

Пејтар М. Ђундић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ПОТЕНЦИЈАЛНА РЕФОРМА СРПСКЕ МРЕЖЕ ДВОСТРАНИХ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ И ПОДСТИЦАЊУ УЛАГАЊА: ПРИЛИКА ЗА НОВИ ПОЧЕТАК*

Сажетак: У последњих неколико година многе државе су оћичеле процес реформе својих двостраних споразума о зашћићи и подстицању улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексу: БИТ). Идеја иза ових најора је да се постојећи споразуми, који се често перципирају као неизбалансирани инстирументии, окренући искључиво зашћићи инћереса улагача и карактеристични по одредбама које су формулисане широко и недовољно прецизно, сћаве ван снаге или замене новим споразумима. У овом иренућу, Србија није део овог процеса. Рад нуди предло нормативног сћања у поледу БИТ-ова на снази у Србији. У њему се разматрају оћице за неминовну реформу домаће мреже двостраних споразума, имајући у виду иравне, економске и поличке импликације ири моћносћи: оћказивање (једнострани раскид) постојећих БИТ-ова, њихово споразумно иащење и замена постојећих споразума новим споразумима.

Кључне речи: двострани споразуми о зашћићи и подстицању улагања (БИТ), сћрана улагања, инвестициона арбићража, Евројска унија.

1. УВОД

Према подацима Конференције УН о трговини и развоју (*United Nations Conference on Trade and Development*), број међународних уговора о зашћићи улагања који су престали да важе у 2020. години је тачно двоструку већи

* Рад је настао као резултат ангажовања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

од броја закључених нових споразума.¹ То је само наставак тренда који је присутан већ неколико година.² Истовремено, овакав развој догађаја представља потпуну супротност у односу на праву појаму за закључивањем двостраних споразума о заштити и подстицању улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ) која је владала у периоду након пада Берлинског зида до наступања Светске економске кризе 2008. године. Примера ради, само у последњој деценији XX века број БИТ-ова се увећао петоструко: са броја од 381 споразума на крају осамдесетих година прошлог века, на 2067 до краја 2000. године.³

Заустављање овог тренда пролиферације БИТ-ова резултат је више фактора. Најважнија карактеристика ових извора је у томе што улагачима из друге државе уговорнице нуде могућност да покрену поступак директно против државе пријема улагања пред арбитражним судом, у случају наводне повреде материјалноправног третмана који им се гарантује споразумима. Закључно са 31. децембром 2020. године, против држава су покренута 1104 арбитражна поступка, од којих је око три четвртине (846 спорова) имало своју основу у одговарајућем БИТ-у.⁴ Све до краја 2016. године дословно сви познати арбитражни поступци против држава су се одвијали на основу тзв. прве генерације споразума (споразума који су најчешће закључени пре 2010. године).⁵ У време када су БИТ-ови прве генерације закључивани, државе су их често сматрале само политичким декларацијама и изразима добре воље,⁶ да би тек када су тужбе на основу њих почеле да пристижу, схватиле да ови споразуми могу бити итекако опасни.⁷ Накнаде досуђене улагачима се понекад мере у милијардама америчких долара, при чему арбитражи не воде рачуна о утицају који висина накнаде може имати на становништво тужене државе, нити узимају у обзир способност државе да досуђену накнаду плати.⁸

¹ Број закључених споразума у овом периоду је 21. Истовремено, престала су да важе 42 оваква споразума. Вид. UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, IIA Issues Note, Issue 3, August 2021, 2.

² Вид. International Institute for Sustainable Development, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, IISD Best Practices Series, March 2020, 1.

³ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, 2015, 123.

⁴ Вид. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, доступно на <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁵ Вид. UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017, 1.

⁶ Вид. L. N. Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, doctoral thesis, London School of Economics and Political Science, London, June 2011, 13-16.

⁷ UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017, 4.

