

Akademik Radovan D. VUKADINović*
radevuk2010@gmail.com

UDK: 34 : 061.1(4) EU
UDK: 620.9 : 341.6
Primljeno: 14. travnja 2022.
Prihvaćen 4. svibnja 2022.
Izvorni znanstveni rad

MESTO UGOVORA O ENERGETSKOJ POVELJI U PRAVU EU

Sažetak: Ni nakon više od šest decenija od osnivanja Evropske ekonomske zajednice, koja je kasnije prevarasla u Evropsku uniju, između prava EU i međunarodnog prava nije utvrđen odnos koji bi bio obostrano i opšte prihvatljiv. Ipak, saglasnost postoji da pravo EU čini deo unutrašnjih prava država članica i međunarodnog prava, ali i da istovremeno predstavlja autonomni pravni sistem i poredak. Razlike postoje u pogledu načina na koji se osvaja i održava autonomija i njenog obima. U praksi se ove razlike manifestuju kroz različite stavove koje po konkretnim pitanjima zauzimaju sudovi Unije i međunarodne arbitraže, pre svega investicione arbitraže. Imajući to u vidu, rad ima za cilj da odnos prava Unije i međunarodnog prava analizira kroz najnoviju sudska i arbitražnu praksu u pogledu tumačenja i primene Ugovora o energetskej povelji, kao predstavnika međunarodnog prava i prava EU. Radi lakšeg praćenja ove analize, u početnom delu rada su navedene opšte karakteristike ova dva pravna sistema, u čijoj je pravnoj pozadini analizirana relevantna arbitražna i sudska praksa kojom je praktično opredeljeno mesto Ugovora o energetskej povelji u pravu Unije.

ključne reči: pravo EU, Ugovor o energetskej povelji, međunarodno pravo međunarodna arbitraža, Sud pravde EU.

1. Pravo EU kao bekgrund i okvir za rešavanje sporova iz Ugovora o energetskej povelji

Pravo Evropske unije (EU ili Unija) čine propisi i druga pravila kojima su regulisani odnosi između komunitarnih subjekata¹. U pitanju su odnosi između država članica, odnosi između država članica i EU, odnosi između EU i trećih država i međunarodnih organizacija i odnosi EU prema pojedincima kao privatnim licima. Pravila EU su sadržana u brojnim propisima kojih, prema nekim ranijim procenama ima više od 35000 na oko 150.000 stranica teksta. Međutim, za razliku od nacionalnih ili unutrašnjih propisa država članica, propisi EU nisu sistematizovani ni prema predmetu regulisanja, ni prema hijerarhiji.² Odsustvo hijerarhijski uređenog sistema u kome bi pravila i pro-

* Član Akademije nauka i umjetnosti RS, redovni profesor u penziji.

¹ Vid. Radovan D. Vukadinović i Jelena Vukadinović Marković, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd, 2020, str. 30. i 120. i dalje i tamo navedene autore, između ostalih i: Košutić, *Uvod u evropsko pravo*, Beograd, 2006; Ilić-Gasmi, *Pravo i institucije Evropske unije*, Beograd, 2009; Radivojević i Knežević Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008; Etinski i dr., *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010. Mlikotin Tomić i dr., *Evropsko tržišno pravo*, Zagreb, 2006, Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007; Meškić i Samardžić, *Pravo Evropske unije*, knj. I i II, Zenica 2012. i 2017; Bendevski, *Pravo na Evropska unija*, Skopje, 2001; *Evropsko pravo*, Zbornik radova slovenačkih autora sa predgovorom Potočnika, Ljubljana 2004; Miščenić, *Evropsko privatno pravo: opći dio*, Školska knjiga, Zagreb, 2019..

² De Witte, „The Nature of the Legal Order“, in: Craig and de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, OUP, 1999, str. 177; Schilling, „The Autonomy of the Community Legal Order“, 37, 1996, *Harvard International Law Journal*, str. 389 i dalje; Weiler and Haltern, Response: The Autonomy of the Community Legal Order“, 37, 1996, *HILJ*, str. 411...Kamil Mortelmans, K.

pisi bili grupisani u tradicionalne grane prava i sređeni po hijerarhijskoj snazi počev od najvišeg pravnog akta, može se pravdati otvorenošću i nedorađenošću EU prava³ koje zbog periodičnog procesa širenja Unija podseća na otvoreno gradilište ili katedralu.⁴

U pravnoj teoriji se propisi EU dele prema različitim kriterijumima, najčešće prema donosiocima i pravnoj snazi, na legislativne (zakonodavne) i nelegislativne. Međutim, poznatija je doktrinarna podela na primarne, sekundarne i ostale izvore. Primarne izvore donose države članice zaključivanjem raznih vrsta međunarodnih ugovora. Sekundarne izvore donose organi EU na osnovu i u granicama od država članica dobijenih ovlašćenja/nadležnosti (princip conferral). Po sadržini i dejstvu, sekundarni izvori ne smeju biti u koliziji sa primarnim izvorima. Njihov međusobni odnos se samo uslovno i u pogledu subjekata koji ih donose, može označiti kao odnos federalnog ili saveznog prava prema državnom pravu ili pravu saveznih država.

Tumačenje i primenu prava EU karakteriše nekoliko principa ili načela, pre svega, načelo direktnog dejstva, primata prava Unije, odgovornosti država članica za štetu nastalu povredom prava Unije, načelo lojalnosti i načelo jednoobraznog i usklađenog tumačenja prava EU na celoj teritoriji. Za jednoobrazno tumačenje i ocenu punovažnosti akata koji čine pravo Unije stara se Sud pravde uz saradnju sa nacionalnim sudovima i sudovima Unije. Za njegovu doslednu primenu kao “pas čuvar” stara se Evropska komisija (Komisija ili EK). Važno je istaći da su nacionalni sudovi u državama članicama istovremeno i sudovi Unije i da se nalaze u odnosu saradnje sa njima, ne u odnosu subordinacije. Međutim, poslednja reč u tumačenju i oceni punovažnosti akata Unije, u koje kao akt Saveta spada i Ugovor o energetskej povelji (UEP), ima Sud pravde. Ulogu vrhovnog, ustavnog i međunarodnog suda poslednje instance Sud realizuje preko postupka odlučivanja o prethodnom pitanju⁵. Prema ovom postupku, nacionalni sudovi i tribunali koji sude u poslednjoj instanci su dužni da od Suda pravde traže da im u formi obavezujuće presude protumači (da tumačenje) sporne nejasne odredbe svakog akta koji čini pravo EU. Vršeci ovakva monopolska ovlašćenja u pogledu tumačenja i ocene punovažnosti celokupnog prava EU, Sud praktično obezbeđuje autonomni i nezavisni karakter prava EU i prema unutrašnjim pravima i prema država članica i prema međunarodnom pravu⁶. Ovakvu ulogu SPEU su posle izvesnog opiranja i “gundanja”

Lenaerts, K. Mortelmans, *Community Law: More than a Functional Area of Law, Less Than a Legal System*, 1, 1996, *LIEI*, str. 31.

