

Kajtár Gábor LL.M. (Cambridge), habil. egyetemi adjunktus, Eötvös Loránd Tudományegyetem (Budapest)

Betudás a beruházásvédelmi jogban*

A beruházásvédelem és a nemzetközi jog viszonyának szorosságát számos tényező bizonyítja. E szerves kapcsolat egyik fontos eleme a betudás szabályainak gyakori alkalmazása beruházásvédelmi jogvitákban. A releváns nemzetközi választottbírósági döntések elemzése ugyanakkor rámutat, hogy a különböző testületek nagyon eltérő módon értelmezik a betudás, azaz az államok és az egyes cselekmények közötti viszonyt (nemzetközi) jogilag megteremtő kapcsoló szabályok eredetét, funkcióját és tartalmát. A dogmatikai tisztánlátás ugyanakkor kiemelten fontos, ugyanis a döntések kimenetele nem csupán a szubsztantív szabályok értelmezésén, hanem az egyre fontosabbá váló másodlagos, technikai szabályok ismeretén, helyes értelmezésén és alkalmazásán is múlik.

I.

Bevezetés

A beruházásvédelem és a nemzetközi jog viszonya rendkívül szoros. A beruházásvédelmi egyezmények nemzetközi szerződések, amelyekre a szerződések jogáról szóló bécsi szerződés (VCLT) szabályai irányadók, vagy a nemzetközi szokásjog normái.¹ A kompenzáció nélküli kisajátítás tilalma, az idegenjog különböző szabályai, a diplomáciai védelem szokásjogi feltétele vagy a jóhiszeműség és méltányosság elve mind olyan jogintézmények, amelyek mélyen gyökereznek a nemzetközi jogban. Ez alól az államfelelősség szokásjogi területe sem kivétel, különös tekintettel arra, hogy akár államok közötti, akár befektető és állam közötti

*Jelen kutatás „*A betudás elmélete és gyakorlata a nemzetközi jog fragmentációja tükrében*” című Bolyai János Kutatási Ösztöndíj (2018-2021) keretében készült (K.G.).

¹ A VCLT 1980-ban lépett hatályba, 4. cikke alapján maga a VCLT (de nem annak szokásjogot tükröző normái) nem alkalmazható olyan szerződésekre, amelyeket azelőtt kötöttek, mint ahogy maga a VCLT hatályba lépett volna a szerződő államok vonatkozásában.

beruházásvédelmi jogvitákban a tőkeimportőr állam betudás esetén fennálló jogsértése, felelősségének felhívása és annak megállapítása esetén jogkövetkezményei képezik a beruházásvédelmi jogviták lényegét.

A beruházásvédelem és az államfelelősség kapcsolata nem csupán a lehetséges dogmatikai átfedések miatt szoros. A múlt század ötvenes és hatvanas éveiben a Nemzetközi Jogi Bizottság munkájának García Amandor vezetésével épp az lett volna a célja, hogy megnyugtató tartalmi szabályozást találjon vagy alakítson ki az *idegenek tulajdonának védelmére*.² Ez a próbálkozás a fejlett és fejlődő, frissen függetlenné vált államok konszenzusának hiánya miatt vallott kudarcot, ez a dinamika egészen napjainkig meghatározza a nemzetközi beruházásvédelem intézményi és tartalmi sajátosságait, így a betudás problematikáját is a beruházásvédelmi jogban.

Ugyanakkor a Nemzetközi Jogi Bizottság (NJB) kudarca a szubsztantív szabályok kialakítása terén nyitotta meg az utat kezdetben Robert Ago, majd James Crawford iránymutatásával az *NJB államfelelősségi szabályainak* (ARSIWA)³ kidolgozása felé, amely elkerülendő a korábbi kudarcot eleve nem törekedett szubsztantív szabályok kialakítására. Az elsődleges és másodlagos normák éles megkülönböztetésének pontosan az volt a célja, hogy ne kelljen azonosítani az államok szubsztantív kötelezettségeit (amelyek ráadásul jogáganként nemcsak heves vitáknak voltak kitéve, hanem jelentősen különböztek is), hanem elég legyen az állami kötelezettségek másodlagos normáit kodifikálni, illetve kiegészíteni.⁴ Azaz megállapítani, hogy hogyan néz ki az államfelelősség szerkezete, fogalmi elemei, azok tartalmilag mit fognak át pontosan (nemzetközi felelősség és tartalma, annak megszegése, betudás), illetve a felelősség felhívásának módjai, lehetséges kimentési alapok és a nemzetközi jogsértés jogkövetkezményei (a teljesítés követelése, az abbahagyás és a jóvátétel).

A NJB céljának megváltozása ellenére az *államfelelősség koncepciója* kifejezetten releváns maradt a beruházásvédelem számára: a több mint száz államfelelősség-tárgyú nemzetközi döntés mintegy 60%-a beruházásvédelmi választottbírástól származik.⁵ Ez részben annak is

² JAMES CRAWFORD: *Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility*. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 2010/1. sz. 127.

³ Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ARSIWA, 2001. Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

⁴ CRAWFORD: i.m. (2. jegyzet) 128.

⁵ Uo.

köszönhető, hogy az ARSIWA első része – a nemzetközi felelősség keletkezése – a második és harmadik résszel ellentétben nincs leszűkítve államközi viszonyokra, így az például a beruházó és az állam viszonyában is alkalmazható.

II.

Klasszikus betudási kérdések a beruházásvédelmi jogban

Az államnak történő betudási kérdések két fő csoportba gyűjthetők a nemzetközi beruházásvédelem területén. Az egyik csoportba tartoznak a klasszikus államfelelősségi kérdések, amelyekben a beruházási jogviták számos kérdésben erősíthetik meg, illetve pontosíthatják, egészíthetik ki az ARSIWA releváns betudhatósággal foglalkozó rendelkezéseit. A beruházási jogvitákban felmerülő jellemző betudási kérdések az ARSIWA 4. cikkéhez (állami szerv), 5. cikkéhez (kormányzati hatalom gyakorlásával felruházott entitás), valamint 8. cikkéhez (az állam irányítása vagy hatékony ellenőrzése alatt lévő entitás) kapcsolódnak. Ritkán, de megjelenik a 7 cikk alkalmazása is a gyakorlatban (ultra vires aktusok).

Az államfelelősség betudási kérdéseivel kapcsolatban néhány biztos megállapítás tehető. Egyrészt, hogy az ARSIWA legfontosabb rendelkezéseinek szokásjogi státusa mára általánosan elismertté vált.⁶ Másrészt, hogy a választottbíróságok ismerik az államfelelősség általános dogmatikáját⁷ és alkalmazzak az ARSIWA egyes betudási tesztjeit.⁸ Ugyanakkor az is látszik, hogy még mindig előfordulnak olyan esetek, amelyekben a testületek összemossák az ARSIWA egyes betudási mércéit még olyan esetekben is, amelyeknél az betudási mércék alkalmazása kizárja egymást (vagy állami szerv, vagy kormányzati hatalom gyakorlására feljogosított szerv, vagy az állam hatékony ellenőrzése alatt lévő szerv).⁹

⁶ Lásd pl. RUDOLF DOLZER – CHRISOPH SCHREUER: *Principles of International Investment Law*. Oxford, OUP, 2012. 216-227., JAMES CRAWFORD – PAUL MERTENSKÖTTER: *The Use of the ILC's Attribution Rules in Investment Arbitration*. In *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (szerk. Meg Kinneer, Geraldine Fischer, Jara Minguez Almeida, Luisa Fernanda Torres, Mairée Uran Bidegain). Kluwer, 2015. 27-42.

