



UNIVERZA V MARIBORU

PRAVNA FAKULTETA

Diplomska naloga

UPORABA PRAVA
V ARBITRAŽNEM POSTOPKU PRED
MEDNARODNIM CENTROM ZA
REŠEVANJE INVESTICIJSKIH SPOROV
(ICSID)

Mateja Božič

Maribor, februar 2005

Mentor: prof. dr. Matjaž Tratnik

ZAHVALA

*Zahvaljujem se prof. dr. Tratniku
in mag. Ferčiču za strokovno
pomoč in dragocene nasvete pri
izdelavi diplomske naloge.*

*Še posebej se zahvaljujem
staršem, ki so mi omogočili
študij in mi stali ob strani ter
vsem tistim, ki so na tak ali
drugačen način verjeli vame.*

Vsebinsko kazalo

1	Uvod.....	3
1.1	Izhodišča.....	3
1.2	Predstavitev diplomske naloge.....	3
2	Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov.....	5
2.1	Splošno o organizaciji in strukturi.....	5
2.2	Pristojnost Centra.....	7
2.2.1	Konvencijska pristojnost Centra.....	8
2.2.1.1	Predpostavke ratione personae.....	8
2.2.1.1.1	Državljan druge države pogodbenice.....	8
2.2.1.1.2	Država prejemnica investicije.....	10
2.2.1.2	Predpostavke ratione materiae.....	11
2.2.1.3	Arbitražni sporazum.....	13
2.2.2	Nekonvencijska pristojnost Centra.....	14
2.3	Posebnosti ICSID v primerjavi z drugimi mednarodnimi arbitražami.....	15
2.3.1	Razlaga, revizija in razveljavitev odločbe.....	15
2.3.2	Priznanje in izvršitev odločbe.....	18
3	Uporaba postopkovnega prava.....	20
3.1	Uporaba postopkovnega prava pred arbitražami.....	20
3.1.1	Splošna pravila o oblikovanju arbitražnega postopka.....	20
3.1.2	Avtonomija strank.....	21
3.1.2.1	Avtonomija strank v mednarodnih konvencijah o arbitraži.....	21
3.1.2.2	Avtonomija strank v zakonodajah.....	22
3.1.2.3	Avtonomija strank v pravilnikih stalnih arbitraž.....	23
3.1.2.4	Meje avtonomije strank.....	25
3.1.3	Določitev postopka s strani arbitrov.....	25
3.1.4	Načelo legalitete.....	27
3.2	Uporaba postopkovnega prava pred ICSID.....	27
3.2.1	Določbe Washingtonske konvencije.....	28
3.2.2	Sporazum strank.....	29
3.2.3	Arbitražna pravila ICSID.....	31
3.2.4	Odločitev sodišča.....	31
4	Uporaba materialnega prava.....	33
4.1	Uporaba materialnega prava pred arbitražami.....	33
4.1.1	Splošno o uporabi materialnega prava pred arbitražami.....	33
4.1.2	Mednarodne konvencije in Vzorčni zakon UNCITRAL.....	35
4.1.3	Zakonska pravila o uporabi materialnega prava.....	36
4.1.4	Uporaba materialnega prava pri stalnih arbitražah.....	36
4.1.5	Sojenje po načelu pravičnosti.....	37
4.2	Uporaba materialnega prava pred ICSID.....	39
4.2.1	Izbira prava s strani strank.....	41
4.2.1.1	Svoboda strank izbrati merodajno pravo.....	41
4.2.1.2	Omejitve svobode strank izbrati merodajno pravo.....	46
4.2.1.3	Renvoi doktrina.....	49
4.2.2	Pomanjkanje izbire prava s strani strank.....	50
4.2.2.1	Pravo države gostiteljice.....	51
4.2.2.2	Mednarodno pravo in njegov status v primerjavi z domačim pravom.....	52
4.2.3	Stabilizacijske klavzule.....	56

4.2.3.1	Struktura	57
4.2.3.2	Veljavnost in učinek.....	58
4.2.4	Ee aequo et bono	65
5	Zaključek.....	68
I.	Seznam citiranih arbitražnih odločb.....	71
II.	Seznam citirane literature	72
III.	Seznam pravnih virov	73
IV.	Seznam spletnih strani	74

1 Uvod

1.1 Izhodišča

Gospodarski subjekti, zaradi neizprosne konkurence na domačem trgu, pogosto usmerijo svoje aktivnosti tudi na tuja tržišča in investirajo svoja sredstva v tuji državi ter na ta način vstopajo v pogodbeno razmerja z drugo državo. Tako kot vsa ostala, so tudi tovrstna pogodbeno razmerja izvor sporov, ki jih stranki nista sposobni rešiti sami.

Bogata praksa arbitražnega reševanja mednarodnih sporov kaže, da je mednarodna arbitraža postala eden izmed najbolj zaželenih načinov reševanja investicijskih sporov med državami in fizičnimi ali pravnimi osebami, kateri so državljani drugih držav. Reševanje takih sporov pred mednarodnim telesom je v vsakem primeru veliko bolj praktično kot reševanje pred sodišči katerekoli države. Institut arbitraže omogoča strankam v sporu, da z izbiro materialnega prava ter podrobnejšo opredelitvijo procesnih pravil vplivajo na sam postopek in relativno predvidljivost arbitražne rešitve, hkrati pa jim zagotavlja neodvisni forum, na katerega nobena od strank v sporu nima vpliva.

1.2 Predstavitev diplomske naloge

V mednarodnih gospodarskih odnosih je učinkovit mehanizem za reševanje sporov vedno bolj pomemben element pri sklepanju poslov. Stranke se vedno pogosteje odločajo za mednarodno arbitražo, saj jim le ta, v primerjavi z nacionalnimi sodišči, omogoča prosto izbiro nekaterih bistvenih elementov.

Namen mojega dela je podrobno predstaviti eno izmed teh prednosti, ki jih strankam omogoča institut mednarodne arbitraže tj. prosto izbiro prava, pri čemer se bom posvetila tako postopkovnemu kot tudi materialnemu pravu.

V drugem poglavju bom na kratko predstavila Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov (The International Center for Settlement of Investments Disputes, v nadaljevanju ICSID ali Center), institucijo na katero najpogosteje napotujejo mednarodne pogodbe za zaščito investicij in poudarila posebnosti tega mehanizma v primerjavi z drugimi arbitražnimi

institucijami danes v svetu. Predvsem pa se bom v tem poglavju osredotočila na pristojnost te institucije, ki je bila predmet zelo razširjene diskusije v pravni literaturi.

Največjo pozornost bom namenila tretjemu in četrtemu poglavju, kjer bom predstavila primerno pravo, materialno in postopkovno, merodajno za arbitražne postopke na splošno in za arbitražne postopke v okviru ICSID. Izpostavila bom določene probleme, kateri izhajajo iz narave sporov in sodelujočih strank ter možna sredstva, ki so strankam na voljo, da se tem problemom izognejo.

V zaključku bom obravnavano tematiko na kratko povzela v sklepne misli in izpostavila najbolj pomembne točke, na katerih bo temeljilo tole delo.

2 Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov

2.1 Splošno o organizaciji in strukturi

Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov je bil ustanovljen na podlagi Konvencije o reševanju investicijskih sporov med državo in državljani drugih držav (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, v nadaljevanju Konvencija ali Washingtonska konvencija), ki je stopila v veljavo 14. oktobra 1966¹.

Glavni razlog za ustanovitev te arbitražne institucije v začetku šestdesetih let, je bil upad investicij v države v razvoju, predvsem zaradi velikega števila nacionalizacij. Pobuda za ustanovitev avtonomne mednarodne organizacije je prišla s strani Svetovne banke, katera je v preteklosti pogosto sodelovala pri mediaciji in conciliaciji sporov med državo in zasebnim investitorjem. Center naj bi po njenem mnenju pospešil reševanje tovrstnih investicijskih sporov, razbremenil breme Svetovne banke in njenega predsednika pri reševanju teh sporov ter tako vplival na povečanje pritoka mednarodnih zasebnih investicij².

Mednarodni center za reševanje investicijskih sporov je organ Svetovne banke in je z njo tesno povezan. Vse članice ICSID so hkrati tudi članice Svetovne banke. Centru pa se lahko pridružijo tudi države, ki niso članice Svetovne banke, če so stranke Statuta mednarodnega sodišča in če jih Administrativni svet Centra z dvotretjinsko večino povabi, da podpišejo Konvencijo³. Do danes je Konvencijo podpisalo 154 držav⁴. V Sloveniji Konvencija velja od 22. maja 1992, na podlagi Akta o notifikaciji nasledstva glede konvencij⁵.

Skladno s predpisi Konvencije, ICSID zagotavlja mehanizem za reševanje investicijskih sporov med državo pogodbenico in državljani drugih držav pogodbenic. Od leta 1978 ICSID rešuje tudi spore med državami in državljani drugih držav, kateri padejo zunaj dometa

¹ <http://www.worldbank.org/icsid/about/main.htm>.

² <http://www.worldbank.org/icsid/>.

³ Moshe Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1993, str. 26.

⁴ Podatki na dan 6. februarja 2005.

⁵ SFRJ je Konvencijo podpisala 23. decembra 1966.

Konvencije⁶. V tem primeru ima ICSID podoben položaj kot ostala telesa za reševanje sporov.

V prvi vrsti Center vodi in upravlja postopek conciliacije in arbitraže z vrsto administrativnih funkcij, ki jih izvršuje v ta namen⁷. Arbitražni postopek pred ICSID je posebej prilagojen in omejen na določene investicijske spore. Samo spor, ki je neposredno relevanten za investicijo in izhaja med državo pogodbenico in zasebnim državljanom druge države pogodbenice, je lahko predmet spora pred ICSID. Podvrženje postopku arbitraže ali conciliacije pred ICSID je popolnoma prostovoljno in odvisno od volje strank. Nobena država ni zavezana k takšnemu načinu reševanja sporov, razen če to želi. Vendar, ko se stranki enkrat odločita za to rešitev, ni mogoče več nobeno drugo sojenje, prav tako pa države ne morejo nuditi diplomatske zaščite svojim državljanom. Še več – vse države članice, stranke ali ne-stranke spora, so dolžne, v skladu s pravili Konvencije, priznati odločbe kot obvezujoče⁸.

ICSID ima tudi posvetovalno in raziskovalno vlogo. Izdaja številne publikacije s področja investicijskega prava. Sodeluje z drugimi skupinami Svetovne banke⁹, predvsem ko gre za svetovanje vladam držav članic v zvezi z investicijskim in arbitražnim pravom.

Center ima svoj sedež v Washington D.C., v prostorih Svetovne banke. Glavna organa centra sta Administrativni svet in Sekretariat. Administrativni svet je sestavljen iz enega predstavnika vsake države pogodbenice Konvencije¹⁰. Predsednik Administrativnega sveta je vsakokratni predsednik Svetovne banke, ki pa nima pravice glasovati¹¹. Administrativni svet sprejema administrativne in finančne predpise ter pravila o postopkih conciliacije in arbitraže. Za potrebe teh odločitev se sestane vsaj enkrat letno. Sekretariat zastopa Center in prek svojega osebja izvršuje odločbe Administrativnega sveta. Stroški Sekretariata se financirajo iz proračuna Svetovne banke, stroške posameznega postopka pa nosijo stranke same.

⁶ <http://www.worldbank.org/icsid/facility/intro.htm>.

⁷ <http://www.worldbank.org/icsid/cases/main.htm>.

⁸ <http://www.worldbank.org/icsid/about/main.htm>.

⁹ V Skupino svetovne banke, poleg ICSID, spadajo Mednarodna banka za obnovo in razvoj, Mednarodna finančna korporacija, Mednarodno združenje za razvoj in Mednarodna agencija za zavarovanje investicij.

¹⁰ 10/3. člen Konvencije.

¹¹ 5. člen Konvencije.

ICSID je pravna oseba in ima za potrebe svojega delovanja priznano pravno sposobnost. Tako lahko sklepa pogodbe, razpolaga s premočninami in nepremičninami ter sproži pravni spor¹².

Prednosti reševanja sporov pred organi ICSID so strokovnost arbitrov, tajnost postopka, uporaba prosto izbranega materialnega prava ter hitrejši in fleksibilnejši postopek. Pomanjkljivost pa je predvsem v sorazmerno težkem dostopu do razsodišča, saj je poleg ratifikacije potreben še pisni sporazum strank.

2.2 Pristojnost Centra

Pristojnost ICSID je odvisna od treh pogojev. Prvi pogoj se nanaša na lastnosti strank (*ratione personae*), drugi se nanaša na lastnosti spora (*ratione materiae*), tretji pa na voljo strank, da se spor rešuje pred ICSID. Prvi in drugi pogoj sta objektivna in kot taka načeloma neodvisna od volje strank, medtem ko je tretji pogoj subjektiven. Ko govorimo o pristojnosti Centra, pa moramo upoštevati še določbo 4. odstavka 25. člena Washingtonske konvencije, ki državi omogoča, da izloči določene investicijske spore iz pristojnosti Centra¹³.

V primeru, ko so izpolnjeni vsi zgoraj navedeni pogoji, gre za *konvencijsko* pristojnost Centra. V tem primeru pridejo v poštev vsa določila Washingtonske konvencije. Reševanje sporov pred ICSID pa je mogoče tudi v primeru, ko niso izpolnjeni vsi zgoraj navedeni pogoji. Administrativni svet je namreč sprejel še Dodatna pravila¹⁴, ki ICSID podeljujejo pristojnost za reševanje sporov v primerih, ko niso izpolnjeni vsi pogoji. Ker v tem primeru pristojnost ni podana na podlagi Washingtonske konvencije, gre za *nekonvencijsko* pristojnost ICSID.

¹² 18. člen Konvencije.

¹³ 25/4. člen Konvencije navaja: "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Center. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)".

¹⁴ ICSID Additional Facility Rules.

2.2.1 Konvencijska pristojnost Centra

2.2.1.1 *Predpostavke racione personae*

2.2.1.1.1 *Državljan druge države pogodbenice*

Konvencija glede investitorja, ki je v sporu z državo, uporablja pojem državljan, kamor pa ne spadajo samo fizične ampak tudi pravne osebe¹⁵.

Fizične osebe

Če želi fizična oseba nastopati kot stranka pred ICSID, mora izpolnjevati dva kriterija. Prvi pozitiven kriterij je, da mora investitor biti državljan države pogodbenice. Drugi negativen kriterij pa, da ne sme biti državljan države, ki je stranka v sporu. Namreč, če bi bil investitor državljan države stranke v sporu, bi v tem primeru šlo za notranji spor med državo in njenim gospodarskim subjektom, ne pa za mednarodni spor¹⁶.

Ugotavljanje državljanstva fizičnih oseb ne bi smelo predstavljati večjega problema. Po splošno sprejetem stališču se ta okoliščina presoja po pravu države, katere državljanstvo je izkazano v postopku¹⁷. Problem se pojavi predvsem pri osebah, ki imajo več državljanstev ali pa le tega sploh nimajo. Kar se tiče oseb brez državljanstva, Konvencija določa, da takšne osebe ne morejo biti stranke, saj ne izpolnjujejo pozitivnega kriterija. Isto, kadar gre za osebe z več državljanstvi in je eno od teh državljanstev državljanstvo države članice, drugo pa državljanstvo države stranke v sporu, Konvencija določa, da takšna oseba ne more nastopati kot stranka, ker ni izpolnjena negativna predpostavka. Kadar pa je oseba državljan države, ki ni stranka v sporu in hkrati državljan države, ki ni pogodbenica Konvencije velja, da je dovolj, da samo eno od teh državljanstev zadovoljuje pozitivno predpostavko in taka oseba je lahko stranka v sporu pred ICSID¹⁸.

¹⁵ 25/2. člen Konvencije.

¹⁶ Eduard Kunštek, Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka, 2002, str. 110.

¹⁷ Eduard Kunštek, str. 120.

¹⁸ Eduard Kunštek, str. 131.

Poleg tega, da mora fizična oseba, ki je stranka v sporu izpolnjevati že predstavljene kumulativne predpostavke, pozitivne in negativne, pa je potrebno, da izpolnjuje še določene časovne predpostavke. In sicer mora fizična oseba imeti državljanstvo države članice, ki ni stranka v sporu, na dan, ko sta se stranki sporazumeli za reševanje spora pred conciliatorji oziroma arbitri ICSID kot tudi na dan, ko je bila zahteva za reševanje spora pred ICSID registrirana oziroma vnesena v register¹⁹. Na ta dva dneva fizična oseba ne sme imeti državljanstva države, ki je stranka v sporu.

Pravne osebe

Ko gre za pravne osebe Konvencija predvideva drugačne rešitve in manj stroge pogoje kot so določeni v primeru fizičnih oseb.

Po točki (b) 2. odstavka 25. člena Konvencije je državljan druge države pogodbenice vsaka pravna oseba, ki ima državljanstvo države pogodbenice, razen države stranke v sporu, na dan, ko so se stranke sporazumele, da spor predložijo arbitraži in vsaka pravna oseba, ki je na ta dan imela državljanstvo države pogodbenice, stranke v sporu in za katero so se stranke sporazumele, da se zaradi tuje kontrole obravnava kot državljan druge države pogodbenice, ki ni stranka v sporu²⁰.

Glede časovne predpostavke je situacija pri pravnih osebah bolj enostavna kot pri fizičnih osebah. Za presojo ali je pravna oseba imela potrebno državljanstvo se uporablja le en rok. Dovolj je, da pravna oseba pripada državi članici Konvencije na dan, ko sta se stranki sporazumeli za reševanje spora pred ICSID. Tako je možen primer, da pravna oseba naknadno izgubi svoje svojstvo zaradi kateregakoli razloga, pa to ne bo imelo nobenega učinka na pristojnost Centra²¹.

Druga, veliko pomembnejša razlika glede položaja pravnih oseb pa je v tem, da je za pravne osebe izjemoma mogoče, da se spor rešuje pred ICSID, čeprav ima pravna oseba na dan, ko je bil sklenjen sporazum, državljanstvo države pogodbenice, ki je stranka v sporu, in gre zato formalnopravno za notranji investicijski spor med državo in njeno pravno osebo, vendar pod

¹⁹ 25/2. člen Konvencije.

²⁰ Eduard Kunštek, str. 132, 133.

²¹ Eduard Kunštek, str. 172, 173.

pogojem, da sta se stranki zaradi tuje kontrole²² o tem sporazumeli. Washingtonska konvencija zahteva le soglasje strank, ne določa pa oblike in načina kako mora biti to soglasje izraženo. Soglasje se lahko tako izrazi bodisi v ustni bodisi v pisni obliki, na vsak neposreden način. Praksa ICSID pa je v skladu s tihim načelom upoštevala tudi soglasje strank, ki ni izhajalo iz izrecnega sporazuma.

2.2.1.1.2 Država prejemnica investicije

V skladu s 1. odstavkom 25.člena Konvencije mora biti ena od strank v sporu država pogodbenica ali njena sestavna enota oziroma agencija, ki jo je ta država pogodbenica imenovala Centru.

Za pridobitev statusa države pogodbenice je bistven akt deponiranja. Posamezna država mora deponirati instrument ratifikacije ali instrument, ki ima po notranjem pravu te države enak učinek, pri Svetovni banki. Od tega dne naprej ima država status pogodbenice. Če država ne deponira akta, statusa ne pridobi, čeprav je Konvencijo podpisala in jo objavila v svojem uradnem glasilu²³.

Država mora imeti status pogodbenice na dan, ko generalni sekretar presoja zahtevo za arbitražni postopek pred ICSID – dan, ko ugotavlja ali je podana pristojnost ICSID. Dan, ko je nastal arbitražni sporazum, ni bistven²⁴.

Vprašanja, ali lahko država, ki je tožena pred ICSID, uveljavlja imuniteto, Washingtonska konvencija ne ureja. V novejši pravni teoriji pa prevladuje teorija omejene imunitete²⁵ in da arbitraže načeloma zavračajo sklicevanje na imuniteto, če je država pristala na arbitražno reševanje spora. Tako se tudi pred ICSID država ne more sklicevati na imuniteto, če je spor nastal zaradi njenega komercialnega ravnanja, ker je pristala na arbitražo, niti tedaj, ko je spor

²² Za tujo kontrolo pravne osebe gre, če tuji investitor izvaja mednarodno investicijo v državi pogodbenici, ki je stranka spora, prek njene domače gospodarske družbe. Z drugimi besedami – gre za tujo kontrolo določene gospodarske družbe, ki pripada državi pogodbenici, ki je stranka v sporu, če jo kontrolira družbenik, ki ima državljanstvo države pogodbenice, ki ni stranka v sporu. Za opredelitev tuje kontrole je bistveno državljanstvo investitorjev, družbenikov gospodarske družbe, ne pa okoliščina kje se vodijo posli in ne okoliščina kje se izvaja dejavnost gospodarske družbe.

²³ Eduard Kunštek, str. 108.

²⁴ Aleš Ferčič, Reševanje investicijskih sporov med državo in tujim gospodarskim subjektom (ICSID), Podjetje in delo, leto 2004, št. 2, str. 335.

²⁵ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, Mednarodno gospodarsko pravo, Maribor, 2002, str. 56, 57.

nastal zaradi njenega oblastnega ravnanja, razen če je določen spor izločen na podlagi 4. odstavka 25. člena Washingtonske konvencije.

V skladu s 1. odstavkom 25. člena Washingtonske konvencije lahko kot stranka pred ICSID nastopajo tudi sestavni deli oblasti in agencije države pogodbenice, vendar le, če sta v konkretnem primeru kumulativno izpolnjena dva pogoja. Prvi pogoj je obvestitev ICSID s strani države pogodbenice o okoliščini, da lahko kot stranka pred ICSID nastopajo tudi njeni natančno določeni sestavni deli oblasti in agencije. Drugi pogoj pa je, da država pogodbenica odobri privolitev sestavnega dela oblasti ali agencije v reševanje spora pred ICSID, razen če je država pogodbenica izrecno obvestila ICSID, da njena odobritev ni potrebna. Odobritev mora biti dana najkasneje do vložitve zahteve za arbitražno reševanje spora pred ICSID.

2.2.1.2 *Predpostavke ratione materiae*

Drugi objektiven pogoj, ki mora biti izpolnjen za konvencijsko pristojnost ICSID, se nanaša na lastnosti spora. Kadar se presoja ali je pogoj izpolnjen, je potrebno ugotoviti ali med strankama obstaja spor, ali gre za pravni spor in ali ta spor izvira neposredno iz investicije.