⁸ Вид. M. Paporinskis, *A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility*, *The Modern Law Review*, Vol. 83/6, 2020, 1246-1286, 1246-1248. Аутор помиње арбитражну одлуку у предмету *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Bolivarian*

Други разлог који је поједине државе мотивисао да се повуку из оваквих споразума тиче се њихових материјалноправних одредаба. Старији БИТ-ови се перципирају као извори који не пружају уравнотежену заштиту улагача и државе пријема, будући да су скоро искључиво окренути ка интересима улагача на уштрб права државе да регулише друштвене односе и штити јавни интерес.⁹ Они садрже одредбе са широким и недовољно прецизним формулацијама, чије је тумачење затим препуштено арбитражним судовима, уз ризик да различити арбитражни судови другачије тумаче најважније материјалноправне стандарде заштите што, коначно, доводи до тога да државама није јасно где се тачно налази граница између легитимног вршења законодавних и извршних овлашћења, са једне стране, и повреде међународних обавеза, са друге стране.

Поменуте околности су довеле до тога да се државе као што су Еквадор, Индија, Индонезија¹⁰ и Јужноафричка Република¹¹ упусте у процес отказивања својих БИТ-ова. Друге државе су се определиле за споразумно гашење оваквих уговора, у договору са другим државама уговорницама.¹² Овакав развој догађаја је потпомогнут дешавањима у оквиру ЕУ – доношењем пресуде Суда ЕУ у предмету Ахмеа (*Achmea*) којом су арбитражне клаузуле из БИТ-ова закључених између држава чланица Уније проглашене супротним праву ЕУ,¹³ односно закључивањем Уговора о раскидању БИТ-ова између држава чланица Европске уније, у мају 2020. године.¹⁴

Паралелено са овим процесом гашења постојећих споразума, одвија се процес реформисања са циљем да се прва генерација БИТ-ова замени новим споразумима. Многе државе су усвојиле модел БИТ-ове, који би требало да

Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30), донету 8. марта 2019. године на основу БИТ-а између Холандије и Венецуеле (1991), којом је улагачима досуђена накнада од 8,7 милијарди америчких долара, у тренутку када је Венецуела била погођена несташицама електричне енергије и хране, те једном од најтежих економских криза у историји, према мишљењу Међународног монетарног фонда.

⁹ C. Titi, Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration*, 33/5 (2016), 425-440, 426.

¹⁰ International Institute for Sustainable Development, *op. cit.*, 7, 8.

¹¹ T. Voon, A. D Mitchell, Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, 2/2016, 413–433, 424, 425.

¹² То је, на пример, случај са Чешком која је, у периоду између 2004. и 2011. године, споразумно раскинула своје споразуме са седам других држава чланица ЕУ (Словачком, Словенијом, Данском, Малтом, Естонијом, Италијом и Ирском). *Ibid.*, 430.

¹³ *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, European Court of Justice, Case C-284/16, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018, пасуси 58-60.

¹⁴ *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*. Уговор су потписале 23 државе чланице ЕУ. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en.pdf.

послуже као основа за преговоре са другим државама. Ови модели се знатно разликују у односу на постојеће споразуме. Њима се, на пример, прецизирају критеријуми за утврђивање индиректне експропријације улагања,¹⁵ дефинишу активности државе које могу представљати повреду стандарда поштеног и правичног третмана улагања (енгл. *fair and equitable treatment standard*),¹⁶ сужава појам улагања које ужива заштиту,¹⁷ дефинише појам улагача на начин који онемогућава привредна друштва која немају значајну везу са другом државом уговорницом да се појаве као тужиоци,¹⁸ уведе механизми који би требало да спрече појаву сукоба интереса код арбитра¹⁹ и изричито предвиђа право предузимања регулативних мера у циљу заштите животне средине, здравља становништва, родне равноправности и других циљева одрживог развоја.²⁰ Поново, у првим редовима борбе за промене се налази ЕУ. Унија је, доношењем Лисабонског уговора 2009. године, преузела надлежности у материји закључивања споразума о улагањима и одмах усмерила своје напоре на укидање БИТ-ова између држава чланица, као и на закључивање нових споразума о улагањима и трговинских споразума са одредбама о улагањима са трећим земљама.²¹

У овом тренутку, Србија посматра динамичан процес промена у међународном инвестиционом праву са стране, без видљивих напора да у њему учествује. Циљ овог рада да се сагледа позиција Србије и могућност да она реформише своју мрежу двостраних споразума о заштити и подстицању улагања. То ће бити учињено имајући у виду три могућности које нашој земљи стоје на располагању: отказивање постојећих БИТ-ова, гашење на

¹⁵ Вид. чл. 6 ст. 8 Модел БИТ-а Норвешке (2015): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3350/download>.