⁷ „As States are juridical persons, the question necessarily arises whether acts committed by natural persons or separate entities, which are allegedly in violation of international law, are attributable to the State.” *Hamester v Ghana*, 147.

⁸ Lásd pl. *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, 84-89. bek.

⁹ Bővebben lásd LUCA SCHICHO: *Attribution and State Entities: Diverging Approaches in Investment Arbitration*. *The Journal of World Investment & Trade*. 2011. sz. 283-298.

1. Az állami szervek magatartásának betudhatósága (ARSIWA 4. cikk)

Az állami szervek magatartásának betudhatósága különösen fontos és gyakori kérdés a nemzetközi beruházásvédelmi jogvitákban. Mivel az államok maguk nem tudnak eljárni, ezért a beruházásvédelmi kötelezettségeiket sem tudják absztrakt módon megsérteni.

Az ARSIWA 4. cikke értelmében:

„1. Bármely állami szerv magatartását az adott állam cselekedetének kell tekinteni nemzetközi jog alapján, függetlenül attól, hogy törvényhozói, végrehajtói, bírói vagy bármely más feladatot lát el, és függetlenül az állami szervezetrendszeren belül betöltött helyétől, valamint attól, hogy mi a jellege az állam központi kormányzatának vagy területi egységének szerveként.

2. A szerv magába foglal bármely személyt vagy entitást, amelynek ez a státusa az állam belső joga szerint.”

A 4. cikket a lehető legtágabb alkalmazásra tervezték és így a *hatalmi ágaktól függetlenül* minden állami szervre kiterjed, függetlenül attól, hogy az hol helyezkedik el a szervezeti hierarchiában vagy a központi kormányzattól való távolságban. Választottbíróságok többek között a következő szervek magatartására alkalmazták a 4. cikket: miniszterek, a fegyveres erők és a rendőrség tagjai, az államkincstár, a törvényhozás és a bíróságok.¹⁰ A 4. cikk hatálya alá tartoznak az autonóm tartományok és a szövetségi államok tagállamai is,¹¹ mint például Kalifornia.

A *Methanex v. Egyesült Államok* ügyben a felperes az Egyesült Államokat perelte több kaliforniai jogszabály elfogadása miatt,¹² amelyek a befektető szerint több pontban is sértették a NAFTA rendelkezéseit (nemzeti elbánás, korrupció, jogellenes kisajátítás).¹³ Az ügy alapját az adta, hogy Kalifornia betiltotta az MTBE benzinadalék használatát, amelynek metalon-összetevőjének a felperes volt a legnagyobb szállítója. A felperes azt állította, hogy a

¹⁰ Lásd DOLZER-SCHREUER: i.m. 217.

¹¹ Lásd pl. az argentin Tucumán tartomány státusáról hozott döntést, *Vivendi v Argentina*, Award, 21 November 2000, 49. bek.

¹² The California Executive Order D-5-99 of 25th March 1999., The California Phase Three Reformulated Gasoline Regulations of September 2000.

¹³ *Methanex Corporation v. USA*, Final Award on Jurisdiction and Merits (NAFTA Chapter 11 Arbitration), 3 August 2005, (Rowley, Reisman, Veeder).

kaliforniai kormányzó korrupt módon (kampánytámogatásokért cserébe) ezzel a környezetvédelmi intézkedésnek álcázott, valójában Methanexet diszkrimináló intézkedéssel hozta helyzetbe egyik amerikai riválisát, amely egy helyettesítő terméket, etanolt árult. Bár a választottbíróság az ügyben betudta Kalifornia magatartását az Egyesült Államoknak, jogsértést nem állapított meg és elutasította a keresetet.¹⁴

A 4. cikk értelmében vett állami szervek megállapítására a beruházásvédelmi jogvitákban a „*strukturális teszt*” kifejezést használják.¹⁵ Ennek értelmében jellemzően minden, az állam joga szerint az állam struktúrájának részeként működő szerv automatikusan *de jure* állami szervnek minősül a 4. cikk értelmében.¹⁶ A teszt egyértelműsége miatt ritka a *de jure* állami szervekkel kapcsolatos beruházásvédelmi jogvita, de nem példa nélküli. Lengyelország például sikertelenül érvelt amellett, hogy a lengyel államkincstárért felelős miniszter magatartása nem tudható be neki.¹⁷ Ugyancsak, Ukrajna sikertelenül próbálta tagadni, hogy Kyiv város államigazgatási hivatalának magatartása neki betudható lenne.¹⁸

Ez azonban a 4. cikk (2) bekezdése alapján nem fogja azt jelenteni, hogy amennyiben egy szerv nem része a belső jog alapján strukturálisan az állam szervezetrendszerének, nem lehetne állami szerv a 4. cikk értelmében. Bár a *de facto* állami szervek és az azok igazolásához szükséges teljes függőség mércéje általánosan elfogadott a nemzetközi jogban, a választottbírósági gyakorlat azt azonban csak ritkán alkalmazza. A *Hamester v. Ghána* ügyben például a felperes a Nemzetközi Bíróság gyakorlatára támaszkodva¹⁹ azzal érvelt, hogy a Ghana Cocoa Board magatartása betudható Ghánának, mert annak *de jure* vagy *de facto* állami szerve volt, kormányzati hatalmat gyakorolt vagy Ghána hatékony ellenőrzése alatt állt.²⁰ A felperes kivételes jelleggel azzal is érvelt, hogy a Ghana Cocoa Board, ha nem is *de jure* ghánai állami szerv, *de facto* mégis az a ghánai államtól való teljes függése alapján.

¹⁴ Methanex Corporation v. USA 294. o.

¹⁵ Lásd pl. Maffezini v Spain, Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, 77. bek.

¹⁶ Lásd pl. Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/02, Award (31 October 2012) (Hanotiau, Williams, Khan), 356. bek.

¹⁷ Partial Award, 19 August 2005, 128-131. bek.

¹⁸ ICSID Case No. ARB/00/9. Award, 16 September 2003, 10.2 bek.

¹⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43, 392. bek.; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

²⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (18 June 2010) (Stern, Cremades, Landau), 148-162. bek.

2. Kormányzati hatalom elemeit gyakorló személyek vagy entitások magatartása (ARSIWA 5. cikk)

Amennyiben nem sikerül bizonyítani, hogy a (potenciálisan) nemzetközi jogsértő cselekményt *de jure* vagy *de facto* állami szerv követte el, az ARSIWA 5. cikke mégis alkalmazható lehet. E cikk értelmében: „*Annak a személynek vagy entitásnak a magatartása is államcselekedetnek minősül, amely nem minősül állami szervnek a 4. cikk alapján, de az állam joga feljogosítja kormányzati hatalom elemeinek gyakorlására, feltéve, hogy az adott ügyben a személy vagy entitás e minőségében is jár el.*”

A teszt két konjunktív feltételből áll: 1, az állam joga feljogosítja kormányzati hatalom elemeinek gyakorlására és 2, az adott ügyben a személy vagy entitás e minőségében is jár el. Az 5. cikk alkalmazásának értelemszerűen az lesz a kulcskérdése, hogy mi minősül „kormányzati hatalomnak” e cikk értelmében. Ennek megválaszolására szolgál a „*funkcionális teszt*”, azaz, hogy mi minősül kormányzati hatalom elemeinek szemben például a kereskedelmi vagy egyéb nem szuverén tevékenységekkel. Az ARSIWA-kommentár értelmezése már előrevetíti, hogy a kérdés esetről esetre, államról államra fog eldőlni. Ugyanis a kormányzati hatalom elemeit az adott társadalom és különösen annak kultúrája, történelme és szokásai alapján kell értelmezni.²¹

A kormányzati hatalom elemeit gyakorló entitás eredete, háttere eltérő lehet. Jellemzően volt kormányzati szervek, amelyeket gazdasági társasággá alakítottak át majd privatizáltak, köztársaságok, privatizált volt állami vállalatok vagy olyan piaci szereplők, akiket jogszabállyal kormányzati hatalom gyakorlására (piacszabályozásra, ármegállapításra, személyi szabadság korlátozására) jogosítanak fel.