Ena najbolj osnovnih definicij je, da gre za spor vedno, kadar se stranki ne strinjata ali sta v konfliktu, kar pomeni, da med njima ni soglasja glede pravno relevantnih okoliščin²⁶. Vsako nesoglasje med strankama pa se ne more reševati pred sodiščem. Pomembno je, da ima konflikt za stranko določen pomen. Če le ta ne povzroča nobenih učinkov, je njegovo reševanje popolnoma nesmiselno. Zato mora tožnik opredeliti pomen, ki ga bi zanj imela rešitev spornega vprašanja, razen kadar ni dolžan dokazovati obstoja pravnega interesa. Bistveno je, da iz tožnikove zahteve izhaja, da rešitve oziroma pravne koristi brez postopka pred sodiščem ne bi bilo možno doseči²⁷. Pomembno pa je tudi, da spor obstaja takrat, ko se pri ICSID vloži zahteva za arbitražno reševanje spora²⁸.

Poleg tega, da mora med strankama obstajati spor, se zahteva, da je ta pravne narave. Pravni spor je spor o pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz takšnega pravnega vira, ki velja za

²⁶ Stranki ne dosežeta soglasja kadar imata različne interese ali poglede na določene pravice in obveznosti.

²⁷ Eduard Kunštek, str. 85.

²⁸ To je posredno razvidno iz točke (e) 2/1. člena Institucionalnih pravil, ki dopolnjujejo Washingtonsko konvencijo: "The request shall contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment".

stranki in tudi spor glede tistih dejstev, ki so pomembna za odločanje o pravicah in obveznostih²⁹.

ICSID ni pristojen za reševanje političnih in moralnih sporov. Pred ICSID se rešujejo spori, ki izhajajo neposredno iz investicij³⁰. Vsebina pojma investicija po dosednji praksi ni bila vir večjih težav. Najbolj zanimive opredelitve pojma investicija najdemo v naslednjih zadevah:

V zadevi *Kaiser Bauxite v. Jamaica*³¹ je bilo določeno, da je vlaganje tujega investitorja v državi gostiteljici na podlagi njune medsebojne pogodbe aktivnost, ki pomeni investicijo po Washingtonski konvenciji.

V zadevi *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*³² je bilo določeno, da so aktivnosti, ki jih izvaja tuji investitor na podlagi koncesijske pogodbe, investicija in da so spori glede obveznosti, ki izhajajo iz koncesijske pogodbe, investicijski spori.

V zadevi *Fedax N. V. v. Republic of Venezuela*³³ je bilo določeno, da je nakup državnih obveznic investicija ne glede na to, ali je kasneje prišlo do njihovega prenosa ali ne³⁴.

Tudi z vidika neposrednosti obstaja nekaj zanimivih zadev, v katerih je arbitražno razsodišče ICSID odločilo, da gre za spor, ki izvira neposredno iz investicije tudi v primeru, ko tuji investitor, ki v državi gostiteljici nastopa (tudi) prek hčerinske družbe, toži državo gostiteljico zaradi kršitve obveznosti iz pogodbe, ki jo je sklenila s hčerinsko družbo³⁵; da gre za spor, ki izvira neposredno iz investicije tudi v primeru, ko tuji investitor toži državo gostiteljico, na podlagi okoliščine, da je sklenil investicijsko pogodbo z gospodarsko družbo te države, ker je le ta kršila pogodbo³⁶.

²⁹ Aleš Ferčič, str. 342.

³⁰ Razumljivo je, da so relevantne predvsem "mednarodne" investicije.

³¹ Zadeva z opr. št.: ARB/74/3.

³² Zadeva z opr. št.: ARB/83/2.

³³ Zadeva z opr. št.: ARB/96/3.

³⁴ Eduard Kunštek, str. 75.

³⁵ Zadeva *Holiday Inns S. A. v. Marocco*, opr. št. : ARB/72/1.

³⁶ Zadeva *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, opr. št.: ARB/81/1.

2.2.1.3 Arbitražni sporazum

Neodvisno od tega ali so predpostavke *ratione personae* in *ratione materiae* glede pristojnosti Centra izpolnjene, Center kljub temu ne bo pristojen, če glede njegove pristojnosti ne bo obstajal sporazum strank. Sama okoliščina, da je država pristopila k Washingtonski konvenciji, ni dovolj za pristojnost Centra³⁷.

Sporazum je dvostranski pravni posel, zato morajo biti za njegovo veljavnost izpolnjene določene predpostavke: prava (resnična) volja, pravna podlaga, (pisna) oblika, mogoč (dopusten) predmet in sposobnost strank³⁸.

Soglasje morata podati tako država kot investitor. Soglasje pa ne bo imelo učinka, če ne bo izraženo v pisni obliki, bodisi v arbitražni klavzuli³⁹ bodisi v arbitražni pogodbi⁴⁰.

Stranke lahko soglasje podajo na različne načine. Soglasje je lahko podano glede bodočih ali že obstoječih sporov. Država članica lahko poda soglasje vnaprej za nepredvideno število bodočih sporov, katere lahko ima s katerimkoli investitorjem ali samo s konkretnim tujim investitorjem. Lahko pa se poda soglasje tudi po tem, ko je spor že nastal.

Soglasje je nadalje lahko podano v enem samem dokumentu ali v ločenih listinah. Treba je omeniti, da ima država pogodbenica, ki je stranka v sporu, že po naravi stvari dodatne možnosti, saj lahko voljo izrazi tudi v mednarodnih pogodbah in v nacionalnih predpisih.

Stranki pa lahko tudi omejita izraženo voljo, npr. na natančno določene vrste sporov, na natančno določeno časovno obdobje in podobno.

Volja je lahko vezana tudi na določen pogoj, ki pa mora biti v skladu s splošnimi pravili obligacijskega prava. Tak pogoj je npr. predhodno mirno reševanje spora in izčrpanje vseh pravnih sredstev v državi pogodbenici, ki je stranka v sporu.

³⁷ To lahko vidimo v zadnjem stavku preambule Washingtonske konvencije.

³⁸ Aleš Frečič, str. 345.

³⁹ Arbitražna klavzula je posebna pogodbeni klavzula v okviru glavne investicijske pogodbe, ki določa, da bosta stranki morebitne spore v zvezi s pogodbo reševali pred določeno arbitražo.

⁴⁰ Arbitražna pogodba je samostojna pogodba, ki določa, da bosta stranki te pogodbe spor reševali pred določeno arbitražo.

Sklenitev arbitražnega sporazuma povzroči vrsto posledic, ki pomenijo izjemo od splošnih pravil arbitražnega prava in tako vplivajo na poseben položaj ICSID glede na ostala arbitražna telesa. Več o teh posebnostih pa v poglavju 2.3.

Glede na 1. odstavek 25. člena Konvencije velja, da arbitražnega sporazuma ni mogoče enostransko preklicati, potem ko sta se stranki enkrat odločili, da bosta spor reševali pred arbitražnim telesom ICSID.

2.2.2 Nekonvencijska pristojnost Centra

Center od leta 1978, na podlagi zbirke Dodatnih pravil, rešuje tudi spore med državami in tujimi državljanji, ki padejo izven dometa Konvencije⁴¹.

Za pristojnost Centra v skladu s Konvencijo se zahteva, da so izpolnjene predpostavke glede strank in glede lastnosti spora, prav tako pa mora obstajati arbitražni sporazum. Če katerakoli od teh predpostavk na strani ene od strank ni izpolnjena, Center v skladu s Konvencijo ni pristojen, strankama pa kljub temu ostane možnost, da svoj spor predložita pred Dodatno telo. V takih primerih govorimo o nekonvencijski pristojnosti ICSID. V primeru nekonvencijske pristojnosti ima ICSID podoben položaj kot ostala arbitražna telesa.

Za nekonvencijsko pristojnost gre, če gre za investicijski spor in obstaja napaka glede pristojnosti Centra *ratione personae*⁴². Gre za postopke conciliacije in arbitraže, kjer država gostiteljica in/ali domača država tujega investitorja, ni članica ICSID⁴³.

Za nekonvencijsko pristojnost gre tudi v primeru napake za osnovanje pristojnosti Centra *ratione materiae*. V primeru, da ne obstaja neposredna zveza z investiranjem, lahko stranke predvidijo možnost, da se spor vodi pred Dodatnim telesom, skladno s točko (b) 2. člena Dodatnih pravil⁴⁴. V tem primeru morajo biti izpolnjene predpostavke *ratione personae* ali na strani investitorja ali na strani države, stranke v sporu⁴⁵.

⁴¹ <http://www.worldbank.org/icsid/>.

⁴² Eduard Kunštek, str. 111.

⁴³ <http://www.worldbank.org/icsid/>.

⁴⁴ Eduard Kunštek, str. 96.

⁴⁵ Eduard Kunštek, str. 111.

Center lahko v skladu z Dodatnimi pravili nadalje upravlja z določenimi postopki, ki niso določeni s Konvencijo. Gre za postopke o iskanju dejstev (fact-finding), h katerim se lahko zateče katerakoli država ali tuj državljan, če želi, da se opravi preiskava in napiše poročilo o dejstvih⁴⁶.

Po 4. členu Dodatnih pravil ICSID potrebuje vsak sporazum, ki predvideva conciliacijo ali arbitražo pred Dodatnim telesom v zvezi z obstoječimi ali bodočimi spori, odobritev generalnega sekretarja Centra. Ta pa ima več možnosti, odvisno od tega, ali je pristojnost tega telesa predvidena zaradi neizpolnjevanja predpostavk *ratione materiae* ali *ratione personae*. V kolikor generalni sekretar meni, da bi moral biti pristojen Center, lahko sprejme odločitev, da so stranke dolžne predhodno vložiti zahtevo za conciliacijo ali arbitražo pred Center⁴⁷.

2.3 Posebnosti ICSID v primerjavi z drugimi mednarodnimi arbitražami

Ko se stranki enkrat sporazumeta, da bosta svoj spor reševali pred arbitražnim telesom ICSID, ne more nobena od strank enostransko umakniti svoje privolitve, hkrati pa se stranki s tem odrekata vsem drugim oblikam reševanja sporov. Arbitražni sporazum tako povzroči vrsto posledic, ki pomenijo izjemo od splošnih arbitražnih pravil in vplivajo na poseben položaj ICSID glede na ostala arbitražna telesa. Najbolj bistveni posebnosti ICSID se nanašata na možnost razveljavitve arbitražne odločbe in obveznost izvršitve arbitražne odločbe.

2.3.1 Razlaga, revizija in razveljavitev odločbe

Arbitražni postopek se konča z izdajo odločbe, ki je v svojih učinkih enaka pravnomočni sodni odločbi (tj. pravno obvezujoča in končna), razen v pogledu izvršljivosti. Stranke, ki svoj spor podvržejo v reševanje priložnostni⁴⁸ (ad hoc) arbitraži, se načeloma lahko dogovorijo, v okviru arbitražnega sporazuma, da je mogoče odločbo izpodbijati pred razsodiščem višje stopnje, vendar so taki dogovori v praksi pred ad hoc arbitražami zelo redki. Stalne (institucionalne)⁴⁹ arbitraže pa že v svojih pravilnikih večinoma izključujejo

⁴⁶ <http://www.worldbank.org/icsid/>.

⁴⁷ Eduard Kunštek, str. 112.

⁴⁸ Specifičnost priložnostne arbitraže je v tem, da je predvidena in oblikovana samo za rešitev enega samega spora.

⁴⁹ Institucionalne arbitraže so stalne arbitraže, ki obstajajo pri različnih organizacijah in združenjih, imajo ustaljena pravila postopka in določen administrativni aparat.

možnost pritožbe. Tako ostane tožba na razveljavitev edino pravno sredstvo proti arbitražnim odločbam.

Newyorška Konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb⁵⁰ (v nadaljevanju newyorška Konvencija) v 5. členu določa, da se priznanje in izvršitev tuje arbitražne odločbe zavrne, če se dokaže, da odločba za stranke še ni postala obvezna ali da jo je razveljavil pristojni organ v državi, v kateri je bila odločba sprejeta oziroma katere zakon je bil pri izdaji odločbe uporabljen. Newyorška Konvencija tako poleg teritorialnega kriterija uvaja tudi kriterij avtonomije strank. Za določitev države, katere pravo je odločilno za uporabo pravnih sredstev za izpodbijanje odločbe in katere organi so pristojni za odločanje o razveljavitvi odločbe, je primaren kriterij avtonomije strank. Pristojnost države, v kateri je bila odločba sprejeta, je podana le tedaj, če ni drugačnega dogovora strank.

Evropska konvencija o mednarodni trgovinski arbitraži⁵¹ (v nadaljevanju Evropska konvencija) povzema ureditev o pripadnosti arbitražne odločbe iz newyorške Konvencije, obenem pa ureja tudi področje izpodbijanja arbitražne odločbe. V 9. členu pravi, da razveljavitev arbitražne odločbe v eni izmed držav pogodbenic ne bo podlaga za zavrnitev priznanja in izvršitev arbitražne odločbe v eni izmed drugih držav pogodbenic, če je razveljavitev opravljena v državi, v kateri ali po zakonu katere je bila odločba izdana, in to na podlagi enega izmed v konvenciji taksativno naštetih razlogov.

Vzorčni zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži⁵² (v nadaljevanju Vzorčni zakon UNCITRAL) predvideva v 34. členu tožbo na razveljavitev arbitražne odločbe kot edino pravno sredstvo. Med razloge za izpodbijanje uvršča neveljavnost arbitražnega dogovora, kršitev pravil o sposobnosti biti stranka in procesnih sposobnostih, kršitev načela kontradiktornosti in druge.

Washingtonska konvencija je uredila predvsem v organizacijskem in funkcionalnem smislu emancipiran mehanizem arbitražnega odločanja. Tako v 51. členu Washingtonska konvencija predvideva možnost revizije, o kateri odloča arbitražni senat, ki je odločbo izdal, če je to mogoče, sicer pa se konstituira nov senat. Odločbe ni mogoče razveljaviti pred nacionalnimi

⁵⁰ The New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

⁵¹ The European Convention on International Commercial Arbitration.

⁵² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

sodišči, ampak samo v okviru Centra⁵³. V skladu s 1. odstavkom 51. člena Konvencije lahko vsaka od strank zahteva revizijo odločbe na podlagi odkritja nekega dejstva, ki bistveno vpliva na odločbo. Zahteva se lahko postavi, če sta izpolnjena dva pogoja in sicer, da sodišče in prosilec nista vedela za to dejstvo, ko je bila odločba izdana in, da to dejstvo ni ostalo nepoznano prosilcu iz njegove malomarnosti. Prošnjo za revizijo je potrebno vložiti v roku 90 dni od odkritja takega dejstva, vendar najkasneje v roku treh let od dne, ko je bila odločba izdana⁵⁴. Sodišče lahko ustavi izvršitev odločbe, dokler ne izda rešitve, če je mnenja, da to zahtevajo okoliščine. Če prosilec v prošnji zahteva, da se ustavi izvršitev odločbe, se izvršitev začasno ustavi, dokler sodišče zahteve ne reši⁵⁵.

Poseben ad hoc odbor, sestavljen iz treh oseb s seznama arbitrov, pa na podlagi 52. člena Konvencije odloča o zahtevi za razveljavitev arbitražne odločbe. Vsaka od strank lahko zahteva razveljavitev odločbe na podlagi enega ali več taksativno navedenih razlogov:

- a) če sodišče ni bilo pravilno oblikovano;
- b) če je sodišče očitno prekoračilo svoja pooblastila;
- c) če je bil en član sodišča podkupljen;
- d) če je prišlo do resne kršitve osnovnih pravil postopka; ali
- e) če v odločbi niso navedeni razlogi, na katerih ta temelji⁵⁶.

V 4. odstavku 52. člena Washingtonske konvencije je določeno, da se v postopku mutatis mutandis upoštevajo njene določbe o pooblastitvah in funkcijah arbitražnega sodišča, določbe o arbitražni odločbi in določbe o priznanju in izvršitvi odločbe. Odbor lahko na osnovi 5. odstavka 52. člena Konvencije zaustavi izvrševanje odločbe, če je mnenja, da to zahtevajo okoliščine, vse dokler ne odloči o razveljavitvi. Če je odločba razveljavljena, se na zahtevo vsake od strank spor podvrže novemu sodišču, ki se oblikuje v skladu z določbami Konvencije⁵⁷.

Arbitražna odločba ICSID je urejena v Washingtonski konvenciji in v Arbitražnih pravilih, ki jo dopolnjujejo. Odločba mora biti izdelana v pisni obliki in jo morajo podpisati vsi člani

⁵³ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 145.

⁵⁴ 51/2. člen Konvencije.

⁵⁵ 51/4. člen Konvencije.

⁵⁶ 52/1. člen Konvencije.

⁵⁷ 52/6. člen Konvencije.

sodišča, ki so za njo glasovali⁵⁸. Generalni sekretariat strankama pošlje overjene prepise odločbe, katero pa lahko ICSID objavi samo, če se stranki s tem strinjata⁵⁹.

Arbitražna odločba ima torej končni značaj, kar pomeni, da se arbitražni postopek z odločbo nepreklicno zaključi. To pa ne pomeni, da stranki nimata več nobenih sredstev, s katerimi bi vplivale na izdano odločbo. Če med strankama pride do spora glede pomena ali dometa odločbe, lahko vsaka od njiju, v skladu s 1. odstavkom 50. člena Konvencije, zahteva razlago odločbe.

2.3.2 Priznanje in izvršitev odločbe

V kontekstu mednarodne arbitraže se pojem priznanja nanaša na proces s katerim bo nacionalno sodišče priznalo arbitražno odločbo kot obvezno, zavezujočo sodno odločno. V večini primerov, ki zadevajo mednarodno arbitražo, bo za priznanje merodajna newyorška Konvencija in določbe 5. člena te konvencije, ki določajo razloge zaradi katerih lahko sodišče odkloni izvršitev.

Mednarodna trgovinska zbornica⁶⁰ in UNCITRAL⁶¹ nimata svojega lastnega izvršilnega mehanizma. Odločba sprejeta v skladu s tema dvema režimoma v katerikoli državi, ki je stranka newyorške Konvencije, je lahko izvršena v nacionalnih sodiščih v katerikoli državi, ki je stranka newyorške Konvencije.

Arbitražno reševanje spora pred ICSID se tudi z vidika priznanja in izvršitve odločbe pomembno razlikuje od arbitražnega reševanja spora pred vsemi drugimi arbitražnimi telesi. Ena najpomembnejših lastnosti arbitražnega reševanja sporov pred ICSID je v tem, da je izdana odločba obvezna za obe stranki in da zoper izdano odločbo ne more nobena stranka vložiti pritožbe ali drugega pravnega sredstva, razen prej omenjene zahteve po razveljavitvi.

⁵⁸ 48/2. člen Konvencije.

⁵⁹ Krešimir Sajko, Washingtonska konvencija o reševanju ulagačskih sporov izmedu država i državljana drugih država od 1965, Pravo u gospodarstvu, 1/1999, Zagreb, str. 199.

⁶⁰ The International Chamber of Commerce ali ICC.

⁶¹ United Nation Commission for International Trade Law, Komisija Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo.

Vsaka država pogodbenica se je na podlagi 54. člena Washingtonske Konvencije zavezala, da bo priznala kot obvezno arbitražno odločbo, izdano na podlagi te konvencije, in da jo bo na svojem teritoriju izvršila enako, kot bi to storila v primeru dokončne odločitve nacionalnega sodišča svoje države. Izvršitev odločbe ni potrebna le v primeru, če bi bilo to v nasprotju z notranjim pravom, ki predpisuje imuniteto domače ali neke tuje države. Vendar nekateri menijo, da tudi takšna omejitev ni več absolutna⁶².

⁶² Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 146.

3 Uporaba postopkovnega prava

3.1 Uporaba postopkovnega prava pred arbitražami

3.1.1 Splošna pravila o oblikovanju arbitražnega postopka

Za oblikovanje postopka pred arbitražami veljajo naslednja načela, razvrščena hierarhično tako, kot veljajo v zakonodajah in teoriji ter praksi arbitražnega prava. Prvo pride v poštev oblikovanje postopka s strani strank samih. Stranke lahko izberejo neko nacionalno pravo, pravila določijo same ali pa se sklicujejo na splošna načela arbitražnega prava. Če stranke ne določijo prava ali pravil, merodajnih za postopek, določijo le te arbitri. Nazadnje pride v poštev načelo legalitete in podrejeno uporaba določb civilnega procesa⁶³.

Institucionalne arbitraže imajo svoje lastne pravilnike, kateri poleg organizacijskih vsebujejo tudi postopkovne določbe. Te določbe urejajo nekatera najpomembnejša pravila postopka pred stalno arbitražo, za katero so le ta sprejeta. Stranke se lahko svobodno odločijo za institucionalno arbitražo in tudi za to, da sprejmejo pravila postopka, ki za tako arbitražo veljajo. Ta pravila niso številna in podrobna, saj urejajo samo nekatere institute, zlasti tiste, ki so specifični za arbitražni postopek. Poleg tega pravila tudi pogosto vračajo avtonomijo strankam⁶⁴.

Arbitraža mora vedno spoštovati nekatere procesne določbe, ki jih uvrščamo med določbe tako imenovanega procesnega javnega reda. Procesni javni red sestavljajo nekatera najbolj temeljna pravila in načela postopka, brez katerih si ni mogoče predstavljati demokratičnega sodnega postopka. To so na primer določbe o enakopravnosti strank v arbitražnem postopku, o sposobnosti biti stranka, procesni sposobnosti in zastopanju procesno nesposobnih oseb, itd⁶⁵. Pravila procesnega pravnega reda je potrebno upoštevati zlasti tedaj, ko imajo stranke pravico, da same oblikujejo postopek.

⁶³ Lojze Ude, Civilni pravdni postopek, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992, str. 52.

⁶⁴ Lojze Ude, Civilni pravdni postopek, str. 306.

⁶⁵ Lojze Ude, Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 129, 130.

3.1.2 Avtonomija strank

3.1.2.1 Avtonomija strank v mednarodnih konvencijah o arbitraži

Ves čas uveljavljanja arbitraže sta si nasprotovali dve koncepciji. Po prvi naj bi bila arbitraža čim bolj neodvisna od sodnega sistema države, ki mu pripadajo stranke spora. Arbitraža služi na eni strani čim hitrejšemu in strokovnejšemu reševanju sporov v zvezi s poslovnimi razmerji, na drugi strani pa pogodba o arbitraži izraža tudi težnjo strank, da se ne podvržejo sodstvu, ki mu pripada nasprotna stranka. Druga koncepcija, ki vsaj v teoriji izgublja večino, pa izhaja iz stališča, da mora imeti vsak arbitražni postopek stik z nekim procesom, če ne prej pa takrat, ko je treba izvršiti arbitražno odločbo. Ta koncepcija se seveda zavzema za omejevanje avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka ter za njegovo vezanost na predpise notranje državnega procesnega reda.