¹⁶ Вид. чл. 5 ст. 2 модел БИТ-а Словачке (2019): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5917/download>.

¹⁷ Вид. чл. 1 ст. 1 модел БИТ-а Чешке (2016): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5407/download>.

¹⁸ Вид., на пример, чл. 2 ст. 2 т. б модел БИТ-а Белгијско-луксембуршке економске уније (2019): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5854/download>.

¹⁹ Вид. чл. 20 ст. 5 модел БИТ-а Холандије (2019): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>.

²⁰ Вид., на пример, чл. 3 Модел БИТ-а Канаде (2021): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6341/download>.

²¹ Вид. М. Станивуковић, Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција (необјављено), 11-14. Као примери оваквих споразума помињу се Свеобухватни економски и трговински споразум (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) између ЕУ и Канаде, закључен 2016. године, Споразум о заштити улагања са Вијетнамом (*EU-Vietnam Investment Protection Agreement*) од 2019. године и Споразум о заштити улагања са Сингапуром (*EU-Singapore Investment Protection Agreement*) од 2018. године. Више о споразумима на: <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>.

основу споразума са другом државом уговорницом и гашење уз истовремено закључивање нових споразума. Међутим, претходно је потребно указати на разлоге за приступање реформи мреже српских БИТ-ова и користи које би оваква промена могла да донесе.

2. РАЗЛОЗИ ЗА РЕФОРМУ

2.1. Тренутно стање

Србију тренутно обавезује 47 двостраних споразума о подстицању и заштити улагања.²² Четири БИТ-а су потписана, али нису ступила на снагу.²³ Безмало половина ових споразума (22) је закључена са државама чланицама ЕУ.²⁴ За разлику од свих осталих БИТ-ова Србије, споразуми закључени са Француском (1974) и Шведском (1978) не садрже одредбе које би омогућавале улагачу из једне државе уговорнице да непосредно покрене арбитражни поступак против државе пријема улагања.²⁵

Готово сви БИТ-ови на снази за Србију имају карактеристике прве генерације оваквих споразума. То се односи и на споразуме који су закључивани од 2010. године до данас.²⁶ То значи да се у њима, по правилу, не одређује ближе садржина основних материјалноправних стандарда заштите (као што су стандард поштеност и правичност третмана или забрана незаконите експропријације)²⁷, да су засновани на широком, „отвореним“ дефиницијама појма улагања,²⁸ да одређују појам улагача тако да обухвата и привредна

²² Подаци преузети са интернет странице Конференције Уједињених нација о трговини и развоју: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/187/serbia>.

²³ То су споразуми закључени са Италијом (2000), Индонезијом (2011), Мароком (2013). Споразум са Турском је закључен 2001. године и на снази је од 2003. године. Током 2018. године Србија и Турска су закључиле нови БИТ, али он још увек није ступио на снагу.

²⁴ М. Станивуковић, *op. cit.*, 16, 17.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ У овом периоду Србија је закључила БИТ-ове који су ступили на снагу са следећим државама: Малтом (2010), Казахстаном (2010), Азербејџаном (2011), Алжиром (2012), Уједињеним Арапским Емиратима (2013) и Канадом (2014). Споразуми са Индонезијом (2011), Мароком (2013) и нови споразум са Турском (2018) још увек не обавезују нашу земљу.

²⁷ У погледу стандарда поштеност и правичност третмана честе су формулације које од државе пријема захтевају да улагањима и улагачима друге државе уговорнице „у сваком тренутку“ или „у сваком случају“ пруже поштен и правичан третман. Вид., на пример, чл. 3 ст. 1 БИТ-а са Уједињеним Арапским Емиратима (2013), чл. 2 ст. 2 БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002), чл. 2 ст. 2 БИТ-а са Словенијом (2002), чл. 2 ст. 1 БИТ-а са Немачком (1989).