Jellemző példája ennek a Helnan v. Egyiptom ügy, ahol a felperes magánjogi szerződést kötött az Egyiptomi Turisztikai Vállalattal (Egyptian Company for Tourism and Hotels, EGOH) egy szállodafejlesztési projektre. A beruházás a felperes befektetése ellenére azért hiúsult meg, mert az egyiptomi állam először leminősítette a szállodát, majd az EGOH szerződést is bontott a befektetővel. A felperes szerint az EGOH magatartása betudható volt Egyiptomnak, mert ha nem is az állami szervezetrendszer részeként, de kormányzati hatalmat

²¹ ARSIWA-kommentár 5. cikk, 43.

gyakorolva járt el.²² A választottbíróság elutasította a felperes kérelmét a 4. tekintetében, de az 5. cikk alapján úgy találta, hogy az EGOH magatartása betudható Egyiptomnak.²³

A magyar vonatkozású *Dan Cake v Magyarország* ügyben²⁴ a bíróság és a felszámoló magatartásának betudhatósága is kérdés volt. Az eljárási hiba miatt az alperes ellen születő döntés során végül nem volt szükség a felszámoló státusának részletes elemzésére betudhatósági szempontból, de az egyértelmű volt, hogy a testület az ARSIWA 5. cikke alapján mérlegelte a felszámoló helyzetét. A kormányzati hatalom elemének gyakorlása megállapításáig azonban nem jutott el a testület, mivel a felszámoló magatartása szemben a bíróság eljárásával, nem sértett jogot. Ugyanakkor a választottbíróság utalás tett a közhatalom (public authority) és a kormányzati hatalom (governmental authority) megkülönböztetésére, amely distinkciót a nemzetközi bírói gyakorlat nem támaszt alá.²⁵

3. Egy állam ellenőrzése alatt lévő személy vagy entitás magatartása (8. cikk)

Abban az esetben, ha a (potenciális) nemzetközi jogsértés megvalósító entitás nem minősül *de jure* vagy *de facto* állami szervnek, és nem is kormányzati hatalom gyakorlása során követte el a kérdéses cselekményt, a fogadó államnak még mindig betudható lehet az ARSIWA 8. cikke alapján.

E cikk értelmében: „*Egy személy vagy személyek egy csoportjának magatartását államcselekedetnek kell tekinteni a nemzetközi jog alapján, amennyiben a személy vagy a személyek csoportja ténylegesen az adott állam utasításai szerint vagy irányítása vagy ellenőrzése alatt cselekszik a magatartást tanúsításakor.*”

Az ARSIWA 8. cikke alapján tárgyalt befektetési jogviták a *hatékony ellenőrzés* mércéjének magas szintje miatt ritkábbak, de koránt sem kivételesek. A hatékony ellenőrzés bizonyításához a felperesnek igazolnia kell, hogy az eljáró entitás minden egyes releváns jogsértés tekintetében, külön-külön a fogadó állam ellenőrzése alatt járt el. Egy ilyen

²² *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Objection to Jurisdiction, 17 October 2006, 85-86. bek.

²³ *Helnan International v. Egypt*, 93. bek.

²⁴ *Dan Cake S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/9 (Paulsson, Landau, Mayer), Decision on Jurisdiction and Liability, 24 August 2015.

²⁵ *Dan Cake S.A. v. Hungary*, 158-160. bek.

bizonyítás nem csak rendkívül nehéz, de egyben azt is megkívánja a választottbírástól, hogy az ügy legkisebb részleteit is feltárva bebizonyosodjon az állami ellenőrzés mértékeiről.

A *Bayindir v. Pakisztán* ügyben a felperes, egy török autópályaépítő cég azért indított eljárást a Pakisztáni-Török BIT alapján, mert a pakisztáni autópályakezelő felbontotta a közöttük létrejött szerződést és a felperes azt állította, hogy sérült legnagyobb kedvezményes elbánás elve, a nemzeti elbánás elve, tisztességes és méltányos elbánás elve, valamint jogellenes kisajátítás történt.²⁶ Mivel a pakisztáni autópályakezelő (National Highway Authority, NHA) közvállalat volt amelyet a nemzeti jog hozott létre (National Highway Authority Act) a pakisztáni autópályák tervezése, fejlesztése, üzemeltetése és karbantartása céljából, szükségszerűen felmerült a jogvitában az NHA jogsértő magatartásának betudhatósága Pakisztánnak.²⁷

A választottbírást részletesen belement a török nemzeti autópályakezelő magatartásnak betudás-alapú vizsgálatára és arra a következtetésre jutott, hogy bár az autópályakezelő magatartása nem tudható be sem a 4. cikk alapján (önálló jogi személyisége van és elválik így a pakisztáni államtól),²⁸ sem az 5. cikk alapján (kormányzati hatalom elemeinek gyakorlásával ugyan fel volt ruházva, de a konkrét jogsértésnél azt nem használta),²⁹ az ARSIWA 8. cikk szerinti betudási eset azonban fennállt. Azaz a török autópályakezelő jogsértő magatartásai minden egyes esetben a török állam irányítása és hatékony ellenőrzése alatt álltak.³⁰

III.

A betudás nem klasszikus esetei a beruházásvédelmi jogvitákban

A választottbírástok egyre gyakrabban szembesülnek olyan betudási kérdésekkel, amelyek kettős kihívás elé is állítják a testületeket. *Egyrészről* el kell határolniuk az államfelelősség-célú betudási kérdéseket az egyéb célú betudási kérdésektől, *másrészről* pedig ez utóbbiak esetén azonosítaniuk kell az alkalmazandó teszteket, mércéket. Olyan kérdések döntéséről

²⁶ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Pakistan, Award, ICSID Case No. ARB/03/29, 27 August 2009.

²⁷ Bayindir v Pakistan, 111-117. bek.

²⁸ Bayindir, 118-119. bek.

²⁹ Bayindir, 120-123. bek.

³⁰ Bayindir, 125. bek.

van szó ezekben az esetekben, amelyekben egyrészt vitatott, hogy betudási kérdésről van-e szó, másrészt pedig az alkalmazott (nemzetközi vagy akár nemzeti) jog is kérdéses.

Ebbe a második csoportba jellemzően a választottbíróság joghatóságának megállapításához szükséges előkérdések, az ún. esernyő-klauszula alkalmazhatóságának egyes kérdései, az állam egyes jognyilatkozataival kapcsolatos kérdések (képviselési jog szerződéskötésnél, egyoldalú nyilatkozat tételére jogosult személy, *estoppel*-t eredményező aktus tételére alkalmas személy), valamint a magánjogi szerződések korrupcióval érintett helyzeteiben a releváns állami részvétel egyes kérdései tartoznak.