Kljub tendencam uveljaviti avtonomijo strank kot prevladujoče načelo pri oblikovanju arbitražnega postopka in uporabljati pravo države, kjer arbitraža deluje le subsidiarno, je prevladalo stališče, da sme avtonomija strank pri oblikovanju postopka pred arbitražo delovati in učinkovati le znotraj prisilnih predpisov države, na območju katere ima arbitraža svoj sedež. Zato je izbira sedeža zelo pomembna, saj obstajajo v tem pogledu med nacionalnimi sistemi znatne razlike in tudi sodna praksa se od države do države znatno razlikuje.

Newyorška konvencija določa, da se za arbitražni postopek uporabi pravo, ki so ga stranke izbrale, sekundarno pa (če takšne izbire s strani strank ni) pravo države, kjer se vodi (je vodil) postopek⁶⁶. Vidimo, da tudi newyorška Konvencija formalno daje prioriteto načelu avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka. Pravo države, na območju katere arbitraža deluje oziroma ima svoj sedež, naj bi prišlo v poštev le podrejeno, če se stranke v postopku niso dogovorile. Nekateri teoretiki so menili, da se avtonomija strank omejuje le na izbiro enega izmed državnih procesnih redov. To mnenje temelji na ugotovitvi, da je treba tako arbitražni dogovor po določbi točke (a) prvega odstavka 5. člena newyorške Konvencije kot tudi arbitražno odločbo po določbi točke (e) prvega odstavka 5. člena te konvencije podvreči nacionalnemu pravu. Zato bi morala biti podvržena nacionalnemu pravu tudi faza med sklenitvijo arbitražnega sporazuma in rzsodbo, to je arbitražni postopek. Oblikovalo se

⁶⁶ Točka (d) 5/1. člen newyorške Konvencije.

je stališče, da se lahko avtonomija strank pri oblikovanju postopka pred arbitražami giblje le v okviru zakonodaje države, kjer arbitražni postopek poteka, torej države, na ozemlju katere ima arbitražna svoj sedež⁶⁷.

Še jasneje kot newyorška Konvencija uveljavlja načelo avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka Evropska konvencija. Ta določa, da so stranke pri oblikovanju postopka popolnoma svobodne in niso vezane na državni procesni red⁶⁸. Stranke lahko predvidijo arbitražno institucijo, v kateri se bo arbitražni postopek vodil v skladu s pravili te institucije, lahko pa se dogovorijo tudi za priložnostno ad hoc arbitražo in imajo pri tem pravico, da imenujejo arbitre oziroma da določijo, kako bodo arbitri v primeru spora imenovani, da določijo kraj arbitraže in pravila postopka, ki jih bodo arbitri uporabljali. Tako lahko zaključimo, da so stranke po tej konvenciji popolnoma avtonomne pri oblikovanju arbitražnega postopka, če pa te možnosti ne izkoristijo, oblikujejo proces arbitri sami. V primeru, da se arbitri ne morejo sporazumeti, lahko vsaka stranka zahteva, da ta pravila določi predsednik trgovinske zbornice iz kraja, kjer ima toženec sedež ali posebni komite, ki ga predvideva konvencija.

3.1.2.2 Avtonomija strank v zakonodajah

Vse državne zakonodaje v bistvu na določen način vplivajo na oblikovanje arbitražnega postopka, vendar pa se tudi tu vse bolj uveljavlja načelo avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka. To je očitno predvsem pri novejših zakonih oziroma novelah zakonov, ki govorijo o oblikovanju postopka pred arbitražo⁶⁹.

Videli bomo, da določeni zakoni strankam dopuščajo izbiro prava, ki ni pravo države, kjer arbitražna zaseda, prav tako pa strankam tudi ni potrebno izbrati nekega nacionalnega prava, ampak se lahko sklicujejo na neka splošna načela arbitražnega postopka.

Vzorčni zakon UNCITRAL v 19. členu določa, da se lahko stranke same dogovorijo za pravila postopka, ki naj jih arbitražni senat upošteva pri vodenju postopka. Edina omejitev avtonomije strank tukaj je, da pri izbiri ostanejo v okviru mej, ki jih določa zakon. Stranke so

⁶⁷ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 131-133.

⁶⁸ 10. člen Evropske Konvencije.

⁶⁹ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 134.

poleg tega omejene tudi s procesnim javnim redom. Vsak pravni sistem namreč vsebuje določbe, ki jih stranke ne morejo izključiti.

Švicarski zakon o mednarodnem zasebnem pravu določa v 1. odstavku 182. člena, da lahko stranke podvržejo arbitražni postopek kateremukoli procesnemu pravu. Tako več avtorjev zastopa stališče, da se lahko stranke odločijo tudi za neko drugo pravo in ne nujno za pravo države, kjer je arbitraža zasedala in/ali je bila izdana odločba. Ta avtonomija gre tako daleč, da lahko izključimo tudi kogentne norme tega prava.

V Sloveniji je arbitražni postopek urejen v Zakonu o pravnem postopku (v nadaljevanju ZPP) in ne v posebnem zakonu, ki bi celotni arbitražni postopek oblikoval po Vzornem zakonu UNCITRAL. Po določbi 459. člena ureja ZPP postopek pred arbitražami, ki imajo sedež v Sloveniji, razen če iz določb drugega zakona ali mednarodne pogodbe izhaja, da se določena arbitraža, ki ima sedež v Republiki Sloveniji, šteje za tujo arbitražo. To bo predvsem arbitraža s sedežem v Sloveniji, ki bo uporabljala tuje procesno pravo.

Slovenski ZPP določa, da lahko arbitri, če se stranke niso drugače sporazumele, vodijo postopek pred arbitražo tako, kot štejejo za primerno⁷⁰. Tudi tukaj je torej prvo načelo, ki je odločilno za oblikovanje arbitražnega postopka, načelo avtonomije strank.

Čeprav se v večini predpisov poudarja načelo avtonomije strank, da lahko same izberejo pravo, po katerem se bo vodil postopek, izkušnje kažejo, da stranke tega pooblastila ne izkoristijo, ali pa to počno samo izjemoma. Ni namreč mogoče pričakovati, da bo arbitražna klavzula, ki jo stranke vnesejo v glavno pogodbo, vsebovala vse podrobnosti arbitražnega postopka. Najpogosteje se stranke izrecno dogovorijo o sedežu sodišča, o merodajnem materialnem pravu, o jeziku postopka ter pri ad hoc arbitraži o organizaciji arbitražnega sodišča.

3.1.2.3 Avtonomija strank v pravilnikih stalnih arbitraž

Stalne arbitraže imajo svoja lastna pravila postopka. Ta pravila vedno vsebujejo tudi določbo, da stranke s tem, ko se dogovorijo o pristojnosti stalne arbitraže, pristanejo tudi na njena

⁷⁰ 469/1. člen ZPP

postopkovna pravila. Pravila arbitraž, na uporabo katerih pristanejo stranke z dogovorom o pristojnosti stalne arbitraže, so zelo skopa in vsebujejo razmeroma malo čistih procesualnih določb. Ti pravilniki strankam prepuščajo odločitev, ali bodo nekatere institute postopka oblikovale drugače, kot je to predvideno v pravilniku stalne arbitraže. Na ta način strankam avtonomijo vračajo in tako pristanek na pravila stalne arbitraže v pravnem in dejanskem pogledu v ničemer ne omejuje avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka⁷¹. Seveda pa stranke v praksi najpogosteje ne odstopajo od arbitražnih pravil.

Nekateri pravilniki stalnih arbitraž strankam ne dajejo možnosti drugačnega dogovora o postopkovnih pravilih⁷². Pravilniki določajo, da se v takšnem primeru, če kakšno procesno vprašanje ni urejeno v pravilih, smiselno ali neposredno uporabljajo določbe pravnega postopka⁷³. Ugotovimo lahko, da stranke tako svojo avtonomijo izčrpajo že s samo sklenitvijo pogodbe. Če stranke menijo, da jim postopkovna pravila določene arbitražne institucije ne ustrezajo, se pač dogovorijo za pristojnost kakšne druge institucionalne arbitraže.

Arbitražna pravila Mednarodne trgovinske zbornice⁷⁴ v 15. členu določajo, da se za postopek uporabijo pravila, ki izhajajo iz tega pravilnika. Če pravilnik kakšnega procesnega vprašanja ne ureja, se uporabijo tista pravila, ki jih določijo stranke, ne glede na to ali se sklicujejo na pravo določene države. Če med njimi ni dogovora, pravila postopka določijo arbitri.

Najbolj izčrpna mednarodna pravila, ki so se osredotočila na mednarodno arbitražno prakso v trgovinskih zadevah, so Arbitražna pravila UNCITRAL. Le ta določajo, da se bodo arbitražna pravila UNCITRAL uporabila samo v primeru, če se stranke pismeno sporazumejo za njihovo uporabo, pri čemer se upoštevajo tudi izjeme o katerih so se stranke pismeno dogovorile⁷⁵.

Za potek vsakega arbitražnega postopka je natančnejši dogovor o postopku zelo pomemben. S tem, ko stranke v svojem dogovoru opredelijo sporna vprašanja in dejstva, ki naj jih arbitražna ugotavlja, ter dokaze, s katerimi naj ta dejstva ugotavlja, ustvarijo pogoje za hiter in učinkovit potek arbitražnega postopka.

⁷¹ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 136, 137.

⁷² To na primer določa Pravilnik o arbitraži pri Zavarovalnici Triglav in Pravilnik borze.

⁷³ Lojze Ude, Civilni pravdni postopek, str. 52.

⁷⁴ ICC Rules of Arbitration.

⁷⁵ 1. člen Arbitražnih pravil UNCITRAL.

3.1.2.4 Meje avtonomije strank

Kot smo videli je temeljno načelo za oblikovanje postopka avtonomija strank. Kljub temu pa so stranke pri oblikovanju postopka omejene s tistimi procesnimi določbami, ki sodijo v okvir tako imenovanega procesnega javnega reda. Stranke ne morejo izključiti uporabe pravil, ki zagotavljajo minimalne procesne garancije. To so na primer pravila o načelu obojestranskega zaslišanja, o izločitvi sodnikov, o možnosti izpodbijanja arbitražne odločbe in tako naprej⁷⁶. Tako Vzorčni zakon UNCITRAL v 18. členu določa, da je stranki potrebno obravnavati enako in da mora vsaki stranki biti dana možnost, da v polni meri pojasni svoje stališče.

V zakonodajah posameznih držav je mogoče ugotoviti obseg procesnega javnega reda (*ordre public*) bodisi iz določb, ki neposredno zavezujejo k uporabi določenih procesnih institutov, bodisi iz določb o izpodbijanju arbitražne odločbe. Razlogi izpodbijanja vsebinsko opredeljujejo meje avtonomije strank pri oblikovanju arbitražnega postopka. Če je neka kršitev opredeljena kot absolutna kršitev arbitražnega postopka, zaradi katere je mogoče izpodbijati izdano arbitražno odločbo, je očitno obvezna v takem smislu, da je tudi stranke s svojim dogovorom ne morejo izključiti. Vse takšne obvezne določbe spadajo v okvir procesnega javnega reda. To so obenem določbe, ki predstavljajo mednarodni procesni red, saj jih najdemo v vseh primerljivih pravnih sistemih⁷⁷.

V nekaterih pravnih redih je izbira tujega prava dopustna le, če gre za dispozitivna pravna pravila⁷⁸. Svoboda strank glede izbire formalnega prava torej ni neomejena. Tako na Nizozemskem na primer velja pravilo, da morajo arbitri uporabljati nizozemsko arbitražno pravo.

3.1.3 Določitev postopka s strani arbitrov

Oblikovanje in vodenje postopka s strani arbitraže oziroma arbitražnega senata pride v poštev predvsem tedaj, kadar se stranke ne dogovorijo o pravilih postopka, po katerih naj arbitraža v sporu odloča⁷⁹.

⁷⁶ Lojze Ude, *Civilni pravdni postopek*, str. 52.

⁷⁷ Lojze Ude, *Arbitražno pravo*, str. 139 – 143.

⁷⁸ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 114.

⁷⁹ Lojze Ude, *Arbitražno pravo*, str. 144.

V zakonodajah in pravilih stalnih arbitraž je določeno da, če se stranke ne dogovorijo o pravilih postopka pred arbitražo, določijo pravila postopka arbitri. Če spor razsoja institucionalna arbitraža, bo za postopek uporabila svoja hišna pravila. Vprašanje po katerem formalnem pravu naj arbiter razsoja spor, se tako pojavlja predvsem pri ad hoc arbitražah, če se stranke ne odločijo za uporabo UNCITRAL-ovih pravil ali pravil kakšne druge institucije. Za določanje formalnega prava, ki naj ga arbiter uporabi, pridejo v poštev naslednje navezne okoliščine:

- pravo, ki sta ga izbrali stranke,
- pravo države, kjer arbitraža zaseda oz. kjer je bila izdana odločba in
- pravo države, kjer naj se arbitražna odločba izvrši⁸⁰.

V pravni doktrini so se izoblikovala različna stališča. Nekateri so mnenja, da morajo arbitri uporabiti pravila postopka, ki veljajo v kraju arbitraže. Pri tem so arbitri vezani na prisilna pravna pravila postopka legis arbitri. Drugi menijo, da lahko arbitri svobodno izberejo katerokoli pravo in ne nujno tisto, ki velja na kraju arbitraže, vendar v okvirih prisilnih predpisov tujega prava. Z izbiro tujega procesnega prava pa se stvari po nepotrebem zapletejo, saj izbor tujega procesnega prava v določenih državah ne bo preprečil nacionalnim sodiščem teh držav intervencije v arbitražnem postopku oziroma nadzora nad arbitražo, ki jim po nacionalnem pravu pripada. Po mnenju tretjih lahko arbitri svobodno določijo pravila postopka, neodvisno od prisilnih predpisov prava kraja arbitraže. Četrto stališče je prišlo do izraza v nekaterih novejših zakonskih rešitvah. Namesto, da se z zakonskimi določbami določa način izbire prava merodajnega za postopek, vsebujejo ti zakoni enostranska pravila arbitražnega postopka, ki se odvija v državi, v kateri ta pravila veljajo. Z njimi se arbitražni postopek loči od pravil postopka, ki veljajo v kraju arbitraže, strankam in arbitrom pa se dopušča široka svoboda pri določanju pravil postopka.

Vzorčni zakon UNCITRAL vsebuje določbo, da lahko arbitražno sodišče, če se stranke ne sporazumejo o pravnih pravilih postopka pred arbitražo, v okviru prisilnih predpisov zakona vodi arbitražni postopek na način, ki ga šteje za primernega⁸¹.

Pravilo, da lahko arbitri po svoji presoji določijo arbitražni postopek, ne pomeni, da je v takem primeru postopek popolnoma brezobličen in brez trdnih proceduralnih ukrepov. Arbitri

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ 19/2. člen Vzorčnega zakona UNCITRAL.

v takem primeru najpogosteje uporabijo državni procesni red ali pa skupaj s strankami med samim postopkom oblikujejo pravila za nadaljevanje postopka.

3.1.4 Načelo legalitete

V vsakem civilnem pravnem postopku velja načelo legalitete, to je načelo, da so instituti in potek postopka opredeljeni z zakonom in stranke, razen izjemoma, ne morejo oblikovati postopka in ga prilagajati naravi posameznega spora.

Čisto načelo legalitete seveda v arbitražnem postopku ne pride v poštev, saj lahko stranke tudi med postopkom kadarkoli sklenejo dogovor o procesnih pravilih, po katerih naj arbitražni senat postopa in odloča. Tudi arbitri bodo ponavadi med postopkom zavzeli stališče o najprimernejših procesnih institutih, če se glede njih ne bodo dogovorile že stranke.

Načelo legalitete v bistvu posredno prihaja do izraza tudi v arbitražnem postopku. Zlasti tedaj, kadar stranke ne sklenejo dogovora o arbitražnem postopku in kadar tudi arbitri ne oblikujejo posebnega sklepa o postopku, ki ga bodo uporabljali, arbitri najpogosteje pri vodenju procesa uporabljajo državni procesni red⁸².

3.2 Uporaba postopkovnega prava pred ICSID

Predmet merodajnega prava je v mednarodni arbitraži zelo pomemben in odločitve na tej osnovi so potencialno zmožne določiti usodo spora. Določbe arbitražnega sporazuma, četudi so številne in podrobno opredeljene, ne morejo regulirati vseh spornih vprašanj s katerimi se sooči arbitražno sodišče, kateremu je bil ta spor predložen.

Predmet merodajnega prava je v sporih, ki so predloženi Centru zelo pomemben. To pa zato, ker je ena izmed strank spora suverena država in ena najbolj osnovnih moči take države je, da določi pravo, katero bo veljalo na njenem teritoriju. Ta očitna prednost držav v območju merodajnega prava, zaplete sporna pravna vprašanja pred sodišči Centra. Določbe Washingtonske konvencije, ki se nanašajo na merodajno pravo, so predstavljale predmet zelo razširjene diskusije med predstavniki različnih držav, ki so sodelovale pri procesu nastajanja

⁸² Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 144, 145.

Konvencije. Nekaj držav celo ni podpisalo Konvencije zato, ker dokončno sprejet dogovor v Konvenciji ni bil v skladu z njihovimi zahtevami⁸³.

Washingtonska konvencija v 44. členu določa, da se vsak arbitražni postopek vodi v skladu z določbami Konvencije in, če se stranke ne dogovorijo drugače, v skladu z Arbitražnimi pravili⁸⁴, ki so veljala na dan, ko so stranke privolile v arbitražo. Če se pojavi vprašanje glede postopka, ki ni zajeto v določbah Konvencije ali v Arbitražnih pravilih ali v katerihkoli pravilih, o katerih sta se stranki sporazumele, reši to vprašanje sodišče.

Iz tega člena lahko razberemo, da so stranke svobodne pri izbiri pravnih pravil, po katerih bo postopek potekal, vendar se bodo ta pravila uporabila le v kolikor so v skladu s hišnimi pravili Centra, torej v skladu s Konvencijo in Arbitražnimi pravili.

3.2.1 Določbe Washingtonske konvencije

Washingtonska konvencija predpisuje štiri sloje po katerih bo določeno pravo, po katerem se bo vodil postopek. Konvencija v 44. členu določa, da se vsak arbitražni postopek vodi v skladu z določbami Konvencije in, če se stranke ne dogovorijo drugače, v skladu z Arbitražnimi pravili, ki so veljala na dan, ko so stranke privolile v arbitražo. Če se pojavi vprašanje glede postopka, ki ni zajeto v določbah Konvencije ali v Arbitražnih pravilih ali v katerihkoli pravilih, o katerih sta se stranki sporazumele, reši to vprašanje sodišče.

Prvi sloj postopkovnih pravil so določbe Konvencije, ki natančno določajo kako se bo vodil postopek pod okriljem Centra. Postopkovna pravila določa Konvencija v dvanajstih členih (tj. od člena 36. do člena 47.).

Sodišče mora voditi arbitražni postopek glede na vsa določila Konvencije, vključno s tistimi, ki niso zajeta s členi 36 – 47. Konvencijska določila urejajo sledeče procesne zadeve:

- predložitev zahteve razsodišču za arbitražo (36. člen),
- oblikovanje arbitražnega sodišča (37. – 40. člen),
- pooblastila in funkcije sodišča (41. in 43. člen),
- vodenje arbitražnega postopka v primeru odsotnosti ene od strank (45. člen),

⁸³ Moshe Hirsch, str. 109.

⁸⁴ ICSID Arbitration Rules.

- pooblastila sodišča, da odloči o vmesnih vprašanjih in nasprotnih zahtevah (46. člen),
- začasne ukrepe (47. člen),
- arbitražne odločbe (48. in 49. člen),
- razlago, revizijo in razveljavitev arbitražnih odločb (50. – 52. člen),
- zamenjavo in diskvalifikacijo arbitrov (56. – 58. člen),
- stroške postopka (59. – 61. člen) in
- lokacijo sojenja (62. in 63. člen).

Nekatere od teh osnovnih pravil, katera so podrobno določena v Konvenciji, stranke ne morejo spremeniti (npr. postopka za naslavljanje arbitražne zahteve Centru in njena registracija po 36. členu), medtem ko se o drugih določenih pravilih stranke lahko dogovorijo drugače (npr. imenovanje arbitrov po 37. členu)⁸⁵. Tako tudi za stranke arbitraže pred ICSID velja, da ne morejo izključiti uporabe pravil, ki uveljavljajo temeljna načela civilnega pravnega postopka.

3.2.2 Sporazum strank

Drugi sloj postopkovnih pravil bomo našli v sporazumu med strankama in v primeru pomanjkanja takega sporazuma, v Arbitražnih pravilih Centra, katera so v veljavi na dan, ko se stranke sporazumejo o arbitraži (44. člen Konvencije).

Večino arbitražnih pravil lahko stranke prosto oblikujejo. To je tudi v skladu z osnovnim načelom mednarodne arbitraže – javne in trgovinske – da so stranke svobodne pri izbiri prava, ki bo merodajno v arbitražnem postopku. Stranke mednarodne arbitraže lahko podrobno označijo arbitražna pravila katera naj se uporabijo. Lahko pa sprejmejo celotno zbirko pravil posameznega arbitražnega sistema, kot so na primer UNCITRAL-ova pravila. Stranke ICSID arbitraže lahko storijo podobno, čeprav moramo domnevati, da želijo stranke, da se za njun spor, ki sta ga predložile ICSID, v postopku reševanja spora uporabijo arbitražna pravila Centra.

⁸⁵ Moshe Hirsch, str. 112.

Čeprav imajo stranke možnost, da se dogovorijo o postopkovnem pravu, ki naj se uporabi v arbitražnem postopku, ne morejo izbrati pravil, ki so nasprotna določbam Konvencije (razen, če določba Konvencije sama dovoljuje odstopanje).