³ Norbert Reich, *Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia nv., 2005, str. 5, Schwarze, „Concept and Perspectives of European Community Law“, 5 *European Public Law*, 2, 227, 1999, str. 228. O neodređenosti videti: T. Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*, Oxford, 1999, str. 66.

⁴ Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*, *European Law Journal*, (1997)1, 3. - 32.

⁵ Vid. Jelena Vukadinović Marković i Radovan Vukadinović, *Reforma odlučivanja o prethodnom pitanju u pravu EU*, Kopaonička škola prirodnog prava - Slobodan Perović, 2021. Tom 3, str. 337. - 358.

⁶ Rene Barents, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2004; Bruno de Witte, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 31(2010), 141-155; Nicholas Tsagourias, *Conceptualizing the autonomy of the European Union*, (eds. R. Collins and B. D. White, *International Organizations and the Idea of Autonomy. Institutional Independence in the International Legal Order*, Oxford, 2011, 339-351; Jeno Czuczai, *The autonomy of the EU legal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice*, *Yearbook of European Law* 31 (2012), 452-472; Lando Kirchmair, *The ‘Janus Face’ of the Court of Justice of the European Union: A Theoretical Appraisal of the EU Legal Order’s Relationship with International and Member State Law*, *Goettingen Journal of International Law* 4(2012), 677-691; Ramses A.

prihvatili nacionalni sudovi država članica, počev od presuda donetih u čuvenim predmetima van Gend i Costa v ENEL. Međutim, kad je reč o odnosu između prava EU i međunarodnog prava ne postoji jedinstveno mišljenje ni u pravnoj teoriji, ni u sudskoj praksi. Otuda se čini da Sud pravde koristi pogodne prilike da, i kad u postupku pret-hodnog odlučivanja nije pitan o tome, da svoj mišljenje o pojedinim aspektima ovog odnosa. U tom kontekstu će u nastavku biti analizirano više slučajeva iz međunarodne arbitražne prakse i prakse SPEU. U radu će biti analizirani, pre svega, sporovi koji se odnose na UEP, ali će biti posmatrani i u kontekstu bilateralnih sporazuma o zaštiti i unapređenju stranih investicija (BIT), posebno tzv, unutrašnjih EU intra BIT-ova, kao što je presuda doneta u predmetu Micula.⁷

2. Ugovor o energetskej povelji u kontekstu međunarodnog investicionog prava

Međunarodno investiciono pravo predstavlja deo međunarodnog prava u smislu člana 38(1) Statuta Međunarodnog suda pravde⁸ i čine ga, pre svega, međunarodni investicioni ugovori (IIA) u koje spadaju i intra i ekstra EU BIT-ovi, kao dvostrani međudržavni ugovori, i regionalni i multilateralni sporazumi, kao što je UEP⁹. Osim pomenutih neposrednih izvora, tu su i međunarodni običaji i tzv. meko pravo investicija, kao pravno neobavezujući ali “uticajni” izvori¹⁰. Kad su u pitanju strane investicije u energetske sektor, osnovni izvora prava je Ugovor o energetskej povelji (UEP ili Povelja).¹¹

Ugovor o energetskej povelji predstavlja multilateralni međunarodni ugovor koji je potpisan decembra 1994. godine, a stupio je na snagu 16. aprila 1998. godine.¹²

Wessel and Steven Blockmans, *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations – An Introduction* (eds. R.A. Wessel and S. Blockmans), *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations*, The Hague - T.M.C. Asser Press/Springer, 2013, 1-9; Jan Willem van Rossem, *The Autonomy of EU Law: More is Less?*, (eds. R.A. Wessel and S. Blockmans, *Between Autonomy and Dependence. The EU Legal Order Under The Influence of International Organisations*, The Hague - T.M.C. Asser Press/Springer, 2013, 13-46; Jed Odermatt, *When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law*, MWP 2016/07, Max Weber Programme, EUI Working Papers, 2016. У домаћој теорији Маја Д. Лукић, Аутономија права Европске уније у светлу новије праксе европских судова, дисертација, Београд 2013; Бранко Ракић, Фрагментација међународног права и европско право - на западу нешто ново, *Анали Правног факултета у Београду* 1(2009), 122.

⁷ *Micula v. Romania* (I) *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania* (I)(ICSID Case No. ARB/05/20, *Micula v. Romania* (II) *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania* (II)(ICSID Case No. ARB/14/29), C638/19 P, ECLI:EU:C:2022:50.

⁸ Vid. Report of the Executive Directors on the ICSID Convention. The Report provides as follows: ‘40. . . . The term “international law” as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes.’ ICSID, ‘Report of the Executive Directors on the Convention’ (ICSID 2006) http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

⁹ Vid. Radovan Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Beograd 2021, str 218. i dalje.

¹⁰ Moshe Hirsch, Sources of international investment law, u: Andrea K. Bjorklund and August Reinisch (eds), *International Investment Soft Law*, Edward Elgar, 2012, str. 9.

¹¹ Tekst Povelje vidi na <https://www.energycharter.org/>.

¹² Vid. <https://www.acerislaw.com/energy-charter-treaty-current-status-between-eu-states/> trenutno postoji 57 potpisnica i ugovornih strana. Uglavnom su to evropske države, sve države

Ugovoru je prethodila Evropska energetska povelja koja je 1991. godine usvojena kao politička povelja kojom su se države potpisnice obavezale, između ostalog, da će slediti ciljeve i principe Povelje i implementirati i proširiti svoju saradnju što je pre moguće pregovorima u dobroj veri. Između ostalih, potpisnice su sve države članice Unije i sama Unija i Evroatom, ali je kasnije Italija izašla iz Ugovora. Srbija nije potpisnica.

Razloge nastanka Ugovor o energetskej povelji (eng. *The Energy Charter Treaty* - ECT) trebalo bi tražiti u geopolitičkim okolnostima tog doba koje se kolokvijalno označava kao kraj hladnog rata. Naime ideja i kasniji predlog da se osnuje Evropska energetska zajednica, kao preteča UEP je artikulirana u okviru Evropskog saveta na sastanku u Dublinu 25. juna 1990. godine.¹³ Naredne godine Evropski savet je usvojio tekst Povelje i pozvao zainteresovane države da uzmu učešće u sačinjavanju konačnog teksta, koji je pod nazivom Energetska povelja usvojen 17.12.1991. godine. Reč je o "političkom dokumentu koji je obezbedio političku platformu za zaključivanje konkretnih međunarodnih energetskeg ugovora, kao pravnog okvira za strano investiranje u energetske sektor."¹⁴

Prema sadržini, Ugovor se sastoji iz sedam delova, od kojih je za ovo razmatranje od posebne važnosti peti deo koji je posvećen pitanju rešavanja sporova.