²⁸ Овакве дефиниције под „улагањем“ обично подразумевају „сваку врсту имовине“ уз набрајање, примера ради, различитих облика у којима се улагање може манифестовати. Вид., на пример, чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Кувајтом (2004), чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Литванијом (2005), чл. 1 ст. 1 БИТ-а са Кипром (2005).

друштва која не врше стварну економску активност на територији државе порекла улагача (тзв. *mailbox companies*), укључујући ту и друштва под директном или индиректном контролом држављана државе пријема улагања,²⁹ да не садрже изузетке од обавеза у случају предузимања регулативне активности државе у областима од посебног друштвеног интереса. Поједини споразуми излажу државе уговорнице изузетно великом ризику од потенцијалних тужби инвеститора. Тако, на пример, БИТ са Аустријом установљава надлежност арбитражног суда *ratione personae* у односу на правна лица основана према праву државе уговорнице или било које друге државе, под условом да у њему физичко или правно лице друге државе уговорнице остварује „доминантан утицај.“³⁰ У комбинацији са „кишобран клаузулом“ (енгл. *umbrella clause*) из чл. 8 ст. 2 овог БИТ-а која предвиђа да је држава уговорница у обавези да поштује све уговорне обавезе које је евентуално преузела према улагачу друге државе уговорнице, оваква би одредба могла да изложи Србију тужбама на основу БИТ-а због повреде приватноправних уговора са домаћим правним лицима или правним лицима из трећих држава, у којима аустријски улагачи имају доминантан утицај.³¹

Изузетак у овом погледу је БИТ са Канадом (2014). Споразум је очигледно инспирисан модел БИТ-ом Канаде од 2004. године³² и садржи неколико карактеристика које су својствене споразумима нове генерације: инсистирање на циљевима одрживог развоја, кроз промовисање обавезе држава уговорница да не привлаче улагања снижавањем стандарда који се односе на заштиту здравља, безбедности и животне средине,³³ те да охрабрују привредна друштва која послују на њиховој територији да прихвате међународно признате стандарде корпоративне друштвене одговорности.³⁴ Њиме се предвиђају ограничења у погледу подношења тужби заснованих на одговорности због примене пореских мера,³⁵ дозвољава се примена недискримина-

²⁹ Поједини споразуми предвиђају да „улагач“ може да буде правно лице основано или на други начин организовано према праву друге државе уговорнице или правно лице са регистрованим седиштем у овој држави. Вид., на пример, чл. 1 ст. д) БИТ-а са Малтом (2010), чл. 1 ст. е) БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002), чл. 1 ст. 1 т. б) БИТ-а са Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004). У одсуству тзв. одредбе о ускраћивању погодности (енгл. *denial of benefits clause*), овакве одредбе омогућају правним лицима под контролом или у својини држављана трећих држава или држављана државе пријема улагања да се јаве као тужиоци у арбитражном поступку. Вид. о томе: П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. LIII, 3/2019, 933-954.

³⁰ Чл. 1 ст. 2 тачка ц).

³¹ Значење израза „доминантан утицај“ није одређено споразумом.

³² Вид. више о овом документу: С. Lévesque, A. Newcombe, Canada, у књизи С. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013, 53-130.

³³ Чл. 15 БИТ-а са Канадом (2014).

³⁴ Чл. 16 БИТ-а са Канадом (2014).

³⁵ Чл. 14 БИТ-а са Канадом (2014).