Svobodo strank pri izbiri merodajnega prava omejuje tudi doktrina javnega reda, katera je sprejeta v mednarodni trgovinski arbitraži. Ta doktrina prepoveduje arbitražnemu sodišču uporabiti pravila, ki so v nasprotju z javnim redom države, v kateri se arbitražni postopek vodi ali javnim redom mednarodne skupnosti⁸⁶. Iz določb Konvencije in njenega namena lahko zaključimo, da morajo arbitražna sodišča upoštevati pravila javnega reda mednarodne skupnosti in ne pravila države, v kateri arbitražni postopek poteka (ali države stranke v sporu). Eden izmed pomembnih ciljev Konvencije je namreč bil ustanoviti mednarodni arbitražni mehanizem, ki bo neodvisen od nacionalnih pravnih sistemov in jasno, uporaba pravil javnega reda določene države, ni v skladu s tem ciljem. Določbe 54. člena Konvencije, kateri ureja uveljavitev Konvencije, vodijo do istega zaključka. Po Washingtonski konvenciji je vsaka država pogodbenica zavezana uveljaviti obveznost, naloženo z arbitražno odločbo Centra, brez kakršnih koli omejitev, odvisnih od nacionalnega prava države, v kateri se uveljavitev prizadeva.

Še ena omejitev izbire postopkovnega prava s strani strank izhaja iz zahteve, da mora biti v vsakem arbitražnem postopku vsaj minimalni standard postopkovnih pravil. Iz določb Konvencije omenjenih zgoraj lahko razberemo, da bo arbitražni postopek pred Centrom voden skladno z določbami Konvencije in pravili, ki so jih izbrale stranke (če takšno izbiro opravijo). Lahko sklepamo, da določbe Konvencije zagotavljajo minimum, potreben za obstoj poštenega arbitražnega postopka. Vendar, če pogledamo podrobneje vidimo, da Konvencija ne omenja obveznosti, ki bi vezale vsako sodišče, poslušati argumente obeh strank (ali celo da sprejme pisne prošnje), niti pravice obeh strank, da sta seznanjeni z argumenti nasprotne stranke ter da nanje odgovorita⁸⁷. Ta pravila postopka so bistvena za vodenje vsake arbitraže, prirojena so vsakemu poštnemu sodnemu procesu in je zelo presenetljivo, da niso vključena v določbe Konvencije. V večini primerov bodo stranke namreč izbrale procesna pravila, ki jim zagotavljajo osnovne pravice. Postavlja se vprašanje ali bo Center vezan na ta procesna pravila, ki ne vključujejo osnovnih določb. Seveda je sodišče zavezano slediti najbolj

⁸⁶ Ta omejitev izhaja tudi iz 1/2. člena Arbitražnih pravil UNCITRAL in podobno iz 1/2. člena Arbitražnih Pravil Ameriškega arbitražnega združenja (The American Arbitration Association ali AAA).

⁸⁷ Moshe Hirsch, str. 114.

osnovnim pravilom postopka, katera omogočajo pošteno zaslišanje, četudi jih stranke niso podrobno označile v arbitražnih pravilih in četudi so stranke označile nasprotno. Kakršnakoli druga rešitev bi bila v nasprotju z enim od osnovnih ciljev Centra (četudi tistim, ki ni eksplicitno naveden v Konvenciji), kateri je rešiti investicijski spor med državo gostiteljico in tujim investitorjem na pošten način.

K temu moramo dodati, da obveznost držav pogodbenic, da priznajo in izvršijo odločbe Centra pomeni tudi, da mora odločba biti sprejeta v poštemem arbitražnem postopku, saj lahko sicer nastopijo težave pri izvršitvi arbitražne odločbe v različnih državah.

3.2.3 Arbitražna pravila ICSID

Tretji sloj procesnih pravil vključuje Arbitražna pravila Centra. Konvencija v 44. členu določa, da se postopek vodi v skladu z Arbitražnimi pravili, ki so veljala na dan, ko so stranke privolile v arbitražo.

3.2.4 Odločitev sodišča

Če se pojavi vprašanje glede postopka, ki ni zajeto v določbah Washingtonske konvencije ali v Arbitražnih pravilih Centra ali v pravilih o katerih sta se stranki sporazumele, reši to vprašanje sodišče. Odločitev sodišča je samo sekundarni vir in sodišče bo samo poiskalo rešitev samo v primerih, če odgovora ne bo našlo v zgornjih treh stopnjah. V tem primeru ima arbitražni tribunal pravico in dolžnost rešiti takšno vprašanje po "lastnem preudarku".

Konvencija navaja, da bo v takih primerih odločilo o vprašanju sodišče⁸⁸. Ta določba pomeni odstop od pravila, ki je splošno relevantno v mednarodni trgovinski arbitraži. Gre za pravilo, da če na določena procesna vprašanja ne najdemo odgovora v pravilih omenjenih zgoraj, tako vprašanje rešijo stranke na podlagi prava države v kateri je arbitražni postopek voden (*lex loci arbitri*)⁸⁹. To pravilo je bilo relevantno tudi v preteklosti, kadar se stranke niso sporazumele o kraju arbitraže.

⁸⁸ 44. člen Washingtonske konvencije.

⁸⁹ Moshe Hirsch, str. 115.

Določba Konvencije, ki daje pooblastilo sodišču, da poišče rešitev, je v skladu z enim od osnovnih ciljev Konvencije, kateri zagotavlja strankam nevtralni mednarodni forum, ki ni povezan z nacionalnim pravom katere od držav. Sodišča Centra bodo odločila o procesnih vprašanjih, kateri niso urejeni v Konvenciji ali v arbitražnih pravilih Centra, pri tem pa bodo upoštevala sprejeta pravila mednarodne arbitraže, kot so na primer UNCITRAL-ova⁹⁰.

⁹⁰ Moshe Hirsch, str. 116.

4 Uporaba materialnega prava

4.1 Uporaba materialnega prava pred arbitražami

4.1.1 Splošno o uporabi materialnega prava pred arbitražami

Pri reševanju sporov z mednarodnim elementom je zelo pomembno, da se določi merodajno materialno pravo. V zvezi s vprašanjem, katero pravo se bo uporabilo pri odločanju o spornem razmerju, so se oblikovali štiri kriteriji: kriterij avtonomije strank, kriterij določitve prava s strani arbitrov, kriterij uporabe prava sedeža arbitraže in kriterij odločanja po načelu pravičnosti.

Mednarodne konvencije, zakonodaje in pravilniki stalnih arbitraž v zadnjem obdobju priznavajo v sporih z mednarodnim elementom prednost načelu avtonomije strank. Stranke so tiste, ki lahko določijo materialno pravo, ki naj ga arbitri uporabijo. Še več, stranke naj v primeru, če se s posebno arbitražno klavzulo dogovorijo o arbitraži, določijo tudi pravo, ki ga naj arbitraža pri odločanju uporabi. Stranke se lahko odločijo, da bo merodajno pravo nacionalno pravo neke države ali pa se odločijo za uporabo načel mednarodnega gospodarskega prava (*lex mercatoria*⁹¹). Če se stranke odločijo za nacionalno pravo velja, da se dogovor o uporabi prava nanaša na substančno pravo, in ne na kolizijske norme dogovorjenega prava.

Stranke ponavadi izberejo pravo tretje države, čeprav to ni pravilo. Najbolj je važno, da se uporabi pravo, ki je najbolj izdelano in najbolj ustreza mednarodnim poslovnim odnosom, torej pravo države, katere zakoni, sodna praksa in doktrina so najbolj razviti. V praksi stranki vsekakor ne bosta izbrali prava, ki pripada popolnoma nepoznanemu sistemu. Pri izbiri merodajnega nacionalnega prava obstajajo izjeme v tem smislu, da se ne more izbrati pravo za nedovoljene namene. Izbira tujega materialnega prava mora biti opravljena "in bona fides" in za zakonite namene.

⁹¹ *Lex mercatoria* so vsa običajno pravna pravila, materialna in postopkovna, ki se nanašajo na mednarodno trgovino v najširšem smislu in ki niso kodificirana v nekem nacionalnem pravnem redu, niti niso vsebovana v mednarodnih konvencijah.

Če se stranke ne dogovorijo o merodajnem pravu, le tega določijo arbitri. Po mnenju nekaterih v primeru, ko stranke ne izberejo merodajnega prava, s tem ipso facto izberejo najslabšo možno rešitev, saj s tem prepustijo izbiro arbitrom. Negotovost je v tem primeru popolna. Arbitri lahko določijo, da bo merodajna *lex mercatoria* ali pa neko nacionalno pravo. Do konca osemdesetih let je bila uporaba *lex mercatorie* s strani arbitrov sporna, vendar danes redna sodišča v večini držav tako izbiro priznavajo. Bolj pogosta je izbira nacionalnega prava, katerega mora arbiter izbrati na nek logičen, dosleden način na podlagi mednarodnega zasebnega prava države, kjer zaseda ali pa na podlagi splošno priznanih načel mednarodnega zasebnega prava. Drugo metodo bo uporabil predvsem takrat, ko kraj arbitraže ne bo v nobeni zvezi s pogodbo⁹².

Po Evropski konvenciji o mednarodni trgovinski arbitraži in Vzorčnem zakonu UNCITRAL pride v primeru, da se stranki ne dogovorita o pravu, v poštev pravo, ki ga določa kolizijska norma, za katero arbitri menijo, da je primerna za konkretni spor⁹³. Isto pravilo je uveljavljeno tudi v tistih zakonodajah, ki so Vzorčni zakon vključile v svoj pravni sistem oziroma so arbitražni postopek uredile po njegovem vzoru. Isto pravilo večinoma vsebujejo tudi pravilniki in pravila stalnih arbitraž. To pravilo je v sporih z mednarodnim elementom nadomestilo pravilo, ki je bilo dolgo časa uveljavljeno v arbitražnem pravu in ki je narekovalo uporabo prava tiste države, v kateri ima arbitražna svoj sedež (*qui elegit iudicem, elegit ius*).

V določenih primerih to pravilo (*qui elegit iudicem, elegit ius*) še vedno pride v poštev. Pomeni, da z dogovorom o pristojnosti arbitraže stranke določijo tudi uporabo materialnega prava, ki velja na njenem sedežu. Zato je dogovor strank o sedežu arbitraže in o kraju arbitraže zelo pomemben.

V mednarodnih konvencijah, zakonodajah in pravilnikih stalnih arbitraž je skoraj brez izjeme uveljavljeno tudi pravilo, da se stranke lahko dogovorijo naj arbitražna odloča po načelu pravičnosti. To pa seveda ne pomeni odločanja brez uporabe kakršnihkoli pravnih pravil, temveč ponavadi pripelje do odločanja na podlagi trgovinskih običajev⁹⁴. Stranki včasih pooblastita sodišče, da odloča po načelu pravičnosti. Takšne klavzule so različno izražene. Včasih določajo, da mora arbiter uporabiti pravično nadomestilo, v drugih primerih pa, da se

⁹² Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 115.

⁹³ 7. člen Evropske konvencije in 28. člen Vzorčnega zakona UNCITRAL.

⁹⁴ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 119 – 121.

mora sporazum interpretirati *kot častna obljuba*. Te klavzule pa ne pomenijo, da arbitru ni potrebno upoštevati prava: arbiter namreč mora pri interpretaciji prava in pogodbe med strankama uporabiti "zdravo pamet", pri čemer pa ni vezan na pravne tehnike.

V nekaterih primerih je arbitražni organ izrecno pooblaščen, da mora poiskati prijateljsko rešitev med strankama (*amicable settlement, amiable composition*)⁹⁵. *Amiable composition* ne pomeni popolnega ločevanja od vsakega pravnega pravila. Arbitri z lastnostjo *amiables compositeurs* so dolžni upoštevati vsaj osnovna načela procesnega prava, glede bistva pa so vezani na pravila javnega reda ter na prisilne predpise.

Možnost izbire materialnega prava je ena izmed prednosti arbitražnega načina reševanja spora. Izbira materialnega prava, na podlagi katerega naj arbitražni senat ali arbiter posameznik izda odločbo, seveda omogoči, da je odločba po vsebini taka, da kar v največji meri ustreza interesom strank kot so jih le-te opredelile ob sklenitvi pogodbe o arbitraži⁹⁶.

4.1.2 Mednarodne konvencije in Vzorčni zakon UNCITRAL

Evropska konvencija o mednarodni trgovinski arbitraži v 7. členu vsebuje jasno določbo, da so stranke popolnoma svobodne pri odločitvi, katero materialno pravo naj arbitri uporabijo za vsebino spora. Če stranke ne določijo prava, ki naj ga arbitraža uporabi, bodo arbitri uporabili pravo, ki ga določa kolizijska norma, za katero arbitri menijo, da je primerna za konkretni spor. V obeh primerih bodo arbitri upoštevali tudi pogodbene določbe, ki opredeljujejo vsebino nekaterih pravnih institutov ter trgovinske običaje.

Po določbi 28. člena Vzorčnega zakona UNCITRAL bo arbitražno sodišče odločilo v sporu v skladu s pravnimi pravili, ki so jih stranke določile kot merodajna za vsebino spora. Vsako napotilo na pravo ali pravni sistem določene države se bo razumelo, razen če niso stranke izrecno določile drugače, kot neposredno napotilo na substančno pravo te države, vendar ne na njena pravila o koliziji zakonov. Če stranke ne določijo merodajnega prava, bo arbitražno sodišče uporabilo pravo, na katero napotujejo kolizijska pravila, za katera meni, da so primerna za uporabo.

⁹⁵ Miha Pogačnik, *Arbitraža kot sredstvo mirnega reševanja mednarodnih sporov*, Pravniki, Ljubljana, leto 1995, št. 4 – 5, str. 246.

⁹⁶ Lojze Ude, *Arbitražno pravo*, str. 51.

Iz vseh teh določb, kasneje bomo videli, da tudi iz določbe 1. odstavka 42. člena Washingtonske konvencije, sledi, da je prvo pravilo, ki ga je treba upoštevati pri odločitvi o vprašanju, katero materialno pravo naj arbitraža uporabi, avtonomija strank. Stranke so tiste, ki lahko določijo materialno pravo, ki naj ga arbitraža uporabi. Če se stranke izrecno ne dogovorijo za pravo določene države, mora arbitraža uporabiti substančno pravo, ker je treba tako razlagati neposredno napotilo na uporabo tujega prava. Seveda se lahko stranke dogovorijo tudi drugače, to je, da je treba uporabiti tudi kolizijska pravila prava, ki sta ga določile kot merodajnega. Podrejeno, kadar dogovora strank ni, uporabijo arbitri v sporu s tujim elementom kolizijska pravila države, ki jih štejejo za primerna⁹⁷.

4.1.3 Zakonska pravila o uporabi materialnega prava

Slovenski zakon ne vsebuje pravila o uporabi materialnega prava (razen pravila o sojenju po načelu pravičnosti⁹⁸). Isto velja tudi za avstrijsko pravo, katero še tudi ni usklajeno z Vzorčnim zakonom UNCITRAL. Je pa z Vzorčnim zakonom usklajen Civilni procesni red Zvezne Republike Nemčije⁹⁹ (v nadaljevanju ZPO), ki v 1051. paragrafu vsebuje pravila o uporabi tujega prava. Paragraf določa, da bo arbitražno sodišče odločilo o sporu po pravu, ki so ga izbrale stranke kot merodajnega. Tudi za nemško pravo velja da, če stranke izrecno ne določijo kaj drugega, velja napotilo samo na substančna pravila in ne na kolizijsko pravo. Če stranki prava ne določita, bo arbitraža uporabila pravilo najtesnejše zveze.

Ker slovenska zakonodaja ne vsebuje pravila o določanju materialnega prava, ki naj ga uporabi arbitraža pri odločanju, je mogoče za domače institucionalne in priložnostne arbitraže zastopati stališče, da morajo te arbitraže uporabiti domače pravo. Vendar se tudi v takih primerih zastopa stališče, da se stranki lahko dogovorita o materialnem pravu, ki naj ga arbitraža uporabi¹⁰⁰.

4.1.4 Uporaba materialnega prava pri stalnih arbitražah

Pravila stalnih arbitraž ponavadi vsebujejo določbe o uporabi materialnega prava. Arbitražna pravila Mednarodne trgovinske zbornice v 17. členu določajo, da senat v sporih z

⁹⁷ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 121, 122.

⁹⁸ 471. člen ZPP.

⁹⁹ Zivilprozessordnung BDR.

¹⁰⁰ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 122, 123.

mednarodnim elementom uporabi pravo, ki so ga določile stranke kot merodajnega za vsebino spora. Če stranke prava ne določijo, uporabi senat pravo v skladu s kolizijskimi pravili, katere šteje za primerne¹⁰¹. Isto določbo vsebujejo tudi Arbitražna pravila UNCITRAL, ki v 33. členu določajo, da mora arbitražno sodišče uporabiti pravo, ki sta ga stranki določili kot veljavno za vsebino spora. Če stranki tega nista določili, mora arbitražno sodišče uporabiti pravo v skladu s tistimi kolizijskimi pravili, ki jih šteje za veljavne.

Arbitražna pravila Ameriškega arbitražnega združenja določajo podobno. Sodišče bo uporabilo materialno pravo, ki sta ga izbrali stranki in v primeru pomanjkanja take izbire, da bo sodišče izbralo pravo ali prava, ki so najprimernejša¹⁰².

Ta pravila puščajo veliko mero pooblastil arbitrom, ki odločajo o sporu in posledica tega je, da stranke investicijske transakcije ne morejo z gotovostjo predvideti prava, ki se bo uporabilo v sporu.

Materialno pravo je dobro predvideti že v glavni pogodbi. Pogodbene stranke, ki tega niso storile, lahko sklenejo sporazum o izbranem pravu tudi kasneje, tudi v primeru spora. V tem primeru se mora tak naknadni sporazum skleniti pred začetkom razpravljanja o glavni stvari. Tako je na primer po Arbitražnih pravilih ICC sporazum o merodajnem pravu vnesen v določbe o pristojnosti arbitražnega sodišča, ki ga arbitražno sodišče sestavi, preden začne s postopkom. Arbitražna pravila vsebujejo natančno opredeljene podatke, ki jih je treba vnesti v določbe o pristojnosti. Med njimi je tudi podatek o procesnem pravu, ki ga je treba uporabiti. Materialno pravo se ne omenja, to pa zato, ker se predpostavlja, da je določeno že v pogodbi. Po praksi ICC se lahko dogovorjeno pravo vnese tudi v določbe o pristojnosti bodisi zato, ker ni bilo prej dogovorjeno bodisi zato, ker stranke s tem spreminjajo prvotni sporazum.

4.1.5 Sojenje po načelu pravičnosti

Mednarodne konvencije, Vzorčni zakon UNCITRAL in zakonodaje dopuščajo dogovor strank, da bo arbitraža sodila po načelih pravičnosti – *ex aequo et bono*¹⁰³. Evropska konvencija o mednarodni arbitraži v 7. členu ne govori dobesedno o odločanju po načelu

¹⁰¹ Lojze Ude, *Arbitražno pravo*, str. 123.

¹⁰² 29/1. člen Arbitražnih pravil AAA.

¹⁰³ 1051/3. paragraf nemškega ZPO; 17/3. člen Arbitražnih pravil Mednarodne trgovinske zbornice.

pravičnosti. Vendar v prvem odstavku tega člena pravi, da bodo arbitri v primeru, da se stranke ne dogovorijo o pravu, ki naj ga arbitraža uporabi, uporabili pravo, na katero napotuje kolizijsko pravilo, za katero arbitri menijo, da je primerno ter da bodo v obeh primerih upoštevali pogodbene določbe in trgovinske običaje. Trgovinski običaji pa so v bistvu tisti, ki vsebujejo pojmovanje o tem, kaj je v določenih pogodbenih odnosih prav in pravično. Tudi Vzorčni zakon UNCITRAL v 3. odstavku 28. člena pravi, da arbitražno sodišče odloča po načelu pravičnosti ali *amiable compositeur*, če ga stranke za to posebej pooblastijo.

Opozoriti je potrebno na stališče pravne teorije, da odločanje po načelu pravičnosti ne pomeni odločanja brez kakršnihkoli pravnih podlag. Po teoriji ni mogoče postaviti ostre meje med sojenjem na podlagi zakona in med sojenjem na podlagi pravičnosti, saj tudi arbitri, ki so pooblašteni, da sodijo po načelih pravičnosti, lahko najdejo razlage za pravično odločitev v pozitivnem pravu. Nasprotno sodniki državnih sodišč iščejo v načelih pravičnosti ustrezno interpretacijo zakona¹⁰⁴. Zlasti interpretacija prava za razlago pravne norme večkrat uporablja moralna pravila o tem, kaj se v določenem pravem sistemu in v določeni družbi šteje za pravično. Na drugi strani pa arbitraže na podlagi pravičnosti prav tako uporabljajo določena pravna pravila, čeprav so se morebiti izoblikovala šele kot *lex mercatoria*. V mednarodni trgovini se razvija trgovinska praksa, ki se ne naslanja več na restriktivna pravila nacionalnih predpisov. Če taka trgovinska praksa vpliva na vsebino mednarodnih konvencij, dobi ta praksa seveda svoj formalnopravni pomen in postane preko ratifikacije mednarodne konvencije tudi del notranjega prava. Dokler pa obstajajo ti običaji zunaj vsebine nacionalnega prava, predstavljajo običaje, ki jih je mogoče opredeliti kot pravila, ki se redno uporabljajo v določenem profesionalnem okolju, in kot pravila, ki jih je treba upoštevati tudi tedaj, kadar je treba odločati po načelu pravičnosti. *Lex mercatoria* se v mednarodni trgovini razvija v obliki trgovinskih običajev, tipskih pogodb, standardnih klavzul in splošnih pogojev poslovanja. Bistvo teh pravil je, da želijo biti univerzalna in neomejena s pravili nacionalnih zakonodaj. Na eni strani so taka pravila vir mednarodnega trgovinskega prava, na drugi strani pa vplivajo na poenotenje nacionalnih zakonodaj, vsekakor pa pridejo v poštev tedaj, kadar je arbitraža pooblaščen, da odloča po načelu pravičnosti.

Kadar se stranke dogovorijo za uporabo materialnega prava, kadar arbitri uporabijo najprimernejše kolizijske norme ali kadar odločajo po načelu pravičnosti, je treba pri sojenju

¹⁰⁴ Lojze Ude, *Civilni pravdni postopek*, str. 31.

vedno upoštevati tudi pogodbeno določila oziroma pogodbene opredelitve posameznih institutov in trgovinske običaje. To poudarja tudi Evropska konvencija o mednarodni trgovinski arbitraži v 2. odstavku 7. člena¹⁰⁵.