Prema odredbama člana 26. Povelje, stranke u formalno pravnom smislu mogu da, nakon što ne uspeju da spor reše mirnim putem, izaberu jedan od tri načina rešavanja sporova: putem nacionalnih sudskih i upravnih organa ugovornih strana, arbitražnim putem i na drugi dogovoreni način. Praksa, međutim, pokazuje da se strani investitori redovno opredeljuju za međunarodne arbitraže, budući da je svaka ugovorna strana već potpisivanjem UEP-a dala безусловnu saglasnost na podnošenje spora međunarodnoj arbitraži. Tumačenje da su ugovorne strane Poveljom dale безусловnu saglasnost na međunarodnu arbitražu povlači niz praktičnih posledica kako za ishod konkretnog slučaja o kome se raspravlja, tako i na opštem planu, u ravni prava EU i u međunarodnom pravu. Za pravni poredak EU to, između ostalog, znači da će UEP kao vrsta mešovitog međunarodnog sporazuma i kao deo prava Unije biti izuzet iz nadležnosti sudova Unije i Suda pravde. Takvo "razvlašćivanje" Suda pravde Evropske unije (SPEU) može ugroziti uniformno tumačenje (i primenu) prava EU u svim državama članicama i, po prirodi stvari, dovesti u pitanje jedinstvo pravnog poretka Unije, bez koga ne može opstati ni jedan pravni sistem, niti se mogu ostvariti ciljevi koji su pred njega postavljeni, kao što su nesmetano funkcionisanje unutrašnjeg tržišta ili vođenje zajedničke trgovinske politike. U krajnjoj liniji, time se dovode u pitanje i druga načela na kojima počiva EU: načelo direktnog dejstva, odgovornosti država članica zbog povrede prava EU, načelo lojalnosti i uniformnog i usklađenog tumačenja prava na celoj teritoriji. Doduše,

članice EU i EU, ali i Afganistan, Albanija, Armenija, Australija*, Austrija, Azerbejdžan, Bjelorusija °, Belgija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Hrvatska, Kipar, Češka, Danska, Estonija, Evropska unija i Euratom, Finska, Francuska, Gruzija, Njemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Japan, Jordan, Kazahstan, Kirgistan, Letonija, Lihtenštajn, Litvanija, Luksemburg, Malta, Moldavija, Mongolija, Crna Gora, Holandija, Severna Makedonija, Norveška*, Poljska, Portugal, Rumunija, Ruska Federacija*, Slovačka, Slovenija, Španija, Švedska, Švajcarska, Tadžikistan, Turska, Turkmenistan, Ukrajina, Ujedinjeno Kraljevstvo, Uzbekistan i Jemen.

Italija je bila ugovorna strana ECT-a do 1. januara 2016., datuma do kada se povukla iz Ugovora o energetskej povelji. Bilo koje ulaganje u energetske sektor u Italiji nakon tog datuma nije zaštićeno ECT-om. Naprotiv, investicije napravljene u Italiji pre 1. januara 2016. ostaju zaštićene do 2036. godine. Ruska Federacija je potpisala ECT, ali ga nije ratifikovala.

¹³ Vid. Communication from the Commission, COM(91) 36 final, 14 February 1991.

¹⁴ Maja Stanivuković, Sanja Đajić, *Investicioni sporovi* na osnovu Ugovora o energetskej povelji, Pravna Riječ, broj 39/2014, str. 577. - 601.

Sud pravde bi se mogao “umešati” u post arbitražni postupak kroz kontrolu postupka priznanja i izvršenja tako donetih odluka, ali samo kad se ovaj postupak sprovodi pred sudovima država članica. Pozvani sudovi država članica bi mogli pre nego što o tome odluče da se obrate Sudu pravde zahtevom da protumači sporne odredbe, ali je to duži i neizvesniji put od onog koji Sudu pravde koristi u postupku prethodnog odlučivanja.

3. Sudska i arbitražna prska

Da nešto “trulo” ima u sporazumima o unapređenju i zaštiti stranih investicija u odnosu na pravo EU, nagovestili su Sud pravde EU i Evropska komisija u predmetu *Micula i drugi*, već 2015. godine, kada je EK donela Odluku¹⁵ u kojoj je plaćanje od strane Rumunije na ime naknade štete koja je arbitražnom odlukom¹⁶ dosuđena stranim investitorima (*Micula* i dr) okvalifikovao kao nedozvoljenu državnu pomoć. Iako je od tada prošlo gotovo deset godina, arbitražna odluka nije u potpunosti izvršena, već izaziva brojne diskusije i različita mišljenja, kako u sudskoj i arbitražnoj praksi, tako i u pravnoj teoriji. Bez obzira što se pomenuta odluka Suda pravde odnosi na bilateralni sporazum o unapređenju i zaštiti stranih investicija (BIT) između Švedske i Rumunije, neke ocene i kvalifikacije Suda se u pogledu prirode BIT-ova, mogu primeniti i na Ugovor o energetskej povelji.

Naime, iako UEP predstavlja višestrani međunarodni ugovor koji su zaključile ne samo države članice EU i Unija sama, već i druge evropske i vanevropske države, u međusobnim odnosima država članica Ugovor proizvodi slično ili isto dejstvo kao i intra BIT-ovi. Stoga se kao logično postavlja pitanje da li se stavovi koje je Sud pravde zauzeo u pogledu određenih pitanja u BIT-ovima u ranijim predmetima, pre svega u *Micula* i *Achmea* (*Achmea*)¹⁷, u pogledu dopuštenosti ugovaranja arbitražne klauzule za rešavanje investicionih sporova, mogu primeniti (i ako mogu, u kojoj meri) i na UEP. Ili se, nasuprot tome, UEP tretira kao klasični međunarodni višestrani ugovor koji se tumači prema pravilima međunarodnog prava, a ne prava Unije.

U odgovoru na ova, i sa njima povezana pitanja, biće analizirani stavovi SPEU i međunarodnih arbitražnih sudova u odlukama koje su doneli u “vodećim” slučajevima: *Electrabel*, *Micula*, *Achmea*, *Komstroy* i *Eskosol*, i kroz stav Evropske komisije.

4. Načelni stavovi Suda pravde i Komisije

Sud pravde Evropske unije je od početka smatrao da mu prema opštim odredbama iz člana 19. UEU i članova 267. i 344. UFEU, pripada nadležnost da na neposredan ili posredan način tumači pravo EU, koje čine i BIT-ovi i UEP. Dok nadležnost Suda po osnovu članova 19. i 267. UFEU, uglavnom nije sporna, u pogledu domašaja odredbi iz člana 344. postoje različita tumačenja. Prema odredbama člana 344. UFEU, države članice su obavezne da sporove koji se odnose na tumačenje ili primenu Ugovora ne rešavaju na način koji nije predviđen Ugovorima. U predmetu *Mox Plant*,¹⁸ Komisija je pokrenula postupak protiv Republike Irske, zbog toga što je tužena pokrenula arbitražni postupak protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zbog navodne povrede Konvencije UN o

¹⁵ Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015 on State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) implemented by Romania — Arbitral award *Micula* v Romania of 11 December 2013 (OJ 2015, L 232, str. 43).

¹⁶ Arbitral award of 11 December 2013.

¹⁷ C-284/16, *Slowakische Republik v Achmea BV*. ECLI:EU:C:2018:158.