1. Betudás az ICSID joghatósága megállapítása céljából

A Beruházási Viták Rendezésének Nemzetközi Központja (ICSID) joghatóságának megalapozásához egy BIT mellett arra is szükség van, hogy a vita az „egyik szerződő állam” és a másik szerződő állam természetes vagy jogi személye között jöjjön létre. Az ICSID egyezmény 25. cikke értelmében: *„A Központ joghatósága kiterjed minden olyan beruházásból közvetlenül keletkező jogvitára, amely egyik Szerződő Állam (vagy ezen Szerződő Állam bármely olyan alárendelt szerve vagy ügynöksége, amelyet az a Központnak bejelent) és egy másik Szerződő Állam természetes és jogi személyei között jött létre, amennyiben a vitában álló felek írásban hozzájárulnak a jogvitának a Központ elé terjesztéséhez. Amennyiben a felek hozzájárulásukat adták, azt egyik fél sem vonhatja vissza egyoldalúan.”*³¹

Az korántsem egyértelmű, hogy mely szerv magatartása minősül betudhatónak ahhoz, hogy az „egyik szerződő állam” kitéltet megvalósítsa a 25. cikk értelmében. A választottbíróságok ezt rendszerint az ARSIWA betudási tesztjei alapján döntötték el, azaz az államfelelősség körében értelmezve olyan kérdést, amelyben az állam felelőssége, és általában nemzetközi kötelezettségének megsértése sem merült (még) fel.³²

A Maffezini v. Spanyolország ügy joghatósági döntése egyértelműen utal arra, hogy bár az ARSIWA 4. és 5. cikke alapján történt a testület döntése, az az ICSID központ joghatóságának megalapozását, és nem egy nemzetközi jogellenes magatartás betudhatóságát érintette. Annak

³¹ ICSID egyezmény 25(1) cikk.

³² Lásd pl. Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB 97/7 (25 January 2000), 71-89. bek.; Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, (Briner, Cremades, Fadallah), 28-35. bek.

fényében, hogy a választottbíróság megítélése szerint a SODIGA (Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia) megfelelt mind a strukturális mind a funkcionális tesztnek, a felperes *prima facie* bizonyítani tudta, hogy a SODIGA valójában nem egy vállalat, hanem egy állam szerv amely jogosult Spanyolország nevében eljárni. Azt maga a testület is elismerte, hogy annak megítélése, hogy SODIGA felelős-e a cselekményekért, hogy azok jogellenesek voltak-e, hogy a cselekmények közhatalmi vagy kereskedelmi természetűek voltak-e és hogy következésképp azokat be lehet-e tudni Spanyolországnak, ettől eltérő kérdések, amelyeket az ügy érdemi részében kell eldönteni.”³³

Olleson³⁴ és Schreuer³⁵ is világosan rámutatnak, hogy bár ezekben az esetekben is egyfajta betudási kérdésekről van szó, azok jellegük és céljuk miatt jelentősen eltérnek az ARSIWA céljaitól, következésképp az ARSIWA betudási szabályainak alkalmazása is problémás ilyen esetekben.

2. Esernyő-klauzulák: a law of contract v. law of treaty problematikája

Az ún. „*esernyő-klauzula*” alkalmazása esetén a fogadó állam vállalja, hogy a befektető felé vállalt kötelezettségeit betartja anélkül, hogy specifikálná e kötelezettségek jellegét, forrását vagy körét. Egy tipikus esernyőklauzula úgy rendelkezik, hogy a szerződő állam köteles minden olyan kötelezettségét betartani, amelyet a másik szerződő állam befektetője felé vállalt.³⁶ A Német-magyar BIT rendelkezései szerint például: „*Mindegyik Szerződő Fél be fog tartani minden más kötelezettséget, amelyet a beruházás vonatkozásában a másik Szerződő Fél beruházóival való megállapodásában a területen elvállalt.*”³⁷

Ahogy azonban a tisztességes és méltányos elbánás elvének tartalmában sincs konszenzus a gyakorlatban, úgy az *esernyő-klauzulák értelmezése is jelentősen eltér* választottbíróságoktól függően és következésképp sokáig az esernyő-klauzulák legfontosabb alapkérdéseit is

³³ Maffezini v. Kingdom of Spain 89. bek.

³⁴ SIMON OLLESON: *Attribution in Investment Treaty Arbitration*. ICSID Review 2016/2. sz. 457-483., 467.

³⁵ DOLZER – SCHREUER: i.m. 227.

³⁶ Lásd például a következő egyezmények rendelkezéseit: United Kingdom-Argentina Bilateral Investment Treaty (11 December 1990) 2(2) cikk.; United States-Argentina Bilateral Investment Treaty (14 November 1991) II.(2)c cikk.; Italy-Jordan Bilateral Investment Treaty (21 July 1996) 2(2) cikk.; Greece-Mexico Bilateral Investment Treaty (30 November 2000) 19(2) cikk.; Germany-Pakistan Bilateral Investment Treaty (1 December 2009) 7(2) cikk.

³⁷ Szerződés a Németországi Szövetségi Köztársaság és a Magyar Népköztársaság között a beruházások elősegítéséről és kölcsönös védelméről, 8. cikk (2) bekezdés.

vitatottak voltak.³⁸ Bár a szakirodalom többsége mára egyetért abban, hogy az esernyő-klauszúlok az állam által a belső jog alapján vállalt szerződéses kötelezettségeit is átfogják,³⁹ ebben sincs teljes összhang a gyakorlatban.⁴⁰ Márpedig ez a kérdés közvetlen kihatással van több betudási kérdés megjelenésére és eldöntésére a beruházásvédelmi jogvitákban.

Egyes választottbíróságok abból indulnak ki, hogy az esernyő-klauszúlok tág (a magánjogi szerződésekre kiterjesztő) értelmezése esetén egyfajta tüköreffektust alkalmazva nemzetköziesítenék a magánjogi szerződés rendelkezéseit, vagyis, hogy letükröznék, nemzetközivé transzformálnák a nemzeti jog szerint bekövetkezett jogsértést. Az *SGS v. Pakisztán* ügyben például a választottbíróság azért utasította el a Svájci-Pakisztáni BIT 11. cikkének⁴¹ esernyőklauszúlaként történő értelmezését, mert úgy vélte, hogy egy ilyen klauszúla azt eredményezné, hogy az a magánjogi szerződés minden lehetséges megszegését a nemzetközi egyezmény, azaz a BIT szintjére emelte volna.⁴²

Nem véletlen, hogy a nagyon hasonló esernyő-klauszúlat tartalmazó *SGS v. Fülöp-szigetek ügyben*⁴³ a választottbíróság az ellenkező következtetésre jutott és kiterjesztette a Svájci-Fülöp-szigetek BIT X(2) cikke⁴⁴ alapján a beruházásvédelmi egyezmény védelmét a magánjogi szerződésekre is.⁴⁵ A *Noble Ventures v. Románia ügyben* a testület pedig rendkívül világosan fogalmazott: még ha a magánjogi szerződés megszegése egyidejűleg elő is idézi a nemzetközi egyezmény megszegését és így a fogadó állam felelősségét, e két

³⁸ ANTHONY SINCLAIR: *Bridging the Contract/Treaty Divide*. In *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (szerk. Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich). Oxford, OUP 2009. 92-104.