4.2 Uporaba materialnega prava pred ICSID

Dogovor je skupek obljub predvidenih, da bodo izvršene s pravom. Materialno pravo je tisto, ki določa pravice in obveznosti strank investicijskega dogovora¹⁰⁶. Pomemben del teh pravic in obveznosti je določen s strani strank samih v investicijskem dogovoru, materialno pravo pa jim daje moč določb dogovora (v celoti ali delno) in dopolnjuje tiste, katere v dogovoru manjkajo. Bolj stranke konkretizirajo svoj dogovor z določbami, manj se upošteva materialno pravo, ki naj bo merodajno. Proces odločanja o materialnem pravu v mednarodni arbitraži je bolj kompleksen kot proces, ki se odvija v nacionalnih sodiščih ali v nacionalni arbitraži. Nacionalno sodišče določi merodajno pravo glede na pravila mednarodnega zasebnega prava merodajna za državo v kateri ima sedež, in na splošno, tudi arbitri delujejo na način, ki ne prekorači mej države v kateri so situirani. To pa ni primer v mednarodni arbitraži. Tukaj arbitražna sodišča niso zavezana uporabiti kolizijskih pravnih pravil države, v kateri se arbitražni postopek vodi in sodišče nima izčrpne zbirke pravil, ki urejajo kompleksna vprašanja vključena v proces odločanja o merodajnem pravu¹⁰⁷.

V pravni literaturi obstajata dva osnovna pristopa k predmetu materialnega prava. Subjektivni pristop daje maksimalno prednost volji strank. Sodišče mora ugotoviti voljo strank glede materialnega prava, ki naj se uporabi za dogovor in dati učinek tej volji. Objektivni pristop poudarja dejansko povezavo, ki obstaja med transakcijo in določenim pravnim sistemom. Glede na ta pristop je izbira strank omejena na tiste sisteme prava, ki imajo razumno povezavo z transakcijo.

Danes sprejeta teorija v mednarodni trgovini kombinira ta dva pristopa, podeljuje pa prioriteto subjektivnemu pristopu. V skladu s subjektivnim pristopom je prva stvar, ki jo mora sodišče ugotoviti, ali so stranke izbrale določeno pravo, katero naj bo relevantno za dogovor. Če so to storile, se naj njuna izbira spoštuje, z nekaj izjemami, katere bomo spoznali v nadaljevanju. V

¹⁰⁵ Lojze Ude, Arbitražno pravo, str. 124 – 126.

¹⁰⁶ To je tudi razlika od procesnega prava, ki določa kako izvršiti pravice in obveznosti določene v materialnem pravu.

¹⁰⁷ Moshe Hirsch, str. 116.

primeru pomanjkanja izbire s strani strank, pa se obrnemo na objektivni kriterij in sodišče mora najti sistem prava, s katerim je dogovor najtesneje povezan¹⁰⁸.

Washingtonska konvencija v 42. členu napotuje arbitražna sodišča Centra kako morajo izbrati materialno pravo, po katerem se bo spor reševal:

- a) sodišče reši spor po pravilih o katerih sta se stranki dogovorile;
- b) v primeru, da ni dogovora strank, sodišče uporabi pravo države pogodbenice, ki je stranka v sporu (vključno z njenimi kolizijskimi pravili) in tiste predpise mednarodnega prava, ki so relevantni;
- c) strankam je dovoljeno, da pooblastijo sodišče, da spor reši *ex aequo et bono*;
- d) sodišče se ne more razglasiti za nepristojno zaradi molka ali nejasnosti zakona.

Glavne prednosti tega dogovora, v primerjavi s pravnimi pravili v drugih arbitražnih institucijah, so:

- stranke arbitraže lahko predvidijo pravo, ki ga bo sodišče uporabilo,
- stranke uživajo veliko fleksibilnost pri oblikovanju prava in
- izvršitev arbitrov je relativno preprosta.

Arbitražna pravila Mednarodne trgovinske zbornice, Ameriškega arbitražnega združenja in pravila UNCITRAL-a dajejo strankam svobodo izbrati materialno pravo, po katerem se bo spor reševal (podobno kot 42. člen Konvencije), ne zagotavljajo pa vodenja arbitrom kako naj izberejo pravo v primeru, ko se o tem niso sporazumele stranke¹⁰⁹.

Washingtonska konvencije v 42. členu določa arbitrom relativno jasno ureditev v primeru pomanjkanja dogovora med strankama, da morajo uporabiti pravo države gostiteljice skupaj s pravili mednarodnega prava. Kombinacija teh dveh pravnih sistemov varuje tako interese države pogodbenice (s tem, da njeno pravo ureja investicije na njenem teritoriju), kot tudi interese tujega investitorja (s tem, da v primeru spora ni relevantno le pravo države gostiteljice). Imata pa stranki seveda možnost, da se sami dogovorita o merodajnem pravu¹¹⁰.

¹⁰⁸ Moshe Hirsch, str. 117.

¹⁰⁹ Moshe Hirsch, str. 110.

¹¹⁰ Moshe Hirsch, str. 111.

4.2.1 Izbira prava s strani strank

4.2.1.1 Svoboda strank izbrati merodajno pravo

Konvencija določa, da sodišče odloči o sporu v skladu s pravili, ki jih določita stranki¹¹¹. Ta določba je v skladu s subjektivnim pristopom in postavlja pravilo – katero uživa visoko priznanje v obeh mednarodnih arbitražah, javni in trgovinski – avtonomije strank pri izbiri merodajnega prava za vsebino pogodbe.

Pravilo avtonomije strank je bilo sprejeto v pravne sisteme mnogih držav v različnih delih sveta, v arbitražna pravila osnovnih arbitražnih institucij¹¹² in je bilo široko dopolnjeno s strani mednarodnih arbitražnih sodišč. Prednost te določbe je, da se na enostaven način določi materialno pravo, kar pomeni, da ne prihaja so zapletov pri njegovem določanju. Poleg tega pa zagotavlja strankam v sporu relativno visoko stopnjo predvidljivosti.

Določbe 42. člena Konvencije omogočajo strankam izbrati pravni sistem določene države ali pravila mednarodnega prava. Postavlja se vprašanje ali lahko stranke izberejo več pravnih sistemov hkrati. Iz Washingtonske konvencije ni mogoče razbrati prepovedi "cepitve". Konvencija v prvem odstavku 42. člena določa, da bo sodišče odločilo v skladu s tistimi pravnimi pravili, ki jih bodo določile stranke. Ker Konvencija uporablja pojem pravna pravila in ne pojem pravni sistem lahko sklepamo, da Konvencija dovoljuje strankam veliko fleksibilnost pri izbiri materialnega prava, ki se lahko tako odločijo tudi, da bodo določeni deli različnih pravnih sistemov relevantni za različne dele pogodbe¹¹³.

Drugo vprašanje, ki se lahko pojavi pri načelu svobodne izbire merodajnega prava, je ali lahko stranke izberejo pravila, ki niso v veljavi v nobenem pravnem sistemu. Ali torej načelo svobode vključuje pravila, ki jih lahko najdemo v konvencijah, ki še niso stopile v veljavo, v nacionalnem pravu, ki je bilo razveljavljeno, v "enotnem" pravu (kot je Enotni trgovinski zakonik¹¹⁴ v Združenih državah) ali celo v pravilih, ki jih vsebujejo določeni osnutki. Odgovor na to vprašanje zahteva obsežno razpravo o osnovnem pomenu termina "pravna

¹¹¹ 42/1. člen Washingtonske konvencije.

¹¹² 33/1. člen Arbitražnih pravil UNCITRAL ; 13/3. člen Arbitražnih pravil ICC; 29/1. člen Arbitražnih pravil AAA.

¹¹³ Aleš Ferčič, str. 352.

¹¹⁴ The Uniform Commercial Code.

pravila", zdi pa se, da iz besed 1. odstavka 42. člena Konvencije izhaja pritrديلen odgovor. Vzorčni zakon UNCITRAL v prvem odstavku 28. člena določa, da bo arbitražni senat odločil o sporu v skladu s pravnimi pravili, ki so jih stranke izbrale kot merodajna za vsebino spora. Tudi ta določba vsebuje isti termin "pravna pravila" in v interpretaciji tega termina je bilo poudarjeno, da je jasni namen načrtovalcev dovoliti strankam izbrati pravo, ki ni v veljavi.

V okviru načela avtonomije je strankam dovoljeno tudi, da same ustvarijo sistem pravil, ki bodo merodajna za njun dogovor. Moramo pa poudariti, da določbe dogovora, ki jih ustvarijo stranke, same po sebi ne morejo ustvariti pravnega reda, ki bo reguliral spore, ampak je potrebno pri reševanju spora uporabiti še kakšna druga pravila npr. mednarodnega prava ali splošna pravna načela.

Precedens v mednarodnem javnem pravu glede tega je arbitražna odločba, katera je bila izrečena v sporu med Združenimi državami in Veliko Britanijo leta 1827. Arbitražni dogovor je tu podrobno določal, da mora sodišče v sporu uporabiti tri nevtralna pravila (the "Washington rules"), ki sta jih določili stranki v 6. členu dogovora. Hkrati se naj uporabijo tudi pravila mednarodnega prava, ki so v skladu z zgornjimi pravili. Arbitri so tem navodilom sledili. Stranke arbitraže niso težile k temu, da bi določile vsa pravila materialnega prava, ki bi jih arbitri morali uporabiti, ampak so konkretizirale tri pravila, ki so bila merodajna skupaj s pravili mednarodnega prava.

Prava mednarodne arbitraže sprejemajo subjektivni pristop v njegovi razširjeni verziji, hkrati pa določajo objektivne meje svobode strank, povezane z javnim redom, prek katerih stranke ne smejo. Lahko zaključimo, da je strankam načeloma dovoljeno oblikovati merodajno pravo in ne samo izbrati ga, ampak je ta svoboda omejena s pravili javnega reda mednarodne skupnosti¹¹⁵.

Videli smo, da 1. odstavek 42. člena Konvencije določa, da sodišče odloči o sporu na podlagi pravil, ki jih določijo stranke. Sodišče mora želje strank, izražene v dogovoru, upoštevati. Lahko pa se zgodi da stranke, namerno ali nenamerno, ne določijo izrecno merodajnega prava za njun dogovor.

¹¹⁵ Moshe Hirsch, str. 120.

V primeru odsotnosti izrecnega dogovora se poraja vprašanje ali se mora sodišče obrniti na izrecno določbo 1. odstavka 42. člena Konvencije (katera napotuje na nacionalno pravo države gostiteljice in na pravila mednarodnega prava) ali mora prvo poizkusiti ugotoviti voljo strank v dogovoru. V skladu s subjektivnim pristopom prevladuje stališče, da mora sodišče najprej poskušati ugotoviti voljo strank, katero merodajno pravo uporabiti, preden se obrne na nacionalno pravo države gostiteljice in pravila mednarodnega prava. To pa zato, ker je osnova subjektivnega pristopa načelo, da se spoštuje volja strank in če le ta ni izrecno navedena v sporazumu, jo mora sodišče skušati ugotoviti iz okoliščin investicijske pogodbe¹¹⁶. To pravilo je danes sprejeto v večini pravnih sistemov, prav tako pa ga podpira praksa v mnogih arbitražnih odločbah. Sodišče bo pri ugotavljanju volje strank upoštevalo določbe dogovora, klavzulo, ki določa sedež arbitražnega sodišča in zunanje okoliščine investicijskega dogovora.

Vprašanje ali so sodišča Centra zavezana spoštovati voljo strank izvira iz zadeve *Lecto v. Liberia*¹¹⁷. Ena izmed klavzul dogovora med strankama je določala, da je dogovor sklenjen v skladu s splošnim poslovnim pravom (General Business Law) Liberijskega kodeksa (the Liberian Code of Laws) iz leta 1956. Sodišče je bilo mnenja, da ta klavzula izrecno napotuje na liberijsko pravo kot pravo merodajno dogovoru. Odvetnik *Lecto* podjetja je ugovarjal, da ta določba ne kreira izrecnega dogovora kar se tiče merodajnega prava. Sodišču se ni zdelo potrebno odločiti o tem ugovoru glede na to, da bi po njegovem mnenju končni izid bil spet enak. Sodišče je pojasnilo, da relevantna pravila liberijskega prava (katera sama bi bila merodajna, če sprejmemo, da zgornja klavzula nakazuje izrecno izbiro) ne nasprotujejo pravilom mednarodnega prava (katera so merodajna skupaj z liberijskim pravom glede na dejstvo, da stranki nista izbrali nobenega prava).

Ob pazljivemu branju razlogov sodišča v tej zadevi se zdi, da se po mnenju sodišča začetek 1. odstavka 42. člena Konvencije nanaša samo na jasno izbiro prava s strani strank in da se mora, v primeru pomanjkanja izrecne izbire, uporabiti pravilo v zaključku člena (katero napotuje na nacionalno pravo države gostiteljice in pravila mednarodnega prava). Sodišče ni pojasnilo svojih razlogov za tak pristop. Zdi se pa, da le ta ni bil izboljššan z besedami Konvencije in zagotovo ni združljiv s prakso v mednarodni arbitraži.

¹¹⁶ Aleš Ferčič, str. 353.

¹¹⁷ Zadeva z opr. št. ARB/87/26.

Bolj zaželen pristop je bil prisvojen v zadevi Asian Agricultural Products Limited (AAPL) v. Sri Lanka¹¹⁸. V tej zadevi je pristojnost Centra temeljila izključno na dvostranski pogodbi za zaščito investicij med Sri Lanko in Veliko Britanijo in ne na arbitražni klavzuli, ki bi bila vnešena v investicijski dogovor. Sodišče je ugotovilo, da sta obe stranki delovali na način, ki nazorno prikaže njun medsebojni dogovor, tj., da sta smatrali določbe dvostranske mednarodne pogodbe Sri Lanka / Velika Britanija kot primarni vir merodajnih pravnih pravil. Ta odločba potrjuje dejstvo, da se v praksi dovoljuje tudi konkludentni izbor merodajnega prava in da se mora spoštovati nakazana volja strank, katero pravo naj bo merodajno¹¹⁹.

Kot smo videli, začetek 1. odstavka 42. člena Konvencije nakazuje sodišču, da odloči v sporu v skladu s pravnimi pravili, ki jih določijo stranke. Stranke izberejo materialno pravo na splošno v času, ko sklepajo investicijski dogovor, vendar pa stranke arbitražnega postopka pred Centrom niso omejene na ta datum. Pravilo v mednarodni arbitraži je, da stranke lahko izberejo materialno pravo tudi po zaključku dogovora in celo med tekom postopka pred arbitražnim sodiščem¹²⁰. To pravilo je v skladu z subjektivnim pristopom in če je strankam dovoljeno narediti tak dogovor, kateri določa merodajno pravo, potem jim je dovoljeno tudi, da ta dogovor ali njegov del prekličijo in sklenejo nov dogovor o spremembi merodajnega prava. Nesporno je to pravilo v skladu s 1. odstavkom 42. člena Konvencije, kateri ne omejuje določitve prava s strani strank na določen datum.

Podporo temu vidiku lahko najdemo tudi v dejstvu, da Konvencija dovoljuje strankam, da se sporazumejo o pristojnosti Centra tudi po nastanku dogovora in po nastanku spora. In, če se stranke lahko sporazumejo o pristojnosti Centra po nastanku spora, ne obstaja noben razlog, ki bi jim preprečil izbiro, v tem kasnejšem sporazumu, materialnega prava, ki naj bo merodajno.

Podobne okoliščine izhajajo iz zadeve B&B v. Kongo¹²¹, v kateri je bil sklenjen dogovor med italijansko družbo B&B in vlado Konga, ki je zadeval ustanovitev in delovanje tovarne za proizvodnjo plastičnih steklenic pod skupnim lastništvom. V dogovoru je vlada prevzela financiranje ustanovitve obrata, medtem ko je podjetje prevzelo izgradnjo obrata in prodajo steklenic. Ko je vlada prevzela kontrolo nad skupno tovarno, se je B&B obrnil na Center za

¹¹⁸ Zadeva z opr. št. ARB/87/3.

¹¹⁹ Moshe Hirsch, str. 122.

¹²⁰ Krešimir Sajko, str. 118.

¹²¹ Zadeva z opr. št. ARB/82/21.

arbitražo. V teku razprave pred arbitražnim sodišču so se stranke dogovorile, da bo sodišče sodilo po načelu *ex aequo et bono* in sodišče je ta zakasnel dogovor spoštovalo¹²².

Vsak pravni sistem je podvržen spremembam v teku časa in vprašanje je ali mora sodišče uporabiti določeno pravo, izbrano s strani strank, kot je bilo v veljavi v času, ko je bil dogovor sklenjen ali mora uporabiti pravo, ki velja na dan, ko se spor rešuje. Splošni vidik je, da bi moralo arbitražno sodišče, katero je pooblašeno s strani strank, da uporabi določeno pravo, uporabiti pravo kot velja v času odločanja o sporu. To je tudi v skladu s 1. odstavkom 42. člena Konvencije.

Pravilo, da je merodajno pravo tisto, katero je v veljavi v času odločanja o zadevi, se ne uporabi v dveh primerih:

- a) kadar izbrano pravo, ki velja na dan, ko se spor rešuje, posega v pravice, ki so bile veljavno pridobljene in
- b) v primerih, ko se izbrano pravo, ki velja na dan, ko se spor rešuje, bistveno razlikuje od izbranega prava, ki je veljalo na dan, ko sta ga stranki izbrali¹²³.

Razlog za drugo izjemo je v skladu s subjektivnim pristopom, glede na katerega lahko sklepamo, da stranke, katere so izbrale določeno pravo, niso imele namena uporabiti pravo, ki je bilo podvrženo takim daljnosežnim spremembam.

Pravilo, uporabiti pravo kot velja v času odločanja o sporu, je posebej pomembno v investicijskih dogovorih, ki napotujejo sodišče izključno na pravo države gostiteljice. To pa zato, ker ima država gostiteljica moč spremeniti svoje domače pravo in lahko uzakoni pravo, ki neugodno vpliva na pravice zasebnega investitorja, s sredstvi spremeni določbe dogovora ali ga naredi celo ničnega. To seveda izpostavlja investitorja določenemu riziku in sredstvo proti temu je, da dogovor vključuje določbe, ki določajo kot merodajno mednarodno pravo¹²⁴ ali tiste, ki določajo, da je merodajno pravo tisto, ki je bilo v veljavi v času podpisovanja dogovora (stabilizacijska klavzula).

¹²² Moshe Hirsch, str. 123.

¹²³ Aleš Ferčič, str. 353.

¹²⁴ Moshe Hirsch, str. 124.

4.2.1.2 *Omejitve svobode strank izbrati merodajno pravo*

Prava mednarodne arbitraže dajejo strankam svobodo, da izberejo merodajno pravo, ki ga bo sodišče uporabilo, ko bo reševalo spor med njima. To načelo podeljuje pogodbeni stopnji prioriteto pred stopnjo nacionalnega in mednarodnega prava. Vprašanje, ki se poraja tukaj je ali je pogodbeni stopnji podeljena absolutna prednost pred ostalima dvema stopnjama in ali je svoboda strank predmet omejitev, katere imajo vir v objektivni osnovi merodajnega prava. Ogleдали si bomo tri osnovne argumente za omejitve svobode strank pri izbiri materialnega prava:

1. pomanjkanje razumne povezave med izbranim pravom in strankami ali pogodbo;
2. poizkus strank, da se izogneta uporabi določenega pravnega sistema; in
3. nasprotje med pravom izbranim s strani strank in javnim redom ali kogentnimi normami mednarodnega prava.

Nekateri nacionalni pravni sistemi dovoljujejo strankam izbrati pravo, ki je merodajno v sodnem postopku, ampak je taka izbira omejena na pravo, ki ima razumno povezavo z poslom ali s strankami¹²⁵. Glavni razlog za to omejitev leži v želji, da se preprečijo primeri v katerih bi bilo merodajno pravo izbrano na nelogičen način ali primeri v katerih se stranke ne zavedajo vsebine prava, ki sta ga izbrale kot merodajnega za njun spor. Pomembni učenjaki ne priznavajo uporabe te izjeme v mednarodni arbitraži¹²⁶. Navajajo, da je glavni razlog, da stranke podvržejo svoj spor mednarodni arbitraži in izkoristijo možnost izbire prava dejstvo, da to izbrano pravo ni povezano s strankami ali pogodbo in se zato smatra s strani strank za nevtralnno. Mednarodne investicijske pogodbe se sklepajo z resnimi nameni in ne smemo domnevati, da stranke delujejo z iracionalnimi motivi, ko izbirajo merodajno pravo. Vse to, kombinirano z nedvoumno določbo 1. odstavka 42. člena Washingtonske konvencije, naredi skoraj nemogoče, da sodišče Centra zavrne pravo, ki je bilo izbrano s strani strank zato, ker je mnenja, da med pogodbo in izbranim pravom ni ustrezne povezave.

Kolizijska pravna pravila v številnih državah določajo, da se ne sme upoštevati izbira prava, kadar stranki tako izbiro opravita, da bi se izognili obveznim pravnim pravilom, ki bi bila merodajna v primeru, če se stranki ne bi dogovorili. Določba v tem smislu je bila celo vključena v 7. člen Evropske konvencije o pravu merodajnem za pogodbene obveznosti iz leta

¹²⁵ To je primer večine držav v Združenih državah in prav tako v Britaniji.

¹²⁶ Moshe Hirsch, str. 125.

1980. V skladu s to določbo, če ima pogodba tesno zvezo s pravom druge države in to pravo vsebuje obvezna pravila, lahko sodišče odloči v skladu s temi obveznimi pravili kljub temu, da obstaja nasprotna določba strank glede merodajnega prava.

To pravilo se ne uporablja za mednarodne arbitraže in posebno ne v arbitražah v mednarodnih investicijskih sporih, ki so vodeni pod okriljem Centra. Stranke investicijskega dogovora pogosto izberejo pravo, ki ni pravo države pogodbenice (ki je merodajno skupaj s pravili mednarodnega prava, v primeru pomanjkanja dogovora s strani strank, na temelju 1. odstavka 42. člena Konvencije) z izrecnim namenom izogniti se uporabi prava države gostiteljice. Eden pomembnih motivov za to izbiro leži v želji dveh strank uporabiti nevtralno pravo, ki ni povezano z ali je predmet, na katerega lahko ena od strank vpliva. Vse to je v prid tujemu investitorju, kateri se zaveda moči države gostiteljice, da spremeni nacionalno pravo v svoj prid¹²⁷. Uporaba zgornje omejitve investicijskih dogovorov med državo gostiteljico in tujim investitorjem bi nerazumno omejila svobodo strank izbrati merodajno pravo in prepustila tujega investitorja na milost in nemilost države gostiteljice.