¹⁸ C-459/03 *Commission of the European Communities v Ireland*, ECLI:EU:C:2006:345.

pravu mora. Sud pravde je smatrao da je reč o tumačenju i primeni prava EU i zauzeo stav da ima isključivu nadležnost. U pravnoj teoriji i praksi međunarodnih investicionih arbitraža su, međutim, mišljenja o tome da li se ovakav stav Suda može primeniti i na intra BIT-ove, podeljena.

Arbitri su u međunarodnim investicionim arbitražama BIT-ove tretirali kao međunarodne ugovore koji su regulisani Bečkom konvencijom o ugovornom pravu od 1969. godine, čije se tumačenje i primena mogu tražiti od međunarodnih sudova i tribunala: od Stalnog međunarodnog suda ili od Suda za ljudska prava u Strazburu. Za razliku od ovakvog stava, Komisija se u više slučajeva, kao prijatelj suda, izjašnjavala u prilog isključive jurisdikcije Suda pravde i pozivala se na odredbe člana 344. UFEU, i obavezu država članica da “sporove koji se odnose na tumačenje ili primenu Ugovora, ne rešavaju na način koji nije predviđen Ugovorima.”

EK smatra da se sporovi unutar EU moraju rešavati prema pravu EU pred sudovima Unije, a ne pred telima koja se nalaze izvan pravosudnog sistema EU. Otuda smatra da arbitražne klauzule iz intra-EU investicionih ugovora, koje omogućavaju “uklanjanje sporova iz pravnog poretka EU”, nisu kompatibilne sa pravom EU. Sud pravde je takav stav Komisije prihvatio u slučaju *Ahmea*, ali je do presude donete u predmetu *Komstroy* jedino ostalo pitanje da li će Sud pravde isti pristup primeniti i na UEP. U odgovoru na ovo pitanje Sud pravde navodi da je cilj člana 26. UEP-a da reguliše bilateralni odnos između dve ugovorne strane na sličan način kao i odredbe bilateralnog ugovora o ulaganju.

Naime, Sud je prvo konstatovao da “uprkos multilateralnoj prirodi međunarodnog sporazuma čiji je deo, odredba poput član 26. UEPa zapravo ima za cilj da uredi bilateralne odnose između dve ugovorne strane na isti način kao i odredba bilateralnog ugovora o ulaganju u predmetu *Ahmea*.”¹⁹ Nakon toga, Sud je zaključio da se kao takve, arbitražne klauzule investitor-država u UEP-u “moraju tumačiti kao neprimjenjive na sporove između države članice i investitora druge države članice u vezi s ulaganjem ove druge države članice u prvooj državi članici”²⁰

4.1. Slučaj *Micula*

Devedesetih godina prošlog veka braća *Mikula*, švedski državljani rumunskog porekla uložili su kao strani investitori sredstva u Rumuniju u više fabrika za preradu hrane i ambalažu. Kako su ulaganja izvršena u ekonomski nerazvijeno području, investitori su koristili šemu poreskih podsticaja i sledeću podršku.²¹

Međutim, u sklopu pregovora o članstvu u EU, Rumunija je 2005- godine ukinula šemu poreskih podsticaja. Formalno pravno posmatrano, Rumunija je ukidanjem šeme

¹⁹ C284/16, *Achmea*, EU:C:2018:158, t. 58.

²⁰ Tač. 66 Presude Suda.

²¹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multiipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20. U pitanju je investicija braće *Mikula* (Jon i *Viorel*), švedskih državljana rumunskog porekla, preko odgovarajućih kompanija. Kako bi podstakla strana ulaganja u nerazvijena područja, rumunska vlada je u to vreme davala stranim investitorima niz pogodnosti, kao što su vladine subvencije, poreske i carinske olakšice i izuzeća (Uredba Vlade 24/1998 (EGO 24)), Rumunija je započela pristupne pregovore u kojima je 2005. godine ukinula pomenute podsticaje i podsticaje za strane investitore na osnovu odluke nadležnih antimonopolskih organa, koji su utvrdili da su pojedinim podsticajima prekršena pravila o zaštiti konkurencije, tj. da predstavlja nedozvoljenu državnu pomoć.

S obzirom da im je ukidanje ovih podsticaja nanelo štetu, tužioci su 28. jula 2005. godine pokrenuli arbitražni postupak protiv države Rumunije zbog navodnog kršenja BIT-a između Švedske i Rumunije, i zatražili naknadu za tako nastalu štetu.

poreskih podsticaja prekršila obavezu iz sporazuma o podsticanju i zaštiti stranih investicija (BIT) koji je 2002. godine zaključila sa Švedskom, kojim je preuzela obavezu da osigura pošteno i pravedno postupanje. U takvoj situaciji braća Micula i ostali su 2013. godine pokrenuli ICSID arbitražu²² i dobili arbitražnu odluku na iznos od 178 miliona EUR na ime naknade pretrpljene štete zbog ukidanja šeme poreskih podsticaja.

U skladu sa IKSID Konvencijom, Rumunija je u postupku izvršenja arbitražne odluke platila deo naknade, uprkos upozorenjima Evropske komisije da će tako isplaćena naknada biti tretirana kao nedozvoljena državna pomoć, koja je nespojiva sa unutrašnjem tržištem EU i nije u skladu sa pravom EU. Odlukom od 30. marta 2015. godine, Evropska komisija je zabranila dalju isplatu, tj izvršenje arbitražne odluke i naredila Rumuniji da izvrši povraćaj već plaćenog iznosa. Protiv takve Odluke Evropske komisije braća Mikula su tužbom pokrenuli postupak za poništaj, koju je usvojio Osnovni sud EU. Prema shvatanju Osnovnog suda Evropska komisija je retroaktivno primenila svoje nadležnosti i na činjenice koje su postojale pre pristupanja Rumunije Evropskoj uniji. Protiv takve odluke, Evropska komisija je uložila žalbu Sudu pravde EU. Nasuprot stavu Osnovnog suda, Sud pravde je smatrao da se državna pomoć iz člana 107(1) Sporazuma o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), smatra odobrenom na dan kada je korisnik stekao pravo da je primi prema merodavnom nacionalnom pravu, a to je 11. decembar 2013. godine, tj. posle prijema Rumunije u EU.

Za predmet ovog rada od značaja je stav Suda pravde u pogledu nadležnosti arbitražnog suda da vodi postupak (pitanje arbitrabilnosti)²³ i opšte primene ili dejstva ranije donete odluke u premetu Ahmea.²⁴

Sud pravde je našao da je Osnovni sud pogrešio kad je zaključio da presuda doneta u slučaju Ahmea nema opšte dejstvo i da se ne može primeniti u ovom slučaju. Osima toga, Sud je zauzeo i stav da je momentom pristupanja Rumunije EU, sistem sudske zaštite i pravnih lekova koji je predviđen u UEU I UFEU zamenio arbitražni postupak.²⁵

U teoriji je oštro kritikovana ovakva iznenađujuća i “automatska zamena” arbitražnog načina rešavanja sporova međunarodnih obaveza koje su preuzete pre prijema država u EU.²⁶ Upravo ovakva “automatska zamena” značajno širi nadležnost Suda pravde u pogledu drugih međunarodnih sporazuma koje su države članice zaključile pre prijema u Uniji, kao što su ICSID konvencija i UEP.