³⁹ Az esernyő-klauszúlok kiterjesztő értelmezésének helyességéről lásd HEGE ELISABETH KJOS: *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. Oxford, OUP, 2013, 247.

⁴⁰ A következő döntések alapján nem alakítja át a kötelezettséget: *CMS Gas v. Argentina*, Decision on Annulment, 2007, 95. és *MTD Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004 (Sureda, Lalonde, Blanco), 187. bek.; *Marion Unlaube v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award, 16 May 2012 (Kessler, Berman, Cremades), 190. bek.

⁴¹ „Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into.” Switzerland-Pakistan Bilateral Investment Treaty (11 July 1995).

⁴² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003 (Feliciano, Faurès, Thomas), 166-173. bek.

⁴³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004 (El-Kosheri, Crawford, Crivellaro), 115-116, 127. bek.

⁴⁴ „Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.” Philippines-Switzerland Bilateral Investment Treaty (31 March 1997).

⁴⁵ Az *SGS v. Pakisztán* és az *SGS v. Fülöp-szigetek* ügyek összehasonlítását és az előbbi kritikáját bővebben lásd STANIMIR A. ALEXANDROV: *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*. *Journal of World Investment & Trade*. 2004. sz. 555-577.

kötelezettségszegés egymástól függetlenül, mintegy párhuzamosan fog fennállni ezzel is demonstrálva a belső és nemzetközi jogrend autonómiáját.⁴⁶

A jogbizonytalanságnak itt korántsem volt vége, ugyanis a Noble Ventures v. Románia ügyben a választottbíróság úgy terjesztette ki az Amerikai-Román BIT esernyő-klausulájának⁴⁷ hatályát a magánjogi szerződésekre, hogy egyben össze is mosta a magánjogi szerződés megszegését a nemzetközi kötelezettségszegéssel, azaz kivételként értelmezte az esernyő-klausula mechanizmusát az ARSIWA 3. cikkének főszabálya alól. Vagyis a magánjogi szerződés megszegését minden esetben automatikusan a BIT megszegésének is minősítette.⁴⁸

Ezt kritizálta a választottbíróság az *El Paso Energy International Co. v. Argentina* ügyben kifejezetten szóvá is téve, hogy az esernyő-klausulák alkalmazásának nem lehet ez az eredménye, mivel egy ilyen értelmezés teljes mértékben kiüresítené például a tisztességes és méltányos elbánás elvének nemzetközi jogi követelményét egészében elmosva a nemzetközi jog és a belső jog határait.⁴⁹

A Hamester v. Ghána ügyben⁵⁰ a felperes Hamester Joint Venture megállapodást kötött a Ghana Cocoa Board-al, amelyet az 1984. május 3-ai Ghana Cocoa Board törvény hozott létre abból a célból, hogy szabályozza és ösztönözze Ghana kakaóbab piacát, felvásárolja, reklámozza és eladja azt. A felek közös vállalata, a West African Mills Company Limited a Hamester által bevitt új technológia és a Ghana Cocoa Board által rendelkezésre bocsátott régi gyárépület és kakaóbab bevitele alapján működött. A Joint Venture megállapodásra a ghánai jog volt irányadó. A felperes többek között azzal is érvelt, hogy Ghána a Ghana Cocoa Board-on keresztül megsértette a Joint Venture megállapodást, amely a Ghánai-német BIT esernyő-klausuláján keresztül⁵¹ a BIT megsértésének is minősült.⁵² Ghána eleve tagadta a testület joghatóságát azon az alapon, hogy nem volt részese a Joint Venture megállapodásnak és a

⁴⁶ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, 12 October 2005, 53. bek.

⁴⁷ „Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.” US-Romania Bilateral Investment Treaty (1994) Article II(2)(c).

⁴⁸ Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005 (Böckstiegel, Lever, Dupuy), 46-62. bek.

⁴⁹ El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Objections to Jurisdiction, 27 April 2006 (Caflisch, Stern, Bernadini), 76-77. bek.

⁵⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24 (Stern, Cremades, Landau), Award, 18 June 2010.

⁵¹ “Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to its investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party.” BIT 9(2) cikk.

⁵² Hamester v. Ghana, 70. bek.

BIT amúgy sem terjed ki magánjogi szerződésekből eredő befektetői igényekre.⁵³ A testület a joghatósági kérdés eldöntésére nem az ARSIWA szabályait alkalmazta, azonban ahelyett, hogy elvi élel kimondta volna azok alkalmazhatatlanságát, óvatosan úgy fogalmazott, hogy még az ARSIWA szabályainak alkalmazásával sem lenne az betudható Ghánának.⁵⁴

Crawford egyenesen négy fő iskolába sorolja a jogalkalmazókat az esernyő-klauszúk értelmezésével kapcsolatban. *Az első csoportba* azok tartoznak, akik szerint csak akkor alkalmazható a klauszula, ha a felek szándéka egyértelmű abban a tekintetben, hogy a magánjogi szerződés minden rendelkezésének megsértése egyben a BIT megsértésének is minősül. *A másodikba* azok tartoznak, akik szerint a magánjogi szerződések csupán azon megsértései minősülnek a BIT megsértésének, amelyeket az államnak a közhatalmi tevékenységén keresztül követett el. *A harmadik nézet* nemzetköziesíti az érintett magánjogi szerződéseket, azaz a magánjogi szerződéseket egy az egyben a nemzetközi szerződés megsértéseként kezeli. *A negyedik nézet* szerint a magánjogi szerződés megszegése eredményezheti a BIT megsértését, de nem transzformálja át a magánjogi szerződést nemzetközivé, azaz annak értelmezésére és alkalmazására továbbra is a helyi állam joga irányadó.⁵⁵

Az ARSIWA a negyedik, Crawford által is képviselt felfogás helyességét látszik alátámasztani a nemzetközi és a belső, magánjogi szerződés és a rájuk irányadó jogok éles szétválasztása tekintetében. A 3. cikk értelmében: „*Az állam cselekedetének nemzetközi jogsértőként való minősítésében a nemzetközi jog az irányadó. Nincs hatással e minősítésre, ha a belső jog ugyanezt a cselekedetet jogszerűnek minősíti.*”⁵⁶ Az NJB érvelése meggyőző e tekintetben. Az alapelv, amely szerint egy magatartás nemzetközi jogsértő jellegét nem befolyásolja, hogy ugyanazt a magatartást a belső jogban jogszerűnek minősítették, abban az esetben sem ismer kivételt, amelyben a nemzetközi jog szabályai írják elő az államnak, hogy feleljen meg egy belső jogi normának.

Bár az igaz, hogy egy ilyen esetben *a belső jognak való megfelelés releváns* a nemzetközi felelősség megítélése szempontjából, de ez csak azért van, mert maga a nemzetközi jog teszi azzá például úgy, hogy a belső jognak való megfelelés lesz maga a nemzetközi standard, vagy annak legalábbis egy eleme. Különösen az idegenjog és az emberi jogok területén lehet

⁵³ Hamester v. Ghana, 91. bek.

⁵⁴ Hamester v. Ghana, 347. bek.

⁵⁵ JAMES CRAWFORD: *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. Arb, Int'l. 2008/3. sz. 351., 366-368.