Kolizijska pravna pravila mnogih držav ne dovoljujejo uporabe tujega prava, ki je v nasprotju z javnim redom države. Poraja se vprašanje ali je sodišče Centra zavezano, da ne uporabi prava, ki sta ga izbrali stranki zato, ker nasprotuje javnemu redu določene države ali mednarodne skupnosti. Odgovor je pritrdilen. Vsaka skupnost (ali je to država, organizacija države ali celoten mednarodni sistem) ima interese, ki so nujno potrebni za njen obstoj, osnovne socialne norme in moralne vrednote. Ko običajna kolizijska pravila napotujejo na uporabo prava, ki je v nasprotju s temi vrednotami, sodišče teh pravil ne sme uporabiti zato, da zaščiti te osnovne vrednote. Vsebina teh pravil se seveda spreminja, od družbe do družbe, glede na kulturne, socialne, politične in ekonomske sisteme vsake družbe.

Jasno je, da mora vsako arbitražno sodišče Centra odkloniti uporabo prava, ki je v nasprotju z javnim redom, poraja pa se vprašanje ali mora sodišče upoštevati nacionalni javni red določene države ali javni red mednarodne skupnosti. Mednarodna trgovinska arbitražna sodišča morajo upoštevati najmanj javni red države, v kateri se prizadeva doseči izvršitev arbitražne odločbe, saj države ne bodo uveljavile arbitražne odločbe, če njena vsebina nasprotuje lokalnemu javnemu redu¹²⁸. Sodišča Centra so po naravi mednarodna in

¹²⁷ Moshe Hirsch, str. 126.

¹²⁸ Točka (e) 1. člena Ženevske konvencije o izvrševanju tujih arbitražnih odločb.

ustanovljena neodvisno od nacionalnih pravnih sistemov¹²⁹. Tako lahko sklepamo, da morajo sodišča Centra odkloniti uporabo prava, ki je bilo izbrano s strani strank, samo do mere, ki nasprotuje pravilom mednarodnega javnega reda in ne tistim, ki veljajo za posamezno državo. Arbitražno sodišče lahko seveda upošteva pravila javnega reda različnih nacionalnih pravnih sistemov, ko išče identifikacijo določenega pravila med javnim redom. Pravila javnega reda mednarodne skupnosti seveda ne morejo nadomestiti merodajnega prava, lahko pa zagotovijo, da bo arbitražna odločba v okviru splošne sestave teh osnovnih pravil.

Še ena omejitev svobode strank izbrati materialno pravo je pomembna in sicer, kadar pravila izbranega sistema nasprotujejo kogentnim normam mednarodne skupnosti. Ločiti moramo med zavrnitvijo izbranega prava, kot rezultat omejitve javnega reda in med dominantnostjo kogentnih norm celo tam, kjer sta stranki izbrali kot merodajne druge norme¹³⁰. V prvem primeru je izbira merodajnega prava zavrnjena zaradi njegove vsebine zato, ker je izbrano pravo v nasprotju z osnovnimi moralnimi vrednotami mednarodne skupnosti. V kasnejšem primeru je sodišče zavrnilo izbrano pravo zato, ker je bilo zavezano uporabiti določeno kogentno normo.

Mednarodno javno pravo priznava kogentna pravila od katerih se države ne smejo oddaljiti v mednarodnih konvencijah¹³¹. Glede na to, da imajo arbitražni postopki pred Centrom mednarodni karakter – in so vodeni v okviru sestave mednarodne organizacije v skladu z mednarodno konvencijo – so tudi sodišča Centra vezana na kogentne norme mednarodnega javnega prava, katera so del njihovega *lex fori*. Zato stranke arbitražnega postopka pred Centrom ne morejo izbrati kot merodajna tista pravna pravila, ki so v nasprotju z kogentnimi normami mednarodnega prava. Te norme lahko tvorijo dodatni sloj materialnega prava, ki ga mora Center uporabiti v sporih, ki so nanj naslovljena (lahko pa predvidevamo, da bo zatočišče k njim minimalno).

Iz vsega zgornjega je jasno, da stranke arbitraže pred Centrom uživajo veliko mero svobode pri izbiri merodajnega prava in v večini primerov bo pogodbeno stopnja prevladala nad stopnjo nacionalnega prava in mednarodnega prava v procesu izbire. Stranke lahko izberejo

¹²⁹ Moshe Hirsch, str. 127.

¹³⁰ Moshe Hirsch, str. 128.

¹³¹ 53. člen Dunajske konvencije.

katerokoli nacionalno pravo želijo in mednarodno pravo vsiljuje samo splošne meje, ki bodo sredstvo le v redkih primerih¹³².

4.2.1.3 *Renvoi doktrina*

Predmet zavračanja nastane vedno, ko izbrana pravna pravila napotujejo na določen pravni sistem, pravila tega pravnega sistema pa napotujejo na drug pravni sistem. Nekaj rešitev tega problema so predlagale države oziroma so predlagali pravni sistemi različnih držav, za naše potrebe pa je pomembno poudariti, da se pravila zavračanja na splošno ne uporabljajo kadar sta stranki dogovora izbrali pravo, ki naj velja za njun sporazum¹³³.

Razlog za tak pristop ima osnove v subjektivnem elementu izbire prava. Razen če stranki izrecno ne določita drugače, je njun namen uporabiti domača pravila in ne kolizijska pravila prava, ki sta ga izbrali. To pravilo velja tudi za mednarodne arbitraže. S tem, ko stranki izbereta določen pravni sistem, ne smemo domnevati, da sta imeli namen uporabiti pravila mednarodnega zasebnega prava izbranega sistema, razen če sta se stranki izrecno dogovorili drugače.

Washingtonska konvencija določa, da sodišče reši spor po tistih pravilih o katerih sta se stranki dogovorili. Če se stranke o tem ne dogovorijo, sodišče uporabi pravo države pogodbenice, ki je stranka v sporu (vključno z njenimi predpisi o koliziji zakonov) in tiste predpise mednarodnega prava za katere meni, da so primerni¹³⁴.

Z našega vidika bi moralo sodišče uporabiti pravo države, ki sta ga strank izbrali brez kolizijskih pravil tega sistema. To je v skladu s subjektivnim pristopom, ki je jasno izražen v začetku 1. odstavka 42. člena Konvencije. Stranke dogovora imajo namen, ko izberejo določen pravni sistem, da bodo merodajna za transakcijo pravna pravila tega sistema in ne pravila pravnega sistema, na katera kolizijska pravila izbranega prava napotujejo. To je tudi v skladu s sprejetimi pravili interpretacije mednarodnih pogodb. V mednarodnih konvencijah je

¹³² Moshe Hirsch, str. 129.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ 42/1. člen Washingtonske konvencije.

renvoi zaradi problemov, ki jih prinaša, praviloma izključen. Napotitev na pravo neke države se smatra kot napotitev na materialno pravo¹³⁵.

4.2.2 Pomanjkanje izbire prava s strani strank

Pogosto investicijski dogovori ne vsebujejo nobene določbe glede merodajnega prava. Ta molk pa ne pomeni, da se stranki ne zavedata pomembnosti predmeta. Stranki prava ne izbereta, če se ne moreta dogovoriti o merodajnem pravu ali zaradi strahu, da bo spor o merodajnem pravu v času pogajanj preprečil podpis investicijske pogodbe¹³⁶. V primeru odsotnosti dogovora strank o merodajnem pravu Arbitražna pravila UNCITRAL in Mednarodne trgovinske zbornice zagotavljajo, da lahko arbitri izberejo pravo glede na primerna kolizijska pravna pravila, hkrati pa morajo upoštevati določbe dogovora in relevantne trgovinske običaje. Določbe 1. odstavka 7. člena Evropske konvencije o mednarodni trgovinski arbitraži iz leta 1961 so skoraj identične. Take določbe povzročijo, da ne moremo predvideti odločitve sodišča katero pravo bo izbrano in ne zagotavljajo jasnih navodil sodišču kako morajo postopati oziroma delovati.

Kadar stranki ne izbereta prava, ki naj bo merodajno, se praviloma uporablja objektivni pristop. V zadnjih nekaj desetletjih je mnogo držav prisvojilo kriterij, da je v primeru pomanjkanja dogovora merodajno pravo tisto z najtesnejšo povezavo. Glede na ta kriterij bi za dogovor moral biti merodajen pravni sistem, ki ima najtesnejšo zvezo s transakcijo in strankami. Pri določevanju takega pravnega sistema¹³⁷ sodišča upoštevajo mnogo faktorjev, med njimi: obliko dogovora, kraj, kjer je bil dogovor sklenjen, kraj pogajanj, kraj izvršitve, sedež arbitraže, lokacijo predmeta dogovora in ostale lastnosti strank (državljanstvo, prebivališče, centralni kraj poslovanja). To pravilo zagotavlja nekaj vodenja arbitrom in strankam kako naj postopajo, ne zagotavlja predvidljivosti. Kadar bo sodišče upoštevalo kriterij najtesnejše zveze v mednarodnih investicijah, ga bo ta napotil na pravo države gostiteljice. Določba 1. odstavka 42. člena Konvencije kreira rahlo ravnotežje med interesi države gostiteljice in interesi investitorja ter zagotavlja relativno jasno vodenje arbitrom in strankam katero materialno pravo bo veljavno za spor¹³⁸.

¹³⁵ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 241.

¹³⁶ Aleš Ferčič, str. 354.

¹³⁷ Moshe Hirsch, str. 132.

¹³⁸ Moshe Hirsch, str. 133.

4.2.2.1 *Pravo države gostiteljice*

Konvencija v 1. odstavku 42. člena določa, da v primeru ko o merodajnem pravu ni dogovora strank, sodišče uporabi pravo države pogodbenice, ki je stranka v sporu (vključno z njenimi kolizijskimi pravili) in ostale predpise, ki so relevantni. V večini primerov je bilo za tuje investicije, na teritoriju te države, uporabljeno pravo države gostiteljice, celo pod kriterijem najtesnejše povezave. Kadar se v sporu med državo gostiteljico in tujim investitorjem uporabi pravo države gostiteljice, se lahko pojavita dva problema. Prvi problem je, da lahko naletimo na pomanjkanje pravnih pravil, ki regulirajo investicije v državi gostiteljici. Drugi problem leži v moči države gostiteljice, da spremeni nacionalno pravo na način, ki bo neugodno vplival na pravice investitorja v investicijskem dogovoru.

Mnogo investicij je narejenih v državah, ki so šele pred kratkim dosegle neodvisnost. Včasih pravni sistemi v takih državah niso zadostno razviti, da bi zagotovili odgovore na mnoga kompleksna vprašanja, ki izhajajo iz mednarodnih investicijskih sporov¹³⁹. Arbitražno sodišče Centra se lahko znajde v situaciji, ko je zavezano poiskati, v nezadostno razvitem pravem sistemu, vsa pravila potrebna za rešitev določenega spora. Ta problem postane še bolj pereč odkar 2. odstavek 42. člena Konvencije vsebuje kategorično prepoved, po kateri se sodišče ne sme izreči za nepristojno v primeru molka ali nejasnosti prava.

Zdi se, da v takih primerih odločilno vlogo odigra mednarodno pravo. Konvencija v 2. odstavku 42. člena določa, da bo sodišče uporabilo tista pravila mednarodnega prava, ki se mu zdijo primerna, iz česar lahko sklepamo, da se sodišče lahko zateče k pravilom mednarodnega prava, zato da zapolni določene praznine v nacionalnem pravu. Tako so sodišča Centra večkrat odločila, da so pooblaščenca obrniti se na pravila mednarodnega prava kadar obstaja praznina v nacionalnem pravu.

Zgodi se lahko, da obstoječa pravila mednarodnega prava ne zagotavljajo primerne odgovora na problem s katerim so soočeni. V tem primeru se lahko sodišča obrnejo na splošna pravna načela, katera predstavljajo enega izmed virov mednarodnega prava. Ta vir, kateri primarno obsega določbe skupne večini pravnih sistemov v svetu, lahko v mnogih primerih zagotavlja pravila, katera manjkajo v pravu države gostiteljice.

¹³⁹ Ibidem.

Kadar se stranki ne sporazumeta glede merodajnega prava, 1. odstavek 42. člena Konvencije napotuje sodišče na pravni sistem države gostiteljice – vključno z njenimi kolizijskimi pravili. Do danes so pravila kolizijskega prava države gostiteljice igrala zelo majhno vlogo v arbitražnih odločbah Centra. Izrecna napotitev na ta pravila je bila narejena v arbitražni odločbi Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon¹⁴⁰. Stranki investicijskega dogovora se nista dogovorili o merodajnem pravu v investicijski pogodbi in sodišče je bilo mnenja, da je merodajno pravo Camerona¹⁴¹. Kot rezultat Cameroonove kolonialnega nasledstva, sta na njegovem ozemlju veljala dva pravna sistema. Skupno (common) pravo je veljalo na območju, ki je bilo pod britansko oblastjo, francosko pravo pa tam, kjer so imeli oblast Francozi. Sodišče je ugotovilo, da bi se v skladu s pravili Cameroonovega mednarodnega zasebnega prava, uporabilo francosko pravo glede na to, da je bila tovarna, kot objekt investicijskega dogovora, locirana na francoskem teritoriju. Dvomljivo je ali so imeli načrtovalci Konvencije namen, da bi kolizijska pravila države gostiteljice bila sredstvo za rešitev notranje državnega konflikta (kot se je zgodilo v zgornjem primeru), končni rezultat v tem primeru pa se zdi vseeno primeren. Sodišče se je očitno oprlo na nacionalna pravna pravila zato, da je izbralo pravo merodajno dogovoru, kar pa ne pomeni, da ta notranja pravila predstavljajo kolizijsko pravna pravila v 1. odstavku 42. člena Konvencije.

4.2.2.2 Mednarodno pravo in njegov status v primerjavi z domačim pravom

Za mednarodno pravo velja, da se uporablja v primeru, ko teče postopek med subjekti mednarodnega prava, večinoma med državami in mednarodnimi organizacijami. Posameznik per se ni subjekt mednarodnega prava. V preteklih desetletjih je bilo mnogo govora o možnosti mednarodnega javnega prava, da regulira pogodbene odnose med subjektom mednarodnega prava (večinoma državo) in posameznikom. Nekateri so ugovarjali, da se pogodbeni odnosi med tujo državo in zasebnim posameznikom ne morejo regulirati s pravili mednarodnega prava, saj so bila ta pravila ustvarjena v glavnem zato, da bodo urejala odnose v državah in mednarodnih organizacijah. Trdili so, da pravila mednarodnega prava niso zadosti fleksibilna in so na sploh neustrezna za reguliranje takih sporazumov. Drugi so bili mnenja, da mednarodno pravo ne vsebuje pravil, potrebnih za reguliranje kompleksne

¹⁴⁰ Zadeva z opr. št. ARB/81/2.

¹⁴¹ Moshe Hirsch, str. 134.

ekonomske aktivnosti med zasebnim investitorjem in tujo državo¹⁴². Tudi pravniki tretjega sveta nasprotujejo uporabi mednarodnega prava v takih investicijskih dogovorih. Zagovarjajo stališče, da sedanje veljavno mednarodno pravo določa izključno uporabo nacionalnega prava za tuje investicije na teritoriju države gostiteljice.

Na vse te argumente so zagovorniki odgovorili, da mednarodno pravo je sposobno regulirati pogodbene odnose med tujo državo in zasebnim investitorjem in da vsebuje osnovna pravila potrebna za ta namen (kot so pravila mednarodne odgovornosti, katera veljajo tudi za obveznost države vis a vis tujemu investitorju). V nobenem primeru ni dvoma, da obstoječa pravila mednarodne arbitraže, katera prepoznajo načelo svobode strank izbrati merodajno pravo, ne ovirajo strank pri izbiri mednarodnega prava kot prava merodajnega za njihov dogovor. Za mnogi temi argumenti stoji želja investitorjev uporabiti pravila mednarodnega prava kot zaščito proti moči države gostiteljice, da enostransko spremeni domačo pravo v njihovo škodo. Po njihovem mnenju uporaba pravil mednarodnega prava, katera država gostiteljica ne more spremeniti, samih ali skupaj s pravom države gostiteljice, lahko ustvari najboljšo zaščito proti enostranskim spremembam določb dogovora med strankama.

Iz 1. odstavka 42. člena Konvencije¹⁴³, kateri napotuje sodišče, da uporabi pravila mednarodnega prava v investicijskih sporih med državo in zasebnim investitorjem (skupaj s pravom države gostiteljice), v primeru pomanjkanja dogovora, lahko razberemo, da Konvencija dovoljuje uporabo mednarodnega prava v odnosih tega tipa celo v sporih, ki se rešujejo izven okvira Centra. Določbe Konvencije, ki se nanašajo na pravila mednarodnega prava so bila žarišče izčrpne diskusije med pripravami Konvencije. V pripravljalnem osnutku je bilo predlagano, da naj v primeru pomanjkanja dogovora s strani strank, katero pravo naj bo merodajno, sodišče odloči v skladu z nacionalnim pravom ali mednarodnim pravom. Ta določba ne napotuje izrecno na pravo države gostiteljice, zato je veliko Azijskih in Afriških držav ugovarjalo, da že samo dejanje investiranja v državo gostiteljico kot tako pomeni, da je tuj investitor pristal na uporabo nacionalnega prava in da bi moralo biti relevantno edino to pravo.

Prvi osnutek, kateri je bil predložen pravnemu komiteju, je bil podoben temu omenjenemu zgoraj in je vseboval predlog v smislu, da bo v primeru pomanjkanja dogovora s strani strank,

¹⁴² Moshe Hirsch, str. 135.

¹⁴³ Moshe Hirsch, str. 136.

sodišče odločilo glede na pravna pravila nacionalnega in mednarodnega prava, kot se zdi primerna. Majhna razlika (z dodatkom besede "in") v tem osnutku je imela namen, da zagotovi razvijajočim državam, da sodišče¹⁴⁴ ni zavezano izbirati med domačim in mednarodnim pravom ampak bi bilo pooblaščen, da določi pravo glede na oba pravna sistema. Predstavniki kar nekaj držav so ugovarjali, da bi moralo sodišče uporabiti izključno pravo države gostiteljice in da bi se morali na pravila mednarodnega prava obrniti samo v primerih, kadar investitor ugovarja diskriminacijo. Nekaj predstavnikov zahodnih držav je odgovorilo, da obstajajo nacionalni sistemi prava, ki v mnogih primerih napotujejo na mednarodno pravo in da ni razumljivo, da bi mednarodna sodišča morala biti izključena od uporabe teh pravil.

Končno je pravni komite prisvojil formulacijo, ki se pojavi v 1. odstavku 42. člena Konvencije, ki določa, da v primeru pomanjkanja dogovora strank, sodišče uporabi pravo države pogodbenice stranke v sporu.... in taka pravila mednarodnega prava, ki so primerna. Ta formulacija jasno zavrača mnenje držav v razvoju, ki pravijo, da pravila mednarodnega prava ne morejo regulirati pogodbenih odnosov med tujimi državami in zasebnim tujim investitorjem.

Termin mednarodno pravo moramo v tem kontekstu interpretirati v skladu z njegovim pomenom v 1. odstavku 38. člena Statuta mednarodnega sodišča, kateri se smatra za avtoritativni vir mednarodnega prava. Statut napotuje na štiri vire mednarodnega prava: mednarodne pogodbe, mednarodne običaje, splošna pravna načela in sodne odločbe kot sekundarni vir. V mnogih primerih bodo sodišča lahko našla pravila, ki jih bodo uporabila v sporih med državo gostiteljico in tujim investitorjem v dvostranskih (mednarodnih) pogodbah za zaščito investicij (trenutno obstaja okoli 350 takih pogodb). Eno izmed zanimivih vprašanj, ki se poraja v tem kontekstu, zadeva pooblastitev sodišča, da za ureditev sporov med tujimi državami in zasebnimi investitorji uporabi določbe Dunajske konvencije. Nekateri avtorji so mnenja, da je določbe možno uporabiti z določenimi modifikacijami glede na različne odnose med državo in investitorjem. Po drugi strani pa so nekateri mnenja, da je uporaba določb Dunajske konvencije, katere so namenjene urejanju odnosov med tujimi državami, v sporazumu med državami in zasebnimi posamezniki neprimerna. Po našem mnenju morajo sodišča Centra preizkusiti načela vključena v Dunajsko konvencijo in odločiti v vsakem

¹⁴⁴ Moshe Hirsch, str. 137.

primeru posebej ali so ta načela primerna za urejanje pogodbenih odnosov med državo gostiteljico in zasebnim investitorjem. Ni dvoma, da se nekatera pravila lahko uporabijo (npr. načelo *pacta sunt servanda*), po drugi strani pa obstajajo spet takšna, ki so jasno neprimerna za odnose med državo gostiteljico in investitorjem (pravila o ratifikaciji dogovora npr.).

Največji potencial za razvoj mednarodnega prava na področju investicij leži v tretjem viru – splošnih pravnih načelih. Ta vir obsega pravna pravila, ki so skupna večini pravnih sistemov sveta. Sodišča Centra¹⁴⁵ pa se seveda lahko obrnejo tudi na sodne odločbe različnih mednarodnih sodišč in mednarodnih arbitražnih sodišč.

Najbolj pomembno vprašanje, ki zadeva uporabo mednarodnega prava v arbitražnem postopku pred Centrom je tisto, ki zadeva status mednarodnega prava vis a vis nacionalnemu pravu. Uporaba pravil mednarodnega prava v investicijskih sporih lahko nudi investitorju pomembno zaščito v primeru, če država gostiteljica krši dogovor s spremembo nacionalne zakonodaje. Če bi določili, da nacionalno pravo prevlada nad mednarodnim pravom v primeru kolizije med njima, bi dopustili državi gostiteljici znatno svobodo, da spremeni pogoje investicijskega dogovora, tujega investitorja pa bi izpostavili velikim rizikom.

V mednarodni doktrini velja, da kadar obstaja nasprotje med nacionalnim pravom države gostiteljice in mednarodnim pravom, kasnejše prevlada. Sodišče se mora prvo obrniti na pravo države gostiteljice, da najde relevantno pravilo, nato pa mora preveriti skladnost tega pravila z mednarodnim pravom in v primeru kolizije, bo sodišče za spor uporabilo pravila mednarodnega prava. Ad hoc komite je v zadevi *Amco v. Indonesia*¹⁴⁶ (v kateri se stranki nista dogovorili o merodajnem pravu) določil, da 1. odstavek 42. člena Konvencije pooblašča sodišče uporabiti pravila mednarodnega prava zato, da zapolni pravne praznine v nacionalnem pravu in da zagotovi nadvlado norm mednarodnega prava, kadar obstaja nasprotje med njima¹⁴⁷. Ad hoc komite je v zadevi *Klöckner v. Cameroon* (v kateri se stranki spet nista dogovorili o merodajnem pravu) odločil podobno, da 1. odstavek 42. člena Konvencije daje prednost pravilom mednarodnega prava, katera imajo korektivno vlogo v primerih, v katerih nacionalno pravo ne more biti usklajeno z načeli mednarodnega prava.