Proširujući svoju nadležnost i efektivno zamenjujući nadležnost arbitražnih sudova ICSID-a svojom jurisdikcijom, SPEU očigledno širi (i prekoračuje) svoju nadležnost. U suštini, to znači da će ICSID arbitraža koja uključuje državu članicu EU potencijalno biti nadjačana od strane EU i SPEU.

²² Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20.

²³ Radovan Vukadinović i Jelena Vukadinović Marković, *Arbitrabilnost investicionih sporova iz Ugovora energetskej povelji*, Pravo i privreda, 2019, god. 57, br. 4/6, str. 536-554.

²⁴ O značaju Ahmea odluke u domaćoj literaturi pre svih vid. Sanja Djajić, POST-ACHMEA APOCALYPSE FOR EU LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION, in book: *Challenges in International Business Law and European Union Law - Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (eds. Allan Tatham et al.), Publisher: ANURS – Udruženje za evropsko pravo, 2020.

²⁵ Tač. 145. Ahmea odluke.

²⁶ Nikos Lavranos, The new Micula judgment and the overreach of the ECJ <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-new-micula-judgment-and-the-overreach-of-the-ecj/>.

4.2. Slučaj Electrabel

U arbitražnoj odluci donetoj u predmetu Electrabel,²⁷ arbitri su pošli od činjenice da je odredbama člana 26. UEP-a osnovan sud u skladu sa UEP-om koji odlučuje o sporovima u skladu sa ovim Ugovorom i *primjenjivim pravilima međunarodnog prava*. Arbitri smatraju da pravo EU čini deo relevantnih pravila međunarodnog prava koja se mogu uzeti u obzir prilikom tumačenja Ugovora u skladu sa članom 31(3)(c) Bečke konvencije o pravu ugovora (VCLT) iz 1969. godine. U obrazloženju ovakvog stava arbitražni sud navodi da je „pravo EU međunarodno pravo jer je ukorenjeno u međunarodnim ugovorima. Osim toga, obe strane su prihvatile da su Ugovori o osnivanju EU pravni instrumenti prema međunarodnom javnom pravu... Štaviše, tribunal smatra da je pravo EU u celini deo međunarodnog pravnog poretka...“²⁸ Arbitri, dalje, smatraju da je pravo EU u celini deo međunarodnog pravnog poretka i ne prave materijalnu razliku, kako je predložio tužilac, između Ugovora EU (koje tužilac priznaje kao međunarodno pravo) i *“droit dérivé”* (koje tužilac ne priznaje kao međunarodno pravo). Po mišljenju Tribunala, sva pravna pravila EU su deo regionalnog sistema međunarodnog prava i stoga imaju međunarodnopravni karakter²⁹. Ovo je jasno izjavio SPEU pre mnogo godina, u poznatom predmetu *Van Gend en Loos* stavom da: „...Zajednica predstavlja novi pravni poredak međunarodnog prava u korist koga su države ograničile svoja suverena prava...“

Pitanje da li je pravo EU međunarodno³⁰ je ponovo postalo aktuelno u predmetu *Republika Moldavija protiv Komstroya doo* (Komstroy), u kome je Veliko veće SPEU-a smatralo da je «sam Ugovor o energetskej povelji akt prava EU»³¹. Stoga je arbitražni sud “kao što je onaj iz čl. 26(6) ECT dužan da tumači, pa čak i da primenjuje pravo EU”.³² U zaključku, Sud pravde navodi da je posledica ovog nalaza da se odredbe o rešavanju sporova u UEP-u «moraju tumačiti kao neprimenjive na sporove između države članice i investitora druge države članice u vezi s ulaganjem koje je potonji izvršio u prvoj državi članici”.³³ Drugim rečima, SPEU je utvrdio da je primena UEP mehanizama za rešavanje sporova investitor-država unutar EU nespojiva sa pravom EU.

4.3. Slučaj Achmea

U pitanju je presuda SPEU-a u sporu između holandskog osiguravajućeg društva Achmea BV (ranije poznatog kao Eureko BV) i Slovačke. Slovačka je 2006. delimično izmenila raniju odluku o liberalizaciji svog tržišta zdravstvenog osiguranja, čime je zabranila raspodelu dobiti ostvarene Achmeinim osiguravajućim aktivnostima u Slovačkoj. Nezadovoljna takvom odlukom, Achmea je 2008. pokrenula arbitražni postupak pred arbitražom protiv Slovačke u okviru BIT-a zbog navodnog kršenja materijalnih

²⁷ ICSID decision on jurisdiction, applicable law and liability of 30 November 2012 ICSID case n. ARB/07/19 Electrabel SA v The Republic of Hungary.

²⁸ Tač. 4.120 Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability - 30 Nov 2012.

²⁹ Tač. 4.122. arbitražne Odluke Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability - 30 Nov 2012.

³⁰ A Roberts, *Is International Law International?* (Oxford University Press 2017); T Schilling, ‘The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations’ (1996) *Harv-IntlJ* 389, 403–404

³¹ C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* ECLI:EU:C:2021:655 para. 49.

³² Tač. 50. Komstroy presude.

³³ Tač. 66.

standarda ugovora. U svojoj konačnoj odluci od 2012. godine, *ad-hoc* arbitražni sud osnovan prema pravilima UNCITRAL-a sa sedištem u Frankfurtu, utvrdio je da je Slovačka prekršila BIT i naložila joj da tužiocu (Ahmea) isplati približno 22,1 milion evra odštete.

Protiv takve odluke Slovačka je pokrenula postupak poništaja pred nemačkim sudovima, osporavajući nadležnost arbitražnog suda. Tvrdila je da arbitražni sud nije imao nadležnost da sasluša tužbe jer je arbitražna klauzula ugrađena u član 8 BIT-a nespojiva sa pravom EU, (članovima 18, 267 i 344 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU). Viši regionalni sud u Frankfurtu (*Oberlandesgericht Frankfurt*), je odbio navode Slovačke odlukom od 18. decembra 2014³⁴, i našao da BIT nije nespojiv sa gore navedenim odredbama UFEU-a. U daljem postupku pred Nemačkim saveznim sudom pravde³⁵, Sud je razmatrajući predmet u žalbenom postupku, uputio zahtev SPEU za preliminarnom odlukom/tumačenjem o kompatibilnosti arbitražne klauzule BIT-a sa pravom EU, pri čemu je naveo da po njegovom mišljenju arbitražna klauzula nije u suprotnosti sa odredbama UFEU. I opšti pravobranilac Wathélet je smatrao da intra EU BIT i ISDS klauzula sadržana u njemu ne krše pravo EU, napominjući da

- BIT ne predstavlja diskriminaciju na osnovu nacionalnosti i stoga ne krši član 18. UFEU-a dajući povlašteni tretman holandskim investitorima;
- je arbitražni sud konstituisan prema članu 8. BIT-a “*sud ili tribunal države članice*” u smislu člana 267. UFEU-a i stoga može da traži od SPEU da donese preliminarnu odluku o pitanjima prava EU; i
- sporovi između investitora i države – za razliku od sporova unutar država članica – nisu potpadali u delokrug člana 344. UFEU-a i takvi sporovi se ne tiču tumačenja ili primene Ugovora EU.