⁵⁶ ARSIWA 3. cikk (Államcselekedet nemzetközi jogsértőként való minősítése).

releváns a belső jog tartalma és megfelelő alkalmazása, a belső jogi normák ugyanis tényként jelenhetnek meg a nemzetközi minimum standardok vizsgálatánál.⁵⁷

Az NJB álláspontját a Nemzetközi Bíróság kilencven éves töretlen joggyakorlata alapján alakította ki. Az Állandó Nemzetközi Bíróság a Szerbia kölcsönök ügyében így fogalmazott 1929-ben amikor a francia jog alkalmazhatóságát vizsgálta: „*Minden szerződésre, amely nem államok, mint a nemzetközi jog alanyai között jött létre, valamely állam belső joga irányadó. Annak a kérdésnek pedig a megválaszolása, hogy ez mely jog, a nemzetközi magánjog területéhez tartozik, ahogy ezt a jogágot manapság hívják, illetve a kollíziós jog doktrínájába.*”⁵⁸ A Nemzetközi Bíróság 1989-ben pedig elvi élel szögezte le, az, hogy egy közhatalmi aktus jogellenesnek minősül a belső jogban még nem jelenti szükségképpen azt, hogy az a nemzetközi jogban is jogellenesnek minősül. A nemzeti bíróság döntése a jogellenességről releváns lehet például az aktus önkényességének értékelése szempontjából, de önmagában a jogellenesség nem eredményez önkényességet. Azaz, ha azonosítjuk a belső jog szerinti jogellenességet a nemzetközi jog szerinti önkényesség mércéjével, azzal teljes mértékben kiüresítenénk ez utóbbi önálló tartalmát. Ezért önmagában az sem fogja önkényessé tenni nemzetközi jogi értelemben az aktus, ha maga a helyi bíróság minősítette annak, bár az igaz, hogy ennek természetesen lehet az aktus nemzetközi jogi értékelésében relevanciája.⁵⁹

Következésképp ahogy a nemzetközi jogsértés is elválk a belső jog megsértésétől,⁶⁰ úgy a beruházásvédelmi egyezmény és a magánjogi szerződés megsértése is elválhat egymástól. Azaz egy állam megsértheti a beruházásvédelmi egyezményt a magánjogi (pl. koncessziós) szerződés megsértése nélkül is és fordítva, megsértheti a magánjogi szerződését és közben nem szegi meg az egyezményt.⁶¹ Vagyis két egymástól független kérdésről van szó, amelyeket külön-külön kell eldönteni, mindegyiket a maga alkalmazandó joga (és szükség esetén betudási normái) alapján. Egyrészt, az állam felelős lesz a nemzetközi jog betudási szabályai alapján, amennyiben az ügy alapja az egyezményből eredő kötelezettségeinek garantálása, illetve betudás esetén azok megsértése. Másrészt viszont az állam nem felelős a magánjogi

⁵⁷ ARSIWA kommentár, 3. cikk (7).

⁵⁸ Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr. v. Yugo.), 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (July 12), 41.

⁵⁹ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15., 124. bek.

⁶⁰ A Nemzetközi Bíróság szavaival: „*Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision.*” Elettronica Sicula ügy, 73. bek.

⁶¹ Lásd pl. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002 (Fortier, Crawford, Rozas), 95. bek.

szerződések megszegéséért, ha azt egy olyan entitás szegi meg a befektetővel szemben, amely az állam belső joga szerint önálló jogi személyiséggel rendelkezik és maga felelős szerződéseinek teljesítéséért.⁶²

A választottbíráóság a *Vivendi v. Argentína* ügyben tette teljes mértékben világossá, hogy melyek egy szokásos esernyő-klauzula joghatásai. A testület leszögezte, hogy a francia-argentin BIT és a magánjogi szerződés megsértése két egymástól elváló kérdés. Mindkét kérdést külön-külön a saját alkalmazandó joguk szerint kell elbírálni: a BIT esetében a nemzetközi jog alapján, a koncessziós szerződés esetén az argentin jog alapján. Ennek megfelelően a BIT értelmezése során a nemzetközi jog betudási szabályai alkalmazandók, amelynek következtében Argentínát terhelheti felelősség nemzetközi jogi kötelezettségeinek megszegéséért. Ezzel ellentétben Argentína nem lesz felelős a Tucumán tartomány által kötött magánjogi szerződésért, mivel az saját joga szerint önálló jogi személy, aki maga felel a saját szerződéses kötelezettségeiért.⁶³

A fenti különbségtételnek a nemzetközi jog és belső jog elhatárolásától függetlenül is nagy a jelentősége. *A betudás klasszikus értelemben ugyanis egy nemzetközi jogi doktrína, a belső jogban lehetnek hasonló koncepciók, de azok rendszerint másra vonatkoznak.* Szemben a nemzetközi joggal, amely az állam egységének koncepciójából indul ki, az államok belső joga elsősorban arra koncentrál, hogy hogyan oszlik meg a hatáskör és a felelősség az állam különböző szervei között. *A nemzetközi jog alapján létrejött beruházásvédelmi egyezményt világosan el kell tudni választani a magánjogi szerződésektől, amelyekre az államok belső joga lesz irányadó.*⁶⁴ E szerződések alapján vizsgált felelősségi kérdéseknek semmi közük a nemzetközi jog betudási kérdéseéhez.⁶⁵ Azaz téves az az elképzelés, hogy azért, mert egy állami szerv az egyik fél a magánjogi szerződésben, az állam automatikusan felelős lesz egy esetleges szerződésszegésért. Ez kizárólag annak függvénye, hogy mit mond e jogsértésről a szerződésre irányadó jog, azaz az állam saját belső jog. Jellemzően csupán a szerződő entitás

⁶² Vivendi v. Argentina (Annulment), 96. bek.

⁶³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002 (Fortier, Crawford, Rozas), 96. bek. Lásd még CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007 (Guillaume, Elaraby, Crawford), 95. bek.

⁶⁴ Lásd különösen KIOS: i.m. 171-176.

⁶⁵ Bayindir, 111-139. bek.

lesz felelős, mint önálló, szerződni képes jogi személy. Következésképp a betudás nemzetközi szabályainak nincs közülük a szerződésszegésért való felelősséghez.⁶⁶

3. Az *estoppel* elvének alkalmazása a beruházásvédelmi jogvitákban

Joghatályos nyilatkozatok állam részére történő betudásánál *estoppel* megállapítása céljából szintén felmerült az ARSIWA betudási szabályainak alkalmazása. Az *estoppel* nemzetközi jogban ismert általános jogelve a jogos elvárások (*legitimate expectation*) jogelvből ered, amely az angolszász (*estoppel*, főleg az eljárásjogban) és a kontinentális jogrendszerekben (lásd *venire factum contra proprium*) is megtalálható.⁶⁷ Más államok jogos elvárásai miatt az *estoppel* elve értelemszerűen szoros összefüggést mutat a jóhiszeműség nemzetközi jogi elvével is.⁶⁸

Az *estoppel* elvének értelmében egy állam nem vitathat egy olyan tényt vagy helyzetet, amelyhez ő maga korábban megfelelő képviselő útján, *explicit* vagy *implicit* módon, világosan és egyértelműen hozzájárult, azt elismerte egy másik állammal szemben, feltéve, hogy a másik állam erre ténylegesen is hagyatkozott.⁶⁹ Betudás szempontjából a megfelelő képviselői minőség releváns az *estoppel* elvének alkalmazhatóságánál. A *Duke Energy v. Peru* ügyben a felperes arra hivatkozott, hogy az *estoppel* elvének alkalmazása során⁷⁰ annak érvényességének vizsgálatánál az államnak való betudhatóságnál az ARSIWA szabályait kellene alkalmazni.⁷¹ Az eljáró választottbírószak azonban – helyesen – rámutatott, hogy mivel itt két tartalmilag teljesen különböző jogintézményről van szó, az ARSIWA betudási szabályai konkrét államfelelősségi kérdés hiányában nem alkalmazhatók.⁷²

⁶⁶ CRAWFORD: i.m. (55. jegyzet) 134.

