Ever since the tribunal in SGS v. Philippines rendered its award accepting that a breach of an investment contract by a state can, under certain conditions, signify a breach of its international law obligation embodied in the umbrella clause, investment tribunals and host states have been engaged in an effort to limit effects of the clause. The aim of this paper is to analyze the practice of investment tribunals with regard to the particular issue of the clause's personal scope. According to the current state of arbitral practice, the most significant obstacle to the success of claimants whose claims are based on umbrella clauses concerns the understanding that investor-state contracts produce effects only between the contracting parties (the so-called privity requirement). In the absence of an umbrella clause with peculiar wording, an investor may base his claim on a contract concluded by his subsidiary or on a contract concluded with an entity outside of the host state's formal structure only if this is provided for by the contract itself or by the national law applicable to the contract. Although this view is not universally accepted in arbitral practice it consistently distinguishes between the obligations of a state arising from the application of national law, on the one hand, and obligations that have their origin in international law, on the other. It is also consistent with the role that arbitral tribunals give to the national law of host states when applying other substantive standards of investment protection.*

Keywords: *umbrella clause, protection of foreign investments, investment disputes, bilateral investment treaties.*

Датум пријема рада: 10. 12. 2025.

Датум достављања коначне верзије рада: 13. 1. 2026.

Датум прихватања рада: 13. 1. 2026.