SPEU je, međutim, u svojoj presudi od 6. marta 2018. godine, drastično odstupio od mišljenja opšteg pravobranioca i stava nemačkih sudova, i našao da arbitražna klauzula u BIT-u nije kompatibilna sa pravom EU. Po mišljenju Suda ova arbitražna klauzula uklanja sporove koji uključuju tumačenje ili primenu prava EU iz mehanizma sudske revizije predviđene pravnim okvirom EU.

Za predmet ovog rada je od značaja stav Suda da pravo EU karakteriše – *između ostalog* – činjenica da potiče iz nezavisnog izvora prava, Ugovora EU, i da mu je priznat primat nad pravom država članica EU. Ove su karakteristike, prema shvatanju Suda «*dovele do strukturirane mreže principa, pravila i međusobno zavisnih pravnih odnosa koji uzajamno obavezuju EU i njene države članice...*». Na osnovu ove osnovne premise, države članice su dužne da na svojim teritorijama osiguraju jednoobraznu i doslednu primenu prava EU. Drugačije rečeno, nije sporan autonomni karakter prava EU koji je već ranije priznat i potvrđen, nego se ističe obaveza država članica i EU da preko pravosudnog sistema koji je uspostavljen Ugovorima EU osiguraju doslednost i jednoobraznost u tumačenju prava EU kroz postupak prethodnog odlučivanja. To je moguće ostvariti samo ako Sud pravde zadrži monopolsku kontrolnu ulogu u tumačenju prava EU pa, dakle, i UEP-a. U tom kontekstu Sud navodi i da arbitražni sud konstituisan prema BIT-u mora odlučivati na osnovu prava koje je na snazi u državi ugovornici koja je uključena u spor, kao i drugih (međunarodnih) sporazuma između ugovornih strana, koji uključuje EU. Pri tome, Sud ne spori pravo arbitražnog suda da može biti pozvan da tumači ili čak primenjuje pravo EU. Međutim, takav arbitražni sud mora biti “*sud ili tribunal*” iz člana 267. UFEU. SPEU nalazi da predmetni arbitražni sud nije deo pravosudnog sistema ni Holandije ni Slovačke. Prema tome, arbitražni sud nema ovlašćenja da uputi

³⁴ Predmet 26 Sch 3/13.

³⁵ *Bundesgerichtshof*, odluka od 3. marta 2016. – predmet I ZB 2/15.

zahtev SPEU radi preliminarne odluke. To praktično znači da takva arbitražna odluka ne podleže reviziji od strane suda države članice koja osigurava usklađenost sa pravom EU. Sud dalje primećuje da je arbitražna odluka koju je doneo Tribunal u skladu sa BIT-om, u principu, konačna i – na osnovu važećeg proceduralnog prava koji sam tribunal utvrđuje izborom arbitražnog sedišta – podleže samo ograničenom sudskom preispitivanju od strane nadležnih nacionalnih sudova.

Na kraju, Sud je presudio da su Holandija i Slovačka zaključenjem BIT-a uspostavile mehanizam za rešavanje investicionih sporova koji nije u stanju da osigura pravilnu primenu i punu delotvornost prava EU, te da je arbitražna klauzula sadržana u BIT-u nespojiva sa određenim ključnim principima prava EU i da ima negativno dejstvo na autonomiju prava EU.³⁶

Nakon donošenja ovakve odluke, u većem broju arbitražnih postupaka arbitri su razmatrali pitanje njihove nadležnosti u svetlu pravnog dejstva Ahmea odluke.

4.4. Slučaj Komstroy

U pitanju je spor između ukrajinskog proizvođača električne energije “Ukrenergo” koji je 1999. godine zaključio niz ugovora o isporuci električne energije po osnovu kojih je prodavao struju ukrajinskom distributeru “Energoalians”. Distributer je struju prodavao “Derimenu”, kompaniji registrovanoj na Britanskim Devičanskim ostrvima, koja je snabdevala strujom moldavsko državno preduzeću “Moldtranselectro”.

Spor je nastao zbog toga što “Moldtranselectro” nije platio kupljenu struju “Derimenu”. Međutim, maja 2000. godine, Derimen je ustupio svoje potraživanje prema Moldtranselectro na Energoalians, koji je kasnije pokrenuo arbitražu protiv Republike Moldavije (“Moldavija”) tvrdeći da mu je država nanela štetu povredom više standarda zaštite investicija, tako što je izvršila indirektnu eksproprijaciju, povredila fer tretmana i standard minimalnog tretmana, izvršila diskriminaciju i povredila princip pristupa pravdi, iz Sporazuma o bilateralnim investicijama između Moldavije i Ukrajine (“BIT”).³⁷

U oktobru 2013. godine, *ad hoc* arbitražni sud sa sedištem u Parizu zaključio je da je Moldavija bila odgovorna za povredu standarda poštenog i pravednog tretmana UEP-a. Odluka je doneta većinom glasova, uz izdvojeno mišljenje predsedavajućeg suda, koji je smatrao da sticanje potraživanja od strane Energolijanse nije predstavljalo ulaganje iz UEP-a.

Nezadovoljna takvom odlukom, Moldavija je u novembru 2013. godine, pokrenula postupak njenog poništaja pred Apelacionim sudom u Parizu (“COA”). U međuvremenu, još jedna ukrajinska kompanija, *Komstroy*, postala je naslednica Energoaliansa. U aprilu 2016, Pariski COA se složio sa izdvojenim mišljenjem Predsedavajućeg arbitražnog suda i poništio arbitražnu odluku, sa obrazloženjem da arbitražni sud nije imao nadležnost za odlučivanje, jer se kapital ili ekonomski doprinos tretiraju kao investicija u UEP-u, ali sticanje duga koji proizilazi iz komercijalne transakcije se ne može tako tretirati.

Komstroy se žalio na odluku o poništenju Kasacionom sudu Francuske. Sud je marta 2018. godine poništio odluku o poništenju navodeći da je Pariski COA protumačio

³⁶ Vid. Radovan Vukadinović, *Štetno dejstvo arbitražnog rešavanja sporova iz internih sporazuma Evropske unije o zaštiti stranih investicija na pravni poredak Evropske unije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2017, god. 65, br. 3, str. 50-69.

³⁷ The Republic of Moldova - Ukraine Bilateral Investment Treaty (“BIT”), signed on 29.08.1995, entered into force on 27.05.1996. For access: Moldova, Republic of - Ukraine BIT (1995) d International Investment Agreements Navigator d UNCTAD Investment Policy Hub, pristupljeno a0.04. 2022.

koncept “ulaganja” dodavanjem uslova koji nije predviđen u UEP-u. U skladu s tim, arbitražna odluka je vraćena Pariskom COA koji se obratio Sudu pravde zahtevom da protumači pojam “investicija” u UEP-u.