торних мера усмерених на заштиту здравља људи, биљног и животињског света, очување природног богатства и обезбеђивање поштовања закона,³⁶ ближе дефинишу критеријуми за наступање индиректне експропријације.³⁷ Споразум врло детаљно регулише решавање спорова између улагача и државе пријема и, између осталог, предвиђа право јавности на доступност документације из арбитражног поступка и присуствовање усменој расправи,³⁸ те могућност да се трећим заинтересованим лицима омогући обраћање арбитражном суду у вези са спором.³⁹

Нормативно стање, када су у питању БИТ-ови на снази у Србији, потребно је ставити у економски и друштвени контекст. Посматрано глобално, Србија несумњиво спада у ред држава које се могу сматрати увозницама капитала. У току 2020. године Србија је остварила прилив у износу од 3,44 милијарде америчких долара страних директних улагања док је, истовремено, улагање из наше земље у друге државе износило свега 125 милиона.⁴⁰ Због тога не изненађује податак да се улагачи из Србије до сада нису ниједном појавили као тужиоци на основу поменутих споразума.⁴¹ Са друге стране, Србија се до овог тренутка суочила са 14 арбитражних поступака проистеклих из БИТ-ова.⁴² Могуће је закључити и да се број арбитражних спорова с временом повећава. Између 2005. године, када је покренута прва инвестициона арбитража против Србије,⁴³ и 2013. године, инвеститори су подносили тужбе сваке друге године. Од 2013. године, са изузетком 2015., сваке године је покренута бар једна арбитража против наше земље.⁴⁴

Нема, према томе, никакве сумње да је Србија имала довољно времена да закључи да ни њени билатерални споразуми не представљају пуке политичке прокламације.⁴⁵ Током 2014. године наша земља је усвојила нови модел БИТ који би требало да послужи као основа преговора са другим државама

³⁶ Чл. 18 ст. 1 БИТ-а са Канадом (2014).

³⁷ Вид. Анекс Б уз БИТ са Канадом (2014).

³⁸ Чл. 31 БИТ-а са Канадом (2014).

³⁹ Чл. 32 БИТ-а са Канадом (2014).

⁴⁰ Вид. UNCTAD, World Investment Report 2021, 251. Публикација доступна на: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf.

⁴¹ Вид. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, доступно на <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

⁴² Вид. М. Станивуковић, *op. cit.*, 5.

⁴³ *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia* (UNCITRAL), Award, 23 September 2009.

⁴⁴ Током 2013. године су покренута два арбитражна поступка. Вид. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, доступно на <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Исти је случај са 2021. годином. Вид. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

⁴⁵ Републички буџет за 2022. годину предвиђа да је за казне и пенале које би Србија могла да плати у овој години опредељено 280 милиона евра. Јавно доступне информације

приликом закључивања БИТ-ова. Овај модел се разликује од већине споразума који данас обавезују Србију, будући да су његове одредбе знатно рестриктивније у односу на појмове улагања и улагача, дефинисање кључних материјалноправних стандарда и регулисање права улагача на покретање међународне арбитраже.⁴⁶ Иако његово усвајање сугерише окретање ка опрезнијем приступу приликом закључивања споразума *pro futuro*, то још увек не мења чињеницу да су односи између Србије и држава из којих најчешће долазе инвестиције у нашу земљу махом регулисани БИТ-овима који се данас могу сматрати застарелим.⁴⁷

Неадекватност нормативног стања у овој области је запазила и Европска комисија. У извештају о напретку Србије за 2020. годину, Комисија истиче потребу да Србија обезбеди компатибилност својих инвестиционих и трговинских споразума са правним тековинама ЕУ и да у њих унесе одредбе које ће омогућити отказивање споразума у тренутку приступања Унији.⁴⁸ Посебно у односу на БИТ-ове, наводи се да би наша земља требало да развије стратегију за измену или раскидање постојећих билатералних уговора који нису у складу са стандардима ЕУ и излажу земљу ризику због широких и недовољно прецизних формулација.⁴⁹

Јасно је да би реформа домаће мреже БИТ-ова требало, пре свега, да омогући држави излазак из уговорних аранжмана који су се показали као високоризични. Међутим, потенцијална корист се не мора огледати искључиво у престанку важења БИТ-ова прве генерације, већ може да подразумева закључивање нових уговора чије су одредбе много прецизније и који узимају у обзир развој арбитражне праксе и међународног инвестиционог права у последњих двадесетак година. Разлика између онога што типичан БИТ који обавезује Србију представља данас и онога што би он могао да буде у будућности, најбоље се може сагледати кроз поређење одредаба БИТ-а између Холандије и Србије (2002),⁵⁰ са једне стране, и модел БИТ-а Холандије (2019), са друге.