¹⁴⁵ Moshe Hirsch, str. 139.

¹⁴⁶ Zadeva z opr. št. ARB/81/1.

¹⁴⁷ Moshe Hirsch, str. 140.

Ta dosledna pravna praksa zagotavlja pomembno pravno zaščito zasebnemu investitorju v tujih državah. Odločitev, da mednarodno pravo prevlada nad nacionalnim zagotavlja tujemu investitorju, da država gostiteljica ne more enostransko spremeniti določb zapisanih v dogovoru ali razlastiti njegovega premoženja brez primerne nadomestila. Prednostni status mednarodnega prava vis a vis nacionalnemu velja tako v primeru, ko stranke niso določile merodajnega prava kot tudi takrat, ko so tako izbiro opravile. Sodišče je v zadevi *Lecto v. Liberia* zavzelo stališče, da bo sodišče preverilo skladnost izbranega prava v vsakem primeru, ne glede na to ali izberejo pravo stranke ali ne. Nadvlada norm mednarodnega prava nad nacionalnimi normami pa ne bo relevantna, kadar se je investitor strinjal, da bo merodajno samo nacionalno pravo. V primerih, ko mednarodno pravo ne nudi zaščite, se mora tuj investitor pred zakonskimi spremembami zaščititi na drug način, na primer s stabilizacijskimi klavzulami.

4.2.3 Stabilizacijske klavzule

Kolizijska pravila večine držav določajo, da se za razmerja med državami in tujimi investitorji uporablja pravo države gostiteljice. Dejstvo, da ima država moč spremeniti nacionalno pravo pomeni zelo spremenljivo stopnjo pravne varnosti. V primerih v katerih je transakcija vodena izključno po pravu države gostiteljice, izstopa moč države gostiteljice, da spremeni merodajno pravo transakcije. Investitor seveda nima enakovredne moči in znajde se na milost in nemilost države gostiteljice. To pa pri investitorju vzbuja strah, da bo država prilagajala zakonodajo sebi v prid ter da ga tudi njeni organi ne bodo ustrezno zaščitili.

Privatni investitorji bodo dosegli relativno zagotovost kar zadeva pravna pravila, ki se bodo uporabila za mednarodno transakcijo med njimi, če bo pravo, ki je bilo izbrano za merodajno, podrobno označeno v sporazumu. Uvedba takih klavzul je močno povezana s politično močjo države gostiteljice ter velikostjo in pomembnostjo investitorja. Močnejša je država tem bolj lahko vztraja pri svojih zahtevah in s tem zavrača uvedbo klavzul, ki bi omejile pristojnost njenih organov.

Investitor lahko svoje interese zaščiti na različne načine, vendar je najpogostejši način vnos stabilizacijskih klavzul. Stabilizacijska klavzula določa, da bo pravo v veljavi na dan, ko je sporazum sklenjen, tisto pravo, ki bo merodajno za pogodbo ne glede na bodočo zakonodajo te države. Namen stabilizacijske klavzule je, da prepreči državi uzakoniti novo pravo, ki bi

spremenilo pogoje dogovora ali vplivalo na pravice investitorja, ki so mu zagotovljene v dogovoru. Ta klavzula po mnenju mnogih preživi prenehanje pogodbe zaradi enostranske kršitve in služi kot osnova za arbitražo in merilo za višino odškodnine¹⁴⁸.

4.2.3.1 *Struktura*

Stabilizacijska klavzula je ena najpogosteje uporabljenih klavzul v investicijskih pogodbah med državo in tujim investitorjem. Cilj stabilizacijskih klavzul je zagotoviti, da se merodajno pravo sporazuma ne bo spremenilo in so primarno namenjene, da preprečijo spremembe v zakonodaji države gostiteljice v območju davkov, fiskalne politike, razlastitvah in nacionalizacijah, ki bi neugodno vplivale na določbe investicijskega sporazuma.

Pogodba med strankama v zadevi *Texaco Overseas Company v. Libyan Arab Republic*¹⁴⁹ prikazuje tipičen primer stabilizacijske klavzule in določa¹⁵⁰:

1. Libijska vlada bo storila vse potrebno, da bo zagotovila podjetju uživanje vseh pravic zagotovljenih v tej pogodbi. Pogodbene pravice, izrecno dogovorjene s to pogodbo, ne morejo biti spremenjene, razen z medsebojnim dogovorom pogodbenih strank.
2. Ta pogodba se bo v času veljavnosti razlagala v skladu s Petrolejskim zakonom in uredbah v veljavi na dan, ko je bil sporazum sklenjen. Kakršnakoli sprememba ali preklic teh uredb ne more spremeniti pogodbenih pravic podjetja brez njegove privolitve.

Iz prvega odstavka lahko razberemo, da je potreben obojestranski dogovor strank za spremembo pogodbenih pravic, zavarovanih s pogodbo. Drugi odstavek zagotavlja, da je nacionalno pravo, po katerem se bo pogodba interpretirala, fiksirano na določen dan, tako da nobena kasnejša zakonodaja ali dejanje libijske vlade ne more enostransko spremeniti pogodbenih pravic podjetja.

Ključni element stabilizacijske klavzule je izključitev pravice države, da enostransko spremeni investitorjeve pravice s spremembo nacionalnega prava. Ta element pride še bolj do

¹⁴⁸ Marjana Corona, *Diplomatska zaščita tujega premoženja v primeru nacionalizacije, Podjetje in delo*, leto 1996, št. 7, str. 1212.

¹⁴⁹ Zadeva z opr. št. ARB/77/53.

¹⁵⁰ 16. člen koncesijske pogodbe med Texacom in Libijo.

izraza z zahtevo, da je potrebno investitorjevo dovoljenje, da taka sprememba vpliva na njegove pravice.

V dejanski praksi mednarodnih investicijskih dogovorov, obstajata dve glavni vrsti stabilizacijskih klavzul:

- a) klavzula, ki zamrzne nacionalno pravo države gostiteljice na dan, ko je sporazum sklenjen in ga vključi v dogovor ter
- b) klavzula, v kateri država gostiteljica obljubi, da kasnejša zakonodaja ne bo merodajna za odnose med strankama dogovora ali da kadar bo obstajalo nasprotje med novim pravom in določbami sporazuma, bodo prevladale slednje¹⁵¹.

Stabilizacijske klavzule so zelo pogosto vključene v koncesijske pogodbe, moderne joint venture in druge investicijske pogodbe. Včasih se stabilizacijske klavzule nanašajo na vsa prava države gostiteljice, včasih samo na določena pravna področja (davke, uvozne in izvozne omejitve,...).

4.2.3.2 Veljavnost in učinek

Mednarodno pravo priznava veljavnost stabilizacijske klavzule in pravico suverene države, da se veljavno zaveže z uporabo takih klavzul. Sodišče je v zadevi *Texaco v. Libya* določilo, da ničesar ne more odvrniti države od tega, da se nepreklicno zaveže z določbami pogodbe in s tem zagotovi investitorju določene pravice. Nekatere države so ugovarjale, da gre za kršitev državne suverenosti, če sodišče odloči, da država ne sme izdajati zakonov na način, ki bi kršil pogoje pogodbe.

Pravniki so razdvojeni v mnenjih o veljavnosti stabilizacijskih klavzul. Nekateri so mnenja, da klavzulam ne bi smeli priznati veljavnosti glede na to, da so oblikovane z namenom, da zmanjšajo suvereno oblast vsake države, da spremeni obstoječo zakonodajo na svojem teritoriju¹⁵². Prav tako je nemogoče pričakovati, da bo država dejansko zmožna garantirati, da bodo davčni režim in cene določenih surovin v prihajajočih dekadah ostale nespremenjene.

¹⁵¹ Moshe Hirsch, str. 142.

¹⁵² Ibidem.

Po drugi strani pa nekateri ugotavljajo, da bi stabilizacijskim klavzulam morali dati poln učinek glede na to, da je njihov cilj, da ostanemo v skladu s pravili mednarodnega prava. Po njihovem mnenju stabilizacijske klavzule na noben način ne vplivajo na suverenost države, ampak jo dejansko realizirajo¹⁵³. Država se namreč sama odloča ali bo omejila svojo suverenost, ko sklepa pogodbe z določenimi strankami.

Postavlja se vprašanje ali zagotavljalo stabilizacijske klavzule tako popolno zaščito, da preprečijo nacionalizacijo? To vprašanje sta obravnavali arbitraži v zadevi *British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic*¹⁵⁴ in v zadevi *Texaco*. Sodišče je v zadevi *British Petroleum* odločilo, da stabilizacijska klavzula ne prepreči nacionalizacije, preprečuje pa vse ukrepe, ki imajo konfiskacijski učinek. Sodišče v zadevi *Texaco* je odločilo nasprotno. Po njihovem mnenju je nacionalizacija kljub stabilizacijski klavzuli nezakonita in tožnikom je treba priznati pravico do restitucije. To odločbo imajo mnogi za dvomljivo. Splošno mnenje danes je, da ima vsaka država pravico do nacionalizacije ne glede na stabilizacijsko klavzulo¹⁵⁵.

Investitor, ki se pogaja o stabilizacijski klavzuli bi moral upoštevati dva nasveta. Prvi je, da mora biti stabilizacijska klavzula zelo nedvoumna v tem kaj je mišljeno kot prepovedano. Klavzula bi morala zagotoviti, da se država izrecno odpove pravici do nacionalizacije. Drugi nasvet pa je, da bi morala stabilizacijska klavzula zagotavljati, da so njeni pogoji obvezni ne glede na kasnejše kompromise, pogajanja ali dopolnitve pogodbe, razen če se obe stranki izrecno pisno dogovorita, da spreminjata pomen ali zavezujoč učinek stabilizacijske klavzule. Ta fleksibilnost bo dopustila investitorju, da se pogaja o spremembah pogodbe z državo, če se okoliščine spremenijo, brez strahu, da bo sodišče kasneje odločilo v prid državi zaradi dejstva, ker se je investitor bil pripravljen pogajati o spremembah pogodbe, ki bi oslabile ali spremenile naravo stabilizacijske klavzule, kot se je to na primer zgodilo v zadevi *Aminoil v. Kuvajt*¹⁵⁶.

Leta 1948 je Aminoilu bila podeljena koncesija s strani Kuvajta za izkoriščanje nafte in zemeljskega plina v takrat imenovani nevtralni coni. Leta 1961 je Kuvajt postal popolnoma neodvisen in koncesija je bila modificirana s dodatnim dogovorom. Decembra leta 1974 so

¹⁵³ To pravilo je bilo prisvojeno tudi v številnih arbitražnih odločbah.

¹⁵⁴ Zadeva z opr. št. ARB/79/53.

¹⁵⁵ Marjana Corona, str. 1210.

¹⁵⁶ Zadeva z opr. št. ARB/82/21.

OPEC države učinkovito povišale davke na nafto proizvedeno s strani Aminoil, na katera je le ta ugovarjal.

Pogajanja med strankama so bila neuspešna in Kuvajt je leta 1977 razlastil Aminoil premoženje. V arbitraži je Aminoil trdil, da je to dejanje pomenilo kršitev stabilizacijske klavzule, ki je bila vključena v koncesijski dogovor.

Sodišče je kot prvo priznalo veljavnost stabilizacijske klavzule, vendar je bilo mnenja, da stabilizacijska klavzula ni prepovedala nacionalizacije, ker ni vsebovala izrecne prepovedi. Arbitri so poudarili, da če želi država omejiti svojo pravico do nacionalizacije... je to resna zaveza, katera mora biti izrecno določena. Dejstvo, da pogodba vključuje stabilizacijsko klavzulo, še ne pomeni popolne zaščite pred nacionalizacijo.

Sodišče je zavzelo pozicijo, da glede na to, da se je bil investitor pripravljen pogajati o spremembah v koncesiji, se je le ta dejansko strinjal z oslABLJENO stabilizacijsko klavzulo. Zato je bila, pod to oslABLJENO stabilizacijsko klavzulo, nacionalizacija dovoljena, če je bilo plačano primerno nadomestilo.

Učinki stabilizacijskih klavzul so sporni. V zadevi Aminoil je sodišče zavzelo stališče, da je pri presoji učinkov potrebno upoštevati tudi čas, ki je pretekel od sklenitve pogodbe. Če je to obdobje zelo dolgo (v primeru Aminoil 60 let), se prepoved spremembe predpisov v stabilizacijski klavzuli ne sme jemati preveč dobesedno.

Stabilizacijska klavzula ima dva pozitivna učinka za tujega investitorja:

1. Z vključitvijo stabilizacijske klavzule se pogodba internacionalizira, kar pomeni, da postane pogodba podvržena pravilom mednarodnega prava. Ta učinek je pomemben za tujega investitorja, ker je tako izločen iz splošnega tretmaja državljanov države pogodbenice, ki očitno nimajo zahtevka proti državi za izgubo, ki so jo utrpeli zaradi zakonodaje. Tuji investitor pa ima pravico, da se njegov zahtevek za odškodnino obravnava pred mednarodno arbitražo, ne da bi se poprej izkoristila vsa pravna sredstva v državi sopogodbenici, kar investitorju omogoči prihranek časa in denarja.
2. Drugi učinek je, da ima investitor pravico do povečane odškodnine. Ekspropriacija pomeni kršitev mednarodnega javnega prava pogodb. Zato ima

investitor pravico do popolne in ne samo primerne odškodnine za vso škodo, ki mu je bila storjena, saj je nacionalizacija pri obstoju stabilizacijske klavzule nezakonita¹⁵⁷.

Stabilizacijska klavzula je izrecno (ali na podlagi kolizijskih pravil) podvržena notranjemu pravu države gostiteljice. Tako se bo vprašanje ali je bila le ta kršena presojalo po notranjem pravu te države. Ta pomanjkljivost se skuša odpraviti s tako imenovano internacionalizacijsko klavzulo, ki povzdigne obljubo vsebovano v stabilizacijski klavzuli v mednarodnopravno obveznost države gostiteljice¹⁵⁸.

Arbitražna sodišča bodo preizkusila veljavnost stabilizacijskih klavzul v dveh situacijah:

- a) ko sta se stranki dogovorili, da je merodajno pravo izključno pravo države gostiteljice (v skladu z začetkom 1. odstavka 42. člena Washingtonske konvencije) in
- b) ko je merodajno pravo sporazuma mednarodno pravo skupaj s pravom države gostiteljice (v primeru pomanjkanja dogovora strank glede na zaključek 1. odstavka 42. člena Washingtonske konvencije)¹⁵⁹.

Pravila mednarodnega prava nosijo odločilno težo celo, ko so merodajna skupaj s pravom države gostiteljice glede na to, da mednarodna pravila prevladajo v primeru kolizije z nacionalnim pravom. Ko se stranki dogovorita, da je merodajno za transakcijo izključno pravo države gostiteljice, moramo ločiti med dvema zgoraj omenjenima stabilizacijskima klavzulama:

- a) klavzulo, katera zamrzne pravo države gostiteljice v času, ko je sporazum sklenjen in ga inkorporira v sporazum in
- b) klavzulo, v kateri se država zaveže, da ne bo uporabila kasnejših sprememb ali da bo delovala v skladu z določbami dogovora v primeru, da se kasnejša zakonodaja ne bo ujemala z določbami v dogovoru.

V primeru stabilizacijske klavzule prvega tipa, ko je merodajno pravo države gostiteljice, mora sodišče uporabiti samo tisto pravo države gostiteljice, ki je veljalo v času, ko je bil sporazum sklenjen. Kasnejše spremembe tega prava niso vključene v merodajno pravo glede

¹⁵⁷ Marjana Corona, str. 1210, 1211.

¹⁵⁸ Matjaž Tratnik, Aleš Ferčič, str. 148.

¹⁵⁹ Moshe Hirsch, str. 144.

na izbiro strank. Ta zaključek izhaja iz načela svobode strank izbrati merodajno pravo, katero celo dovoli strankam izbrati pravo, ki ni v veljavi (v obeh primerih – v primerih v katerih je pravo že stopilo v veljavo in v primerih v katerih je zastaralo kot rezultat kasnejših zakonskih sprememb). Istočasno moramo omeniti, da so stabilizacijske klavzule tega tipa, kot tudi določbe merodajnega prava, predmet pravil javnega reda in kogentnih norm mednarodne skupnosti.

Glede stabilizacijskih klavzul drugega tipa moramo poudariti, da je tudi obveznost države, da ne uporabi kasnejših zakonskih sprememb za dogovor, predmet merodajnega prava tj. prava države gostiteljice¹⁶⁰. Zato kasnejše spremembe v pravu države gostiteljice, ki so dejansko merodajne, vplivajo na celoten dogovor kot tudi na stabilizacijsko klavzulo. Če država uzakoni pravo, ki razveljavi stabilizacijsko klavzulo ali pravo, ki ji zmanjša moč v določenih ekonomskih sektorjih, bo sodišče zavezano, da odloči glede na merodajno pravo in razveljavi ali omeji moč klavzule. Nobenega dvoma ni, da s pomočjo takih zakonodajnih korakov, država poskuša spremeniti določbe dogovora. Nekateri avtorji poudarjajo, da mora arbitražno sodišče v takih primerih vztrajati na pravu države gostiteljice glede na to, da je to pravo, ki sta ga stranki izbrali, četudi nasprotuje zavezam držav, ki so jih sprejele v investicijskem dogovoru.

Dva argumenta izpodbijata zaključek, da nacionalno pravo prevlada nad stabilizacijsko klavzulo, kadar je merodajno nacionalno pravo, ki je veljavno v času reševanja spora. Prvi argument je, da se stabilizacijska klavzula v investicijskem dogovoru presoja v skladu z mednarodnim pravom celo, ko sta se stranki dogovorili, da bo merodajno nacionalno pravo. Če država krši stabilizacijsko klavzulo, pomeni to nelegalno dejanje in arbitražna sodišča morajo vztrajati na tej klavzuli vkljub nacionalnemu pravu, ki jo omejuje ali razveljavlja. Ta sporna trditev se zdi nezdržljiva s svobodo strank izbrati merodajno pravo (ko določita, da je merodajno izključno pravo države gostiteljice) in je nesprejemljivo. Nemogoče je reči, da je stabilizacijska klavzula veljavna glede na mednarodno pravo, kadar merodajno pravo dogovora ni mednarodno pravo ampak pravo države gostiteljice.

Istočasno moramo poudariti, da prava mednarodne arbitraže priznavajo omejitve avtonomije strank, katerih vir je v pravilih mednarodnega javnega reda in kogentnih normah

¹⁶⁰ Moshe Hirsch, str. 144.

mednarodnega prava. Zakonodaja države gostiteljice, ki je v nasprotju z določbami dogovora, ni združljiva z načelom dobre vere, kateri je del pravil mednarodnega javnega reda¹⁶¹. To načelo prepoveduje državi, ki je stranka investicijskega dogovora, da se enostransko umakne od obveznosti, ki jih je sprejela v dogovoru. Posledično bi arbitražna sodišča Centra morala prezreti zakonodajo države gostiteljice, ki vpliva na stabilizacijsko klavzulo v investicijskem dogovoru in se opreti na pravila mednarodnega javnega reda, katera so merodajna celo, ko sta se stranki dogovorili, da bo merodajno izključno pravo države gostiteljice.

Še en poskus utrditi veljavnost stabilizacijske klavzule, kljub nasprotni nacionalni zakonodaji, bazira na argumentu, da naj bi stabilizacijskim klavzulam bil podeljen poseben status neodvisno od določb dogovora. Nekateri menijo, da bi stabilizacijska klavzula morala biti vključena v arbitražno klavzulo, kateri je že priznано, da ima neodvisni status od ostalih določb dogovora in od zakonodaje države gostiteljice. Ugovor na ta argument je, da obstaja bistvena razlika med arbitražno klavzulo in stabilizacijsko klavzulo in da isto pravilo ne more veljati za obe. Arbitražna klavzula je po naravi procesna in ne vpliva na materialne pravice strank, medtem ko stabilizacijska klavzula neposredno določa materialne pravice strank. To razlikovanje je neprepričljivo in obstaja dvom ali ima osnove v realnosti. Obstaja pomembna povezava med arbitražno in stabilizacijsko klavzulo v investicijskem dogovoru in v mnogih primerih sta v dogovoru zapisani skupaj. Glavni namen stabilizacijske klavzule je določiti merodajno pravo pred arbitražnim sodiščem, glede na arbitražno klavzulo v istem dogovoru. Zato ne moremo reči, da je klavzula, ki določa, da bodo spori med strankama naslovljeni na arbitražno sodišče avtonomna glede na ostale določbe dogovora, medtem ko klavzula v istem dogovoru, ki določa, da bo isto sodišče uporabilo določeno pravo, nima avtonomnega statusa.

Kadar je za arbitražni postopek merodajno materialno pravo države gostiteljice in država gostiteljica spremeni to pravo ter na ta način negira ali omeji moč stabilizacijske klavzule, sodišče ne sme upoštevati takih sprememb, ali zaradi načela dobre vere ali zaradi načela avtonomije arbitražnih klavzul od ostalih določb dogovora. Taka odločitev bo zagotavljala investitorju, da bodo sodišča Centra zahtevala izvršitev dogovora glede na njegove določbe in njegov duh.

¹⁶¹ Moshe Hirsch, str. 145.

Če se stranki nista dogovorili o merodajnem pravu (v katerem primeru bo merodajno mednarodno pravo skupaj s pravom države gostiteljice), bo sodišče preizkusilo veljavnost stabilizacijske klavzule glede na pravila mednarodnega prava. Mednarodne arbitražne odločbe priznavajo veljavnost stabilizacijskih klavzul v mednarodnem pravu. Ena takih odločb je bila sprejeta v zadevi *Agip v. Congo*. V tem primeru je investicijski dogovor vseboval zavezo kongove vlade, da ne bo za investicijsko podjetje uporabila takih predpisov, kateri bi spremenili status podjetja v družbo z omejeno odgovornostjo. Vlada Konga je jamčila, da ne bo enostransko spremenila členov statuta podjetja, kateri so bili notranji del dogovora, četudi bo prišlo do sprememb v podjetniškem pravu. Ko je bilo sodišče poklicano, da preizkusi, v luči pravil mednarodnega prava, dejanja¹⁶² vlade Konga, katera so bila nasprotna zapisani klavzuli¹⁶³, je sodišče odločilo, da ta dejanja niso v skladu s stabilizacijsko klavzulo in glede na to odločilo, da se mora Agip-u izplačati primerno nadomestilo. To arbitražno odločbo Centra imajo teoretiki za vodilni precedent, ki priznava učinek stabilizacijskih klavzul glede na pravila mednarodnega prava.