U odluci od 2. septembra 2021. godine³⁸, SPEU je najpre ustanovio svoju nadležnost navodeći da EU ima interes da se odredbe UEP-a tumače na jednoobrazan način, da je sedište arbitraže bilo u Parizu što podrazumeva primenu EU prava od strane francuskih sudova kao dela unutrašnjeg prava i da član 19. UEU zahteva da se obezbedi usklađivanje sa pravom EU. Osim toga, Sud je raspravljao i o načelima primata i autonomnog karaktera prava EU u čiju korist je naveo više argumenata o kojima će biti reči u zaključku. Sve to je rezultiralo presudom u kojoj je SPEU našao da sporno “preuzimanje duga” nema karakter investicija, ali i da je klauzula o investicionoj arbitraži unutar EU prema Ugovoru o energetskej povelji nekompatibilna sa pravom EU. Sud je presudio da, kada se odredba međunarodnog sporazuma može primeniti i na situacije obuhvaćene pravom Unije tako i na situacije koje nisu obuhvaćene tim pravom, postoji jasan interes Unije da se, radi izbegavanja budućih razlika u tumačenju, ta odredba tumači ujednačeno, bez obzira na okolnosti u kojima je treba primeniti³⁹

Nakon što je u odluci donetoj u predmetu *Ahmea*, martu 2018. godine, već presudio da je investiciona arbitraža na osnovu bilateralnog sporazuma o ulaganjima unutar EU BIT-a u suprotnosti sa pravom EU, SPEU je obrazloženje iz *Achmea* u vezi bilateralnih ugovora praktično preneo i na UEP, kao multilateralni ugovor. Drugim rečima, Sud je presudio da se arbitražna klauzula o odnosu investitora prema državi investiranja (*investor-state arbitration clause*) iz člana 26. UEP-a ne može primeniti na intra EU investicione sporove. Istovremeno, budući da u konkretnom slučaju ni jedna od stranaka nisu bile države članice EU (Ukrajina i Moldavija), a jedina veza sa pravom EU je bilo sedište arbitraže u Parizu, Sud je potvrdio svoju nadležnost da tumači UEP, jer ga smatra delom EU prava.

4.5. Slučaj Eskosol

Iz prethodnih slučajeva može se zaključiti da su se međunarodni arbitražni sudovi o bilateralnih sporazuma o podsticanju i zaštiti stranih direktnih investicija koje su države članice zaključile između sebe (intra EU BIT-ovi) ili sa trećim državama (spoljni EU BIT-ovi), ili po osnovu UEP-a, izjašnjavali u brojnim predmetima.⁴⁰ Međutim, čini se

³⁸ *Republic of Moldova v Komstroy LLC*, a company the successor in law to the company Energoalians, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

³⁹ Vid. u tom smislu presude od 17. jula 1997., *Giloy*, C130/95, EU:C:1997:372, t. 23. do 28.; od 16. juna 1998., *Hermès*, C53/96, EU:C:1998:292, t. 32. i od 14. decembra 2000., *Dior i dr.*, C300/98 i C392/98, EU:C:2000:688, t. 35.

⁴⁰ *PV Investors v Kingdom of Spain*, PCA Case No 2012-14, preliminary award on jurisdiction, 13 October 2014; *Charanne and Construction Investments v Spain*, SCC Arbitration No. o6/2012, Award, 21 January 2016; *RREEF Infrastructure (GP) Ltd and RREEFF Pan.-European Infrastructure Two Lux Sàrl v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on jurisdiction, 6 June 2016; *Blusun SA et al v Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016; *Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg Sàrl v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017; *Novoenergia II-Energy and Environment (SCA) Grand Duchy of Luxembourg SICAR v Kingdom of Spain*, SCC Arbitration 2015/063, Award, 15 February 2018; *Masdar Solar & Wind Cooperatif UA v Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018; *Vattenfall AV et al v Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea issue, 31 August 2018; and *Foresight Luxembourg Solar 1 Sàrl, Foresight Luxembourg SOLAR 2 Sàrl, Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I SPA, GWM Renewable Energy II SPA v Kingdom of Spain*, SCC Arbitration V 2015/150, Final Award, 14 November 2018.

da su najpotpunije obrazloženje odnosa koji postoji između UEP i EU pravnog poretka dali u odluci donetoj u predmetu *Eskosol*.⁴¹ U ovoj odluci,⁴² arbitri su odbili prigovor Italije o nenadležnosti arbitraže, koji se zasnovao na neprimjenjivosti UEP na intra EU sporove.

U ovom predmetu u pitanju je bio spor povodom Odluke vlade Italije da izmeni sistem podsticaja koji je prethodno bio na snazi u vezi izgradnje foto solarnih elektrana. Tužilac (*Eskosol*) je smatrao da je Italija na taj način povredila obaveze iz UEP-a. U februaru 2019. godine Italija je zatražila momentalni prekid arbitražnog postupka pozivajući se na Deklaraciju o pravnim posledicama *Ahmea* odluke, koju je potpisalo 22 države članice EU. Razmatrajući ovaj prigovor arbitražni sud se u obimnoj i sadržajnoj presudi osvrnuo na niz pitanja o kojima će dalje biti reči.

U pogledu merodavnog prava, arbitri su smatrali da se odredbe UEP-a i dalje primenjuju na tužbe koje su investitori jedne države članice EU podneli po osnovu UEP-a protiv druge države članice. Pri tome je uzeo u obzir stavove Italije i Evropske komisije o odnosu između UEP-a i prava EU i njegovom razvoju nakon što je UEP stupio na snagu, kao i Deklaraciju država članica o dejstvu *Ahmea* presude iz 2019. godine.⁴³

Pri tome, SPEU je priznao da pravo EU postoji u svom vlastitom podsistemu, koji je “autonoman... u odnosu na pravo država članica i na međunarodno pravo.”⁴⁴ Ova autonomija znači da je pravo EU različito i odvojeno ne samo od nacionalnih pravnih poredaka država članica, već i od opšteg međunarodnog prava, uključujući druge podsisteme međunarodnog prava u širem međunarodnom pravnom poretku. U suštini, i kao što je i sam SPEU prepoznao, pravo EU je regionalni podsistem prava. SPEU je pre mnogo godina objasnio u poznatom slučaju *Van Gend en Loos*, i od tada je često

⁴¹ Matthew Happold, *Eskosol v Italy: EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes*, *Eskosol v Italy: EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 36, Issue 2, Spring 2021, Pages 278–285, i na: Happold, Matthew, EU Law and the ECT as Distinct and Separate Legal Regimes: A Case Comment on *Eskosol v Italy*, Decision on Request for Immediate Termination and Jurisdictional Objection Based on the Inapplicability of the ECT to Intra-EU Disputes, 7 May 2019 (February 12, 2021). *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* Dostupno na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3784621>.