⁶⁷ THOMAS COTTIER – JÖRG PAUL MÜLLER: *Estoppel*. In Max Planck Encyclopedia of Public International Law (szerk. Rüdiger Wolfrum). Oxford, OUP, 2007.

⁶⁸ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment*, 1. C.J. Reports 1984, p. 246., 130. bek. Bővebben lásd BIN CHENG: *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge, CUP, 2006. 144.

⁶⁹ *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962*, I.C.J. Reports 1962, p. 6. 32-33. Az elv részleteit lásd Spender bíró különvéleményében, 143–144. bek.

⁷⁰ Betudható-e Perunak a nemzeti adóhivatal (SUNAT, National Tax Administration Superintendency) nyilatkozata, amelyben megsértette az adórögzítésre vonatkozó vállalását.

⁷¹ „*Claimant contends that SUNAT's alleged autonomy within the Peruvian legal system does not mean that it is distinct, for all purposes, from the rest of the Government. The International Law Commission (ILC) Articles on State Responsibility make it absolutely unambiguous that SUNAT is as much a part of the same Government as, for example, the Minister of Energy and Mines.*” *Duke Energy International Peru Investments Ltd. v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award and Partial Dissent, (Fortier, Tawil, Nikken) 25 July 2008, 235. bek.

⁷² *Duke Energy v. Peru*, 242. bek.

A fenti megállapítás oka az, hogy a két jogintézmény funkciója jelentősen eltér egymástól. Míg az államfelelősség célja az államok felelősségének megállapítása nemzetközi jogsértő cselekedetükért, addig az *estoppel* lényege egy olyan állami magatartás azonosítása, amelyre a másik állam joggal hagyatkozhat.⁷³ Lényeges különbség továbbá, hogy míg államfelelősség esetén a jogellenes magatartás a kiindulópontja a betudás kérdésének vizsgálatának, addig *estoppel* esetén a jogellenesség megállapítása egy potenciális eredménye lehet csupán a vizsgálatnak, ahol a nyilatkozat államnak való betudhatósága csupán ennek a vizsgálatnak a kiindulópontja.⁷⁴ További fontos különbség, hogy mi a betudás alapja a két jogintézménynél. Államfelelősség esetében önmagában az a tény, hogy a magatartást kifejtő az állami szervezetrendszer bármely szintjének tagja – beleértve *ultra vires* cselekedeteit is – megalapozza az állam felelősségét.⁷⁵ *Estoppel* esetén a másik félnek joggal kellett bíznia abban, hogy az illető az államot képviseli, ezért az eljárók köre ennél szignifikánsan szűkebb lesz és az *ultra vires* szabály sem lesz alkalmazható éppen ezért.⁷⁶

A választottbíróóság a fentiek miatt nem az ARSIWA szabályait tartotta alkalmazhatónak az adott ügyben, hanem a nemzetközi szerződések megkötésének képviseleti szabályait. Ezeken belül is azokat a tesztek, amelyek arra az esetre vonatkoznak, amikor egy olyan nemzetközi egyezmény kötelező erejét vizsgáljuk, amelyet az érintett állam belső jogába ütköző módon írt alá az érintett állam.⁷⁷ A VCLT 46. cikke segít megérteni, hogy milyen tesztet kell követni abban az esetben, amikor a kérdés az, köti-e egy nyilatkozat az államot a nemzetközi jog értelmében akkor, amikor azt az állam belső jogával ellentétes módon tették.⁷⁸

A választottbíróóság következésképp arra a helyes megállapításra jutott, hogy szemben az ARSIWA betudási szabályaival, amelyek nemzetközi jogsértő cselekmények esetében az államok nemzetközi jog felelősségét hivatottak megállapítani a betudás államfelelősség-specifikus másodlagos normái alapján, az *estoppel* esetén a releváns teszt az, hogy a

⁷³ Duke Energy v. Peru, 244-245. bek.

⁷⁴ Duke Energy v. Peru, 243. bek.

⁷⁵ lásd pl. ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award (9 January 2003) (Feliciano, de Mestral, Lamm), 190. bek.; Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (6 July 2007) (Fortier, Orrego Vicuña, Watts), 190. bek.; Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005 (Böckstiegel, Lever, Dupuy), 81. bek.

⁷⁶ Duke Energy v. Peru, 247., 249-250. bek.

⁷⁷ Duke Energy v. Peru, 248. bek.

⁷⁸ 1. Az állam arra a tényre, hogy a szerződést magára nézve kötelező hatályúként a szerződéskötési hatáskörre vonatkozó belső jogi rendelkezés megsértésével ismerte el, ezen elismerés érvénytelenítése céljából nem hivatkozhat, kivéve, ha a jogsértés szemmel látható volt és alapvető fontosságú belső jogi szabályra vonatkozott. 2. A jogsértés szemmel látható, ha az ügyben a normális gyakorlattal összhangban és jóhiszeműen eljáró bármely állam számára objektíve nyilvánvaló lenne.

A 1987. évi 12. törvényerejű rendelet a szerződések jogáról szóló, Bécsben az 1969. évi május hó 23. napján kelt szerződés kihirdetéséről (Kihirdetve: 1987. IX. 15.) által megállapított szöveg.

jognyilatkozatra hagyatkozó fél jóhiszeműen hagyatkozhatott-e arra a kérdéses ügghöz képest szokásos gyakorlattal összhangban.

IV.

Konklúzió: félúton káosz és dogmatikai rend között

A választottbírók egyre pontosabban és magabiztosabban kezdik elhatárolni, hogy mi minősül betudási kérdésnek az ARSIWA értelmében következésképp lehetővé téve a 4-11. cikkek alkalmazhatóságát, és mi minősül betudásnak az államok nemzetközi jogsértő magatartása kontextusán kívül. Bizonyos hezitálás és „biztosra menés” azonban még mindig rendszeresen tapasztalható a gyakorlatban. Ennek példája a Hamster v Ghána ügyben hozott döntés a betudás tekintetében, amelyben a testület helyesen állapította meg, hogy külön teszt alapján kell mérlegelni, hogy ki a magánjogi szerződés fele, de biztonság kedvéért rámutat, hogy ha az ARSWA alapján is állapítanak meg, az nem lenne betudható Ghánának.⁷⁹

2018-ban a *Gavrilovic v. Croatia* ügyben a választottbírók egyedülálló módon ment bele a betudás kérdésének cizellált elemzésébe. A testület leszögezte, hogy az ARSIWA betudási szabályai szokásjogot tükröznek, és az államok egyes felelősségi kérdéseit rendezik nemzetközi jogsértő cselekedetek esetén az elsődleges normák létét adottnak véve. Azaz az ARSIWA betudási normái nem vonatkoznak olyan felelősségi kérdésekre, amelyek alapja nem nemzetközi jogellenes magatartás.⁸⁰ Így olyan esetekben, ahol a felperes nem tud nemzetközi jogsértő magatartást megnevezni, az ARSIWA betudási szabályai sem alkalmazandók.⁸¹ Mivel az ARSIWA betudási szabályainak semmi közük nincs az elsődleges szabályokhoz, amelyek az állam nemzetközi felelősségét keletkeztetik, ezért azokat nem is lehet alkalmazni annak során, amikor az elsődleges kötelezettségekről dönt a testület a magánjogi szerződés alapján.⁸² Következésképp az ARSIWA betudási szabályai sem a magánjogi szerződésből eredő kötelezettségek terjedelmén és tartalmán nem képesek változtatni, és nem is képesek az államokat a magánjogi szerződés felévé tenni.⁸³

⁷⁹ Hamster v. Ghana, 347-348. bek

⁸⁰ Georg Gavrilovic and Gavrilovic D.O.O. v. Croatia, ICSID Case No ARB/12/39, Award (Pryles, Alexandrov, Thomas), 26 July 2018, 779. bek.