Arbitražna odločba v zadevi *Lectro v Liberia* se prav tako nanaša na veljavnost stabilizacijske klavzule¹⁶⁴. V tej zadevi je dogovor določal, da nobena sprememba prava, ki je merodajen za dogovor, ne bo vplivala na pravice in obveznosti koncesionarja brez njegovega soglasja. Sodišča Centra pojasnjujejo v uvodnih opombah, da niso ugotovili, da bi bila ta klavzula dejansko kršena s strani Liberije, je pa dodalo, da se mora ta klavzula spoštovati posebej v takih tipih pogodb, saj bi se sicer nasprotna država lahko izognila svojim pogodbenim obveznostim s spremembo zakonodaje. Taka zakonodajna dejanja so lahko opravičljiva edino z nacionalizacijo, katera zadovoljuje predpisane pogoje¹⁶⁵.

Te arbitražne odločbe, kot tudi druge, katere potrjujejo veljavnost stabilizacijskih klavzul v mednarodnem pravu, podpira praksa držav, katere sklepajo investicijske dogovore, ki vključujejo stabilizacijske klavzule. Ugotovitev, da pravila mednarodnega prava ne uzakonijo

¹⁶² Moshe Hirsch, str. 147.

¹⁶³ Stranki sta določili v investicijskemu dogovoru, da je merodajno pravo Konga, katero bo dopolnjeno, če bo to potrebno, z načeli mednarodnega prava.

¹⁶⁴ Investicijski dogovor v tej zadevi podrobno določal, da je bil le ta sklenjen v skladu s splošnim poslovnim pravom Liberijskega kodeksa in sodišče je odločilo, da ni potrebno odločati o vprašanju ali je liberijsko pravo merodajno izključno ali skupaj s pravili mednarodnega prava, glede na to, da med njima ni bilo kolizije glede spornih vprašanj.

¹⁶⁵ Pogoji za zakonito nacionalizacijo so, da je izvedena v javnem interesu, nediskriminatorna in da se lastniku plača primerno nadomestilo.

stabilizacijske klavzule, bi povzročila nezaželeno situacijo, v kateri bi ena izmed strank dogovora – država gostiteljica – lahko spremenila pogoje dogovora kot bi želela.

Veljavnost stabilizacijskih klavzul je tudi v skladu z načelom svobode strank, da se odločita za merodajno materialno pravo. Prava mednarodne arbitraže priznavajo, da stranke lahko izberejo katerokoli pravo želijo in s pomočjo tega pravila lahko stranke izberejo tudi pravo, ki ni v veljavi. Zato je jasno, da imata stranki tudi pravico, da se odločita o pravu kot velja ob določenem času. To vse pa je predmet pravil javnega reda in kogentnih norm mednarodne skupnosti. Sodišča Centra stabilizacijski klavzuli, ki ne bo v skladu s temi pravili, ne bodo dala učinka¹⁶⁶.

Dejstvo, da pogodba vsebuje stabilizacijsko klavzulo, pomeni tudi večjo verjetnost, da bo v primeru kršitve pogodbe sodišče določilo plačilo odškodnine ali celo, da bo odškodnina višja, kot če stabilizacijske klavzule sploh ne bi bilo.

4.2.4 *Ee aequo et bono*

Načelo svobode strank izbrati merodajno pravo pride najbolj do izraza v dovoljenju, ki je dano strankam in sicer, da pooblastijo tribunal, da odloči glede na posebno pravno načelo – *ex aequo et bono*. Pooblastitev arbitrov, da odločijo *ex aequo et bono* v veliki meri zmanjša možnost strank, da predvidijo materialno pravo, ki bo merodajno za rešitev spora. Kljub temu pa taka odločitev zadovolji druge potrebe strank kot na primer njuno željo, da dosežeta pravično in efektivno rešitev spora. Arbitražno sodišče katero je pooblaščen, da odloči *ex aequo et bono*, ima absolutno svobodo pri reševanju spora. Vendar pa je bilo v praksi postavljenih nekaj omejitev take pooblastitve sodišča.

Washingtonska konvencija v tretjem odstavku 42. člena določa, da določbi prvega in drugega odstavka ne bosta omejili moč sodišča, da odloči o sporu po načelu *ex aequo et bono*, če se bodo stranke s tem strinjale. Ta določba je v skladu s prakso mednarodne arbitraže, javne in trgovinske. Vsi osnovni instrumenti večine mednarodnih arbitražnih sistemov vključujejo določbe, ki dovoljujejo strankam, da pooblastijo arbitre, da odločajo *ex aequo et bono*¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Moshe Hirsch, str. 149.

¹⁶⁷ 33/2. člen UNCITRAL Arbitražnih pravil; 13/4. člen Arbitražnih pravil ICC; 29/3. člen Arbitražnih pravil AAA; 7/2. člen Evropske konvencije.

Takšno reševanje sporov je teoretično mogoče pred vsemi pomembnejšimi arbitražnimi telesi, res pa je, da se v praksi uporablja nekoliko manj, ker pravna pravila nekaterih držav prepovedujejo takšno reševanje sporov ali pa vsaj ne omogočajo priznanja in izvršitve takšne arbitražne odločbe. Vendar ta omejitev ni merodajna za sodišča Centra, katera delujejo kot mednarodni arbitražni mehanizem in niso odvisna od nacionalnih zakonodaj.

Ko je sodišče Centra pooblaščen, da odloči *ex aequo et bono*, lahko odloči na osnovi pravil, ki ne pripadajo nobenemu pravnemu sistemu in glede na to, kaj smatra kot pravično v danih okoliščinah. Moramo pa poudariti, da sodišče ni zavezano, da se vzdrži odločanja glede na določen pravni sistem in arbitražno odločbo lahko opre na pravila pravnega sistema, ki jih smatra za najbolj primerna v danih okoliščinah, na primer na mednarodno pravo ali pravila pravičnosti¹⁶⁸. V mnogih primerih so se arbitri, ko so bili pooblaščen, da odločijo *ex aequo et bono*, obrnili na splošna pravna načela. Vendar tudi, ko so arbitri pooblaščen, da odločijo *ex aequo et bono*, to še ne pomeni, da so prosti vseh omejitev.

Najbolj osnovna omejitev arbitrov, ko odločajo zadevo *ex aequo et bono*, je v obveznosti¹⁶⁹, da svojo odločitev oprejo na objektivne in racionalne podlage. Stranke se ne morejo izogniti pravilu mednarodnega javnega reda ali kogentnim normam s tem, da pooblastijo sodišče, da odloča *ex aequo et bono*. Tudi tu so sodišča vezana, da ne odločijo v nasprotju s temi pravili. Zaželeno je, da sodišče upošteva določbe dogovora med strankama in trgovinske običaje, vendar ta argument ni soglasno sprejet. UNCITRAL-ova arbitražna pravila in Vzorčni zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži zahtevata od arbitrov, da sprejmejo svoje odločitve v vseh zadevah (vključno s tistimi *ex aequo et bono*) v skladu z določbami dogovora in da upoštevajo trgovinske običaje merodajne za transakcijo¹⁷⁰. Zanimivo je pripomniti, da 1. odstavek 7. člena Evropske konvencije določa, da morajo arbitri upoštevati določbe dogovora in trgovinske običaje, kadar so stranke izbrale določeno pravo in kadar je v pristojnosti sodišča, da določi merodajno pravo, ne pa v primerih, kadar je sodišče pooblaščen, da odloči *ex aequo et bono*. Nekaj avtorjev je mnenja, da se od arbitrov, ki so pooblaščen, da odločajo *ex aequo et bono*, pričakuje, da delujejo glede na želje strank in da morajo vztrajati na pravilu

¹⁶⁸ V mednarodnem arbitražnem pravu je sprejeto stališče, da se arbitri lahko obrnejo na pravila pravičnosti zato, da izberejo med številnimi možnimi interpretacijami merodajnega prava ali z namenom, da zapolnijo praznine v merodajnem pravu, celo kadar ni dogovora strank o odločanju *ex aequo et bono*.

¹⁶⁹ Moshe Hirsch, str. 151.

¹⁷⁰ 33/1 člen Arbitražnih pravil UNCITRAL, 24/4. člen Vzorčnega zakona UNCITRAL

pacta sunt servanda, katero je temeljno načelo morale in pravičnosti v vseh priznanih pravnih sistemih.

Kadar sodišča odločajo *ex aequo et bono* morajo upoštevati določbe dogovora in trgovinske običaje merodajne transakciji, ki je predmet spora. To je v skladu z obveznostjo sodišča, da odloči na objektivni in racionalni način. Težko si je predstavljati, da bo sodišče sprejelo objektivno in racionalno odločitev brez, da bi preverilo določbe dogovora in trgovinske običaje. Mnogokrat pa arbitri ugotovijo, da so določbe dogovora nepoštene in trgovinski običaji izrecno kruti do ene izmed strank. V takih primerih ne smemo zahtevati od arbitrov, da odločijo v skladu s temi določbami. Kakršnokoli nalaganje obveze arbitrom, da odločijo v skladu s pravili, določbami dogovora ali v skladu z obstoječimi trgovinskimi običaji bo verjetno tudi izjalovilo namen strank, kateri sta se dogovorili, da sodišče postopa *ex aequo et bono*. Moramo domnevati, da stranki, ki pooblastita sodišče, da odloča *ex aequo et bono*, nimata namena zavezati sodišče s togimi pravili kot so določbe dogovora ali trgovinski običaji ampak želita, da sodišča odločijo glede na fleksibilen kriterij zakonitosti in pravičnosti. Vidimo, da je svoboda, ki ostaja arbitrom, kateri so pooblaščen, da odločijo *ex aequo et bono* zelo široka in da bodo njihove odločbe v veliki meri pod vplivom njihovih osebnosti in njihovem osebnem konceptu pravičnosti.

Prvič, ko je bilo arbitražno sodišče pooblaščen, da odloči *ex aequo et bono*, je bilo v zadevi B&B v Kongo, v kateri so stranke pooblastile sodišče, med tekom zaslišanj, da tako odloči. Sodišče se je tu večinoma sklicevalo na določbe dogovora in preizkusilo v vsakem posameznem primeru ali so stranke izpolnile svoje obveznosti. Sodišče je ugotovilo, da je vlada Konga kršila nekaj obveznosti, ki jih je prevzela z dogovorom in tako odločilo, da mora Kongo B&B-ju plačati primerno odškodnino. To svojo odločitev je sodišče oprlo na Kongovo ustavo, priznana mednarodna načela in na pravila pravičnosti. Pri določanju zneska nadomestila je sodišče upoštevalo pravo Konga, odločilo pa glede na to, kar se je zdelo pravično v danih okoliščinah. Ta odločba je v skladu s odločbami mnogih arbitražnih sodišč, ki so bila pozvana, da odločijo *ex aequo et bono* in se primarno sklicuje na določbe dogovora.

5 Zaključek

Investicijski spor med državo in tujim gospodarskim subjektom se lahko rešuje pred sodiščem, pred arbitražo ali pred drugim telesom, ki izvaja eno izmed oblik alternativnega reševanja sporov. Stranki se lahko sami odločita kateremu telesu bosta podvrgli svoj spor v reševanje. Tak sporazum strank je lahko vnesen v samo investicijsko pogodbo ali v kakšen podoben instrument. Od sredine 80ih pa vse več takih sporazumov najdemo v dvostranskih pogodbah za zaščito investicij, ki jih sklepajo države med seboj. Kljub vsemu se lahko zgodi, da merodajno pravo ne dopušča zunajsodnega reševanja sporov ali pa, da investicijska pogodba, ki jo skleneta stranki ne vsebuje določil o tem, katero telo naj rešuje morebitni spor med njima. V takih primerih se bo investicijski spor ponavadi reševal pred pristojnim sodiščem države gostiteljice, kar pa praviloma ni v interesu tujega investitorja. Zato je vedno koristno, da se telo, pristojno za reševanje morebitnega investicijskega spora, določi že ob sklepanju investicijske pogodbe, ko spor še ni nastal. Najbolj primerno je, da se spor rešuje pred arbitražo, pri čemer je za mednarodne investicijske spore posebej priporočljivo, če se rešujejo pred nevtralnimi in specializiranimi telesom, kakršno je ICSID.

Izbira ICSID ima nekaj edinstvenih lastnosti, zavestno oblikovanih, da uravnesijo interese med državo gostiteljico in tujim investitorjem in zagotovijo nedržaven in efektiven mehanizem za reševanje sporov. Najpomembnejša je ta, da ICSID predstavlja samosvoj sistem, ki je za razliko od ostalih arbitražnih institucij popolnoma neodvisen od nacionalnih sodnih sistemov. ICSID arbitraža je vodena izključno v skladu z mednarodnopravnimi določbami Washingtonske konvencije in pravili, ki jo dopolnjujejo. Arbitražne odločbe ICSID, sprejete v skladu z Washingtonsko konvencijo, so za stranke zavezujoče in niso predmet pritožb ali kakršnegakoli drugega pravnega sredstva, razen tistih, ki jih predvideva Washingtonska konvencija sama. Države pogodbenice morajo odločbo ICSID izvršiti kot, da je to končna odločba njihovega nacionalnega sodišča. Stranka, ki ima v rokah arbitražno odločbo ICSID, ima veliko boljše možnosti, da bo arbitražna odločba realizirana, kot če ima kakšno drugo odločbo. To velja še posebej za tujega investitorja, ki si na ta način zagotovi visoko stopnjo pravne varnosti.

Dodatno pravno varnost si lahko stranki zagotovita tudi z izbiro prava, ki naj bo merodajno. Kot smo povedali je ena izmed karakteristik vsake države avtoriteta, da spremeni pravo, ki je

merodajno na njenem teritoriju. Zaradi te očitne prednosti države sta stranki arbitražnega postopka neenakovredni. Na splošno stranke sicer gledajo na materialno pravo, kot na zunanji objektivni faktor, na katerega nimajo vpliva. Vendar temu ni tako, ko je merodajni pravni sistem države, ki je hkrati tudi stranka pogodbe. To seveda vzbuja pri investitorju določen strah, saj lahko država gostiteljica spremeni merodajno pravo na način, ki bo neugodno vplival na njegove pravice.

Arbitražni mehanizem ICSID zagotavlja nekaj možnih sredstev za zaobitev tega problema in za enakovredni položaj strank:

- a) strankam dopušča, da se dogovorijo o merodajnem pravu, ki ni pravo države gostiteljice,
- b) daje učinek stabilizacijskim klavzulam, ki zagotavljajo, da bo merodajno pravo v arbitražnem postopku tisto, ki je veljalo v času sklepanja sporazuma in
- c) uporabo mednarodnega prava skupaj s pravom države gostiteljice, v primeru, ko se stranki ne dogovorita o pravu.

Odločitev arbitražnih sodišč ICSID, da mednarodno pravo prevlada nad nacionalnim pravom države gostiteljice, pomeni pomemben napredek v okviru arbitražnega sistema ICSID in tudi zunaj njega. Mednarodno pravo trenutno sicer ne vključuje vseh pravil potrebnih za ureditev problemov s katerimi se soočajo investicijske pogodbe, ni pa dvoma, da ima potrebno orodja za razvoj takih pravil v prihodnosti.

Vsak arbitražni mehanizem vsebuje subjektivne in objektivne elemente in razmerje med njimi niha, glede na lastnosti posameznega mehanizma. Napetost med njima pride do izraza v določbah Washingtonske konvencije in še posebej, v arbitražnih odločbah Centra. Pri vsakem od teh dveh osnovnih predmetov, na katera sem se oprla v diplomski nalogi – pri pristojnosti in merodajnem pravu, smo videli, da izstopajo različni elementi. Določbe Konvencije, ki se ukvarjajo s pristojnostjo poudarjajo, da je bolj pomemben objektivni element. Samo države, ki so pristopile h Konvenciji, lahko naslovijo svoje spore na Center. Tako dogovor o pristojnosti ni povsem odvisen od njihove volje.

Določbe Konvencije, ki zadevajo merodajno pravo, pripisujejo bolj pomembno vlogo subjektivnemu elementu. Te določbe so v skladu s splošnim trendom v mednarodni arbitraži, v kateri je običaj dati strankam veliko svobode pri izbiri materialnega prava. Svoboda strank

pa ne pomeni samo pravice strank izbrati pravo, ki bo merodajno za spor, ampak tudi pravico, da stranki le tega oblikujeta sami po svojih željah. Objektivni element določa samo nekaj omejitev avtonomije strank in te najdejo učinek v normah javnega reda in kogentnih normah mednarodnega prava. V primeru nasprotja med njima je določena prednost pravilom mednarodnega prava. Domnevamo lahko, da se bo v prihodnosti število materialnih norm mednarodnega javnega reda povečalo in objektivni element bo predvidoma zavzel bolj pomembno mesto v mednarodni arbitraži.

Mednarodno pravo prevlada v primeru nasprotja z nacionalnim pravo države gostiteljice. Nacionalno pravo je zato merodajno izključno samo, kadar sta se stranki tako dogovorili. V primeru pomanjkanja dogovora, bodo sodišča uporabila nacionalno pravo samo v kolikor ne nasprotuje mednarodnem pravu. Ta trend, ki oži vlogo nacionalnega prava pri reševanju mednarodnih investicijskih sporov izhaja iz dejstva, da ima ena od strank kontrolo nad oblikovanjem tega prava.

Kadar mednarodno pravo ne more nuditi zaščite, se mora investitor zaščititi na drug način. Praksa kaže, da se v takih primerih investitorji najrajši poslužujejo stabilizacijskih klavzul, ki investitorju nudijo relativno varnost njegovih naložb. Motiv za njeno vključitev je sicer predvsem na investitorjevi strani, včasih pa je koristna tudi za državo, saj le ta z njo pritegne tuje investitorje, pa tudi podpora mnogih bank, ki financirajo projekte, je odvisna od tega ali pogodba vsebuje takšno klavzulo ali ne.

I. Seznam citiranih arbitražnih odločb

- 1.) Kaiser Bauxite v. Jamaica
- 2.) Liberian Eastern Timber Corporation v. Republica of Liberia
- 3.) Fedax N.V. v. Republic of Venezuela
- 4.) Holliday Inns S.A, v. Marocco
- 5.) Amco Asia Corporations and others v. Republic of Indonesia
- 6.) Lecto v. Republic of Liberia
- 7.) Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka
- 8.) B&B v. Congo
- 9.) Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon
- 10.) Texaco Overseas Company v. Libyan Arab Republic
- 11.) British Petroleum Exploration Co v. Libyan Arab Republic
- 12.) Aminoil v. Kuwait

II. Seznam citirane literature

- 1.) **Coronna, M.**, Diplomatska zaščita tujega premoženja v primeru nacionalizacije, Podjetje in delo, Ljubljana, leto 1996, št. 7., str. 1200 – 1213.
- 2.) **Ferčič, A.**, Reševanje investicijskih sporov med državo in tujim gospodarskim subjektom (ICSID), Podjetje in delo, Ljubljana, leto 2004, št. 2., str. 331 – 358.
- 3.) **Ferčič, A.**, Nekateri vidiki arbitražnega reševanja mednarodnih investicijskih sporov (ICSID), Pravo – družina – civilna družba, Kraljić Suzana (ured.), Maribor, Pravna fakulteta, 2004, str. 51 – 63.
- 4.) **Hirsch, M.**, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherlands, 1993.
- 5.) **Kunštek, E.**, Arbitražna nadležnost ICSID (Mednarodni Centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka, 2002.
- 6.) **Pogačnik, M.**, Arbitražna kot sredstvo mirnega reševanja mednarodnih sporov, Pravniki, Ljubljana, 1995, št. 4 – 5., str. 239 – 249.
- 7.) **Sajko, K.**, Wahingtonska konvencija o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država od 1965, Pravo u gospodarstvu, 1/1999, Zagreb, str. 111 – 123.
- 8.) **Tratnik, M., Ferčič, A.**, Mednarodno gospodarsko pravo, Maribor, 2002.
- 9.) **Ude, L.**, Civilni pravdni postopek, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1992.
- 10.) **Ude, L.**, Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004.

III. Seznam pravnih virov

- 1.) Konvencija o reševanju investicijskih sporov med državo in državljani drugih držav, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 7/67 z dne 21. julija 1967
- 2.) ICSID Additional Facility Rules, spletna stran: The World Bank, ICSID
- 3.) ICSID Institutional Rules, spletna stran: The World Bank, ICSID
- 4.) ICSID Arbitration Rules, spletna stran: The World Bank, ICSID
- 5.) Newyorška konvencija o priznanju in izvršitvi tujih arbitražnih odločb, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 11/81 z dne 9. oktobra 1981
- 6.) Evropska konvencija o mednarodni trgovinski arbitraži, Uradni list SFRJ, Mednarodne pogodbe, št. 12/63 z dne 28. novembra 1963
- 7.) Vzorčni zakon UNCITRAL o mednarodni trgovinski arbitraži, iz knjige: dr. Lojze Ude, Arbitražno pravo, GV Založba, Ljubljana, 2004.
- 8.) Zakon o pravnem postopku z uvodnimi pojasnili prof. dr. Lojzeta Udeta in stvarnim kazalom dr. Aleša Galiča, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1999.
- 9.) Arbitražna pravila Mednarodne trgovinske zbornice, spletna stran: International Chamber of Commerce
- 10.) Arbitražna pravila UNCITRAL, iz knjige: dr. Jernej Sekolec, Arbitražna pravila UNCITRAL s komentarjem, Center za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana, 1983.
- 11.) Arbitražna pravila Ameriškega arbitražnega združenja, spletna stran: American Arbitration Association.
- 12.) Pravilnik o arbitraži pri Zavarovalnici Triglav, d.d., Uradni list Republike Slovenije, št. 31/97
- 13.) Pravila Ljubljanske borze vrednostnih papirjev, Uradni list Republike Slovenije, št. 113/2002 in 21/2003

IV. Seznam spletnih strani

- 1.) <http://www.worldbank.org/icsid/>.
- 2.) <http://www.worldbank.org/icsid/about/main.htm>.
- 3.) <http://www.worldbank.org/icsid/cases/main.htm>.
- 4.) <http://www.worldbank.org/icsid/facility/intro.htm>.
- 5.) <http://www.adr.org/RulesProcedures>.
- 6.) <http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>.