⁴² *Eskosol SpA in liquidazione v Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy's request for immediate termination and Italy's jurisdictional objection based on inapplicability of the Energy Charter Treaty to intra-EU disputes, 7 May 2019 (Jean E. Kalicki (president), Brigitte Stern and Guido Santiago Tawil) ('*Eskosol*'). Vid. https://jsumundi.com/en/document/decision/en-eskosol-s-p-a-in-liquidazione-v-italian-republic-decision-on-termination-request-and-intra-eu-objection-tuesday-7th-may-2019/#decision_5243.

⁴³ Declaration of the Representatives of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, Dostupno na https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf. See also Declaration of the Representatives of the Member States of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, available at <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>; and Declaration of the Representative of the Government of Hungary of 16 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, available at <https://www.kormany.hu/download/5/1b/81000/Hungarys%20Declaration%20on%20Achmea.pdf>.

⁴⁴ Vid. *Achmea Judgment*, tač. 33 i tač. 182. *Eskosol Odluke* o zahtevu za raskid ugovora i prigovoru intra EU, od 7. maja 2019.

ponavljao⁴⁵, da “Š Čzajednica predstavlja novi pravni poredak međunarodnog prava u korist kojeg su države ograničile svoja suverena prava...”⁴⁶ U slučaju Kadi, opšti pravobranilac je u svom mišljenju pravo EU opisao kao “unutrašnji pravni poredak transnacionalne dimenzije.” To je još preciznije izraženo u francuskoj verziji: “*un ordre juridique interne de dimension transnationale* «.⁴⁷ To znači da pravo EU svakako ima primat nad nacionalnim zakonima država članica EU,⁴⁸ ali ne na isti način nad nezavisnim pravilima međunarodnog prava.

5. Dejstvo Komstroy presude na arbitraže unutar EU ECT

Iako je Komstroy odluka izazvala brojne komentare u akademskim krugovima, ovde će biti reči o reakciji međunarodnih investicionih arbitraža, kroz prikaz postupka u predmetima Infracapital F1 Sarl protiv Španije i Kruck protiv Španije (Infracapital F1 Sarl v Spain⁴⁹ and Kruck v Spain⁵⁰).

Nakon Komstroy presude dve međunarodne ICSID arbitraže Infracapital F1 Sarl protiv Španije i Kruck protiv Španije razmatrale su pitanje nadležnosti i obe su odbile zahtev tužene Španije, da preotvore postupak o nadležnosti, budući da su veće bile donele odluke. U obrazloženju, između ostalog, navode da se:

1. na utvrđivanje nadležnosti tribunala primenuje međunarodno pravo, a ne pravo EU. Prema principima međunarodnog prava, jasne formulacije UEP-a ne mogu imati različita značenja između različitih ugovornih strana: iz EU i izvan EU i njihovih investitora. Teza da treba da postoji odvojeni tretman za sporove unutar EU i sporove izvan EU, nije podržana odredbama UEP-a i njegovim ciljevima.
2. kada tužilac ima pravo na arbitražu prema izričitim odredbama UEP-a, ništa u UEP-u ne daje arbitražnom sudu ovlašćenje da zanemari ili modifikuje izričite odredbe UEP-a i odbije nadležnost zbog obaveza ugovorne strane na osnovu drugog pravnog poretka. Stoga presuda Komstroy ne može biti relevantna za određivanje pitanja nadležnosti.
3. i države članice EU i sama EU su pristupile UEP-u. Kada su to učinile, mogle su napraviti posebnu odredbu za sporove unutar EU, ali to nisu uradile. Shodno tome, ugovorne strane nisu dale arbitražnim sudovima bilo kakvu pravnu osnovu za odbijanje da tumače i primenjuju ECT u skladu sa njegovim jasnim uslovima.
4. bilo bi neprikladno ukloniti nadležnost tribunala da odlučuje o zahtevima tužioca na osnovu presude Komstroy kada je presuda doneta nekoliko godina nakon što su tužioci podneli zahtev za arbitražu. S obzirom na potpuni pristanak Španije na arbitražu pre Komstroja, ta saglasnost se ne može retroaktivno poništiti.

⁴⁵ Opinion 2/13 of the Court (Full Court) of 18 December 2014, given to the Commission on the compatibility of draft agreement providing for the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with the European Treaties.

⁴⁶ Tač. 182. *Eskosol* odluke.

⁴⁷ Opinion of the Advocate General Maduro in Case C-402/05, Kadi, 21, Š2008Ć ECR I-6351.

⁴⁸ Vid. *Costa v Enel*, 6/64, EU:C:1964:66, str. 594.

⁴⁹ *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/16/18), https://jsumundi.com/en/document/decision/en-infracapital-f1-s-a-r-l-and-infracapital-solar-b-v-v-kingdom-of-spain-decision-on-jurisdiction-liability-and-directions-on-quantum-monday-13th-september-2021#decision_17720.

⁵⁰ *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/15/23).

I pored navedenog, i dalje se kao otvorena navode dva pitanja.⁵¹ Prvo, da li će budući arbitražni sudovi nastaviti sa praksom koju su primenili u predmetima *Infracapital* i *Kruck*, oglašavajući se nadležnim u novim postupcima i, ako tako nastave, da li će *Komstroy* presuda otežati izvršenje EU intra UEP odluke u državama članica, nakon što je SPEU ustanovio nekompatibilnost člana 26. UEP sa pravnim poretком EU.

6. Zaključna razmatranja

U navedenim sudskim i arbitražnim odlukama Sud pravde EU i međunarodne investicione arbitraže svoje nadležnosti za tumačenje i primenu UEP-a obrazlažu i pravdaju na različite načine. Bez obzira na multilateralni karakter, SPEU tretira UEP kao vrstu mešovitog sporazuma koji čini sastavni deo unutrašnjeg prava država članica i prava EU, koji proizvodi slično dejstvo kao i intra EU BIT-ovi. Za arbitražne sudove UEP predstavlja pre svega, međunarodni ugovor koji tumače prvenstveno u skladu sa principima iz Bečke konvencije o ugovornom pravu. Nadležnost za tumačenje SPEU temelji na odredbama člana 19. UEU i članovima 267. i 344. UFEU, kao i na zadanoj ulozi koja mu je poverena Ugovorima o osnivanju: da osigura jednoobrazno tumačenje celokupnog prava EU u svim državama članicama i da garantuje autonomni karakter prava EU. Arbitri u međunarodnim arbitražama svoju nadležnost temelje na volji ugovornih strana i na izričitim odredbama iz član 26. UEP. Mišljenja se, međutim, razilaze u slučaju sukoba ova dva sistema sadržanih u pravu EU i u međunarodnom pravu oko pitanja kome dati prednost i kakav hijerarhijski odnos uspostaviti između njih. Navedena praksa pokazuje da ovaj sukob postoji, da će “borba” između njih trajati, ali i da je SPEU u prvom poluvremenu utakmice odbranio autonomnu i *sui generis* prirodu prava EU.

⁵¹ Himmy Lui, *Komstroy and its impact on intra-EU arbitration under the ECT*, <http://arbitrationblog.practicallaw.com/komstroy-and-its-impact-on-intra-eu-arbitration-under-the-ect/> Pristupljeno 10.4.2022.