⁸¹ Gavrilovic v. Croatia, 804. bek.

⁸² Gavrilovic v. Croatia, 856. bek.

⁸³ Gavrilovic v. Croatia, 856-857. bek.

Kovács Csaba a Gavrilovic v. Croatia ügy kapcsán egyenesen arra utal, hogy a testület megkülönböztette a *betudás szűk* (stricto sensu) és a *betudás tág* (lato sensu) fogalmát. *Stricto sensu* betudás alatt értve az ARSIWA betudási szabályait, amelyek kizárólag államok nemzetközi jogsértő cselekedeteinek betudására alkalmazhatók, nemzetközi felelősség megállapítása céljából. *Lato sensu* betudás alatt pedig a nem nemzetközi jogsértéshez kapcsolódó betudási szabályokat értette a testület, mint például a képviselői szabályait, amelyek azt határozzák meg, hogy a fogadó állam tett-e olyan nyilatkozatot, amely a jogos várakozás elvét megalapozhatná.⁸⁴ Kovács helyesen nem szűkíti le a betudás fogalmát a nemzetközi jogsértő magatartás államnak való betudhatóságának körére, hanem azt minden, az állam és az adott magatartás vagy szereplő közötti kapcsolat vizsgálatára kiterjeszti.⁸⁵ Mivel az állam számos módon vesz részt beruházásvédelmi jogvitákban, az egyes magatartásoknak az államnak történő betudását is külön-külön kell vizsgálni.⁸⁶

Jürgen Kurtz jogosan hívja fel a figyelmet, hogy bár kiemelkedően releváns az ARSIWA a nemzetközi beruházásvédelmi jogviták számára, mégis feltűnően kevés mély és gondos elemzést láthatunk e fórumok részéről akkor, amikor az ARSIWA egyes rendelkezéseit alkalmazzák, vagy azokat többek között az ARSIWA 55. cikk (lex specialis)⁸⁷ alapján épp kizárják.⁸⁸

A beruházásvédelmi jogviták elemzéséből kitűnik, hogy a *betudás körüli fogalmi káoszt* számos egymástól részben független tényező együttes hatása eredményezi. Ezek a teljesség igénye nélkül a következők:

- a vitarendezési fórumok sokszínűsége;
- a beruházásvédelmi eszközök sokszínűsége;
- az alkalmazandó jogok magas száma (belső, nemzetközi);

⁸⁴ CSABA KOVÁCS: *Attribution in Investment Arbitration: From Stricto Sensu to Lato Sensu*. Kluwer Arbitration Blog, 2018. október 29. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/attribution-from-stricto-sensu-to-lato-sensu/> (2019.11.27)

⁸⁵ A jogszerű és jogellenes magatartásokkal kapcsolatos betudási normák megkülönböztetéséről részletesen lásd CSABA KOVÁCS: *Attribution in International Investment Law*. Wolters Kluwer, 2018.

⁸⁶ KOVÁCS: i.m. (84. jegyzet).

⁸⁷ „E cikkek nem alkalmazandók akkor és abban a mértékben, amikor a nemzetközi jogsértő cselekedet megvalósulásának feltételeit vagy az állam nemzetközi felelősségének tartalmát vagy érvényesítését a nemzetközi jog speciális szabályai rendezik.”

⁸⁸ JÜRGEN KURTZ: *The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration*. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 2010/1. sz. 200–217, 201.

-a beruházásvédelmi egyezmények nyelvezetének nem egyértelmű volta, egységességének hiánya;

-a szükséges szakértelem különbözősége (hiszen sok jogágot és szakterületet érintenek az eldöntendő kérdések);

-a beruházásvédelmi jogvitákban eljáró bírók szakmai hátterének a sokszínűsége;

-a résztvevő bírók praktikus megfontolásai, amelyek részben ahhoz vezetnek, hogy annak érdekében, hogy ne zárassák ki magukat későbbi jogviták eldöntéséből, szakmai álláspontjukat nem publikálják vagy nem teszik azt világossá.

Összességében: egyrészt megállapítható, hogy a beruházásvédelmi jogviták kiváló terepet biztosítanak az egyes betudási kérdések azonosításának, hiszen egyszerre vannak jelen ARSIWA szerinti betudási kérdések, joghatósági kérdések, valamint az állam nevében vagy helyett eljáró személyek jognyilatkozatának természetével kapcsolatos kérdések. Másrészt e jogviták egyszerre járulnak hozzá a betudás terén kialakult káosz fokozásához, valamint az ARSIWA betudási szabályai gyakorlatának finomításához. Azaz a beruházásvédelmi döntések indoklásai vegyes képet mutatnak dogmatikai szempontból. Harmadrészt megállapítható, hogy lassú javuló trend figyelhető meg az ítéletek sorát elemezve, amely egyértelműen a dogmatikai tisztánlátás irányába mutat.

Gábor Kajtár: Attribution in International Investment Law

The close link between international law and international investment protection is evidenced by several factors. One of these is the frequent application of rules of attribution (i.e. those secondary rules which establish a legal connection between states and actors for a variety of reasons) in international investment law. The analysis of relevant arbitral practice reveals that different arbitration panels interpret the notion of attribution in very different ways. Dogmatic clarity in this respect is extremely important as the outcome of a judicial decisions is as much influenced by the proper interpretation and application of secondary rules as is by the primary rules themselves. This article aims at drawing attention to the fact that rules of attribution in international investment law are much more than mere technicalities.

Gábor Kajtár: Fragmentierung der Zurechnung im Internationalen Investitionsschutzrecht

Die enge Verbindung zwischen Völkerrecht und internationalem Investitionsschutz wird durch mehrere Faktoren belegt. Eine davon ist die häufige Anwendung von Zurechnungsregeln (d. h. jene Sekundärregeln, die aus verschiedenen Gründen eine rechtliche Verbindung zwischen Staaten und Akteuren herstellen) im internationalen Investitionsschutzrecht. Die Analyse der relevanten Rechtsprechung zeigt, dass verschiedene Schiedsgerichte den Begriff der Zurechnung auf sehr unterschiedliche Weise interpretieren. Dogmatische Klarheit ist in dieser Hinsicht äußerst wichtig, da das Ergebnis einer Gerichtsentscheidung ebenso stark von der richtigen Auslegung und Anwendung der Sekundärregeln beeinflusst wird wie von den Primärregeln selbst. Mit diesem Artikel soll darauf hingewiesen werden, dass die Zurechnungsregeln im internationalen Investmentrecht weit mehr als nur technische Aspekte sind.