сугеришу да се највећи део ове суме односи на потенцијалне губитке инвестиционих спорова. Вид. „*На казне и њене из буџета оглази 280 милиона евра*“, Политика, 02. 12. 2021.

⁴⁶ Вид. модел БИТ Србије (2014), посебно чл. 1, 2, 6, 11 и 14. Текст доступан на: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4791/download>.

⁴⁷ Србија има споразуме оваквог типа са већином чланица ЕУ, Руском Федерацијом и НР Кином.

⁴⁸ Commission Staff Working Document, Serbia 2020 Report, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020)352 final 2020 Progress Report, 114.

⁴⁹ *Ibid.* У тексту извештаја на српском језику (https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/serbia_report_2020_SR.pdf) синтагма “*broad and open language*” преведена је као „*разноврсни и отворени језик*.“ Вид. М. Станивуковић, *op. cit.*, 3, 4.

⁵⁰ Закон о потврђивању Споразума о подстицању и узајамној заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Краљевине Холандије (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 12/2002).

2.2. „Златни стандард“ за улагаче или БИТ нове генерације

Холандски БИТ-ови се дуго времена сматрају „златним стандардом“ када је у питању заштита коју пружају улагачима.⁵¹ Комбинација повољног пореског третмана који ова земља нуди и широке мреже двостраних споразума о заштити улагања, учинила је да Холандија постане омиљени избор мултинационалних компанија за оснивање холдинг компанија које, затим, служе за инвестирање у треће државе,⁵² и допринела томе да БИТ-ови Холандије буду међу најчешће коришћеним инструментима у инвестиционим арбитражама.⁵³

Разлози за посебну атрактивност ових споразума се налазе у екстензивним дефиницијама улагача и улагања, широким формулацијама које се односе на материјалноправне стандарде заштите и доступности различитих форума за арбитражно решавање спорова.⁵⁴

Све наведене карактеристике важе и за БИТ између Холандије и наше земље. Споразум наводи да се улагањем сматра свака врста имовине (имовинског права), уз навођење, примера ради, различитих облика у којима се улагање може јавити.⁵⁵ Појам улагача је дефинисан изузетно широко – под њим се подразумева физичко лице које има држављанство друге државе уговорнице или правно лице које је основано у складу са њеним прописима. Одредба омогућује да се као холандски улагач у Србији појави привредно друштво које је основано по праву Холандије, али у њој не обавља економску делатност. Према једној студији, чак 77 процената тужби које су холандски улагачи поднели у инвестиционим арбитражама потиче од оваквих тужилаца.⁵⁶ Штавише, холандским улагачем се сматра привредно друштво треће државе, па чак и домаће привредно друштво, под условом да се налази под директном или индиректном контролом холандских држављана или правних лица.⁵⁷ Искуства других држава са холандским БИТ-овима показују да привредно друштво државе пријема улагања може да ужива заштиту на основу овакве одребе и онда када се налази под крајњом контролом улагача

⁵¹ N. Lavranos, The Changing Ecosystem of Dutch BITs, *Arbitration International*, 36/2020, 441-457, 442.

⁵² A. Arcuri, B. Verbeek, The New Dutch Model Investment Agreement: on the Road to Sustainability of Keeping up Appearances?, *Erasmus Law Review*, 4/2019, 37-49, 39.

⁵³ N. Lavranos, *op. cit.*, 442.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Чл. 1 ст. 1 БИТ-а између Холандије и Србије (2002).

⁵⁶ A. Arcuri, B. Verbeek, *op. cit.*, 41.

⁵⁷ Чл. 1 ст. 2 т. 3 БИТ-а између Холандије и Србије (2002). Србија се тренутно суочава са тужбом у спору на основу овог БИТ-а, у којем је један од тужилаца домаће правно лице. Вид. *United Group B.V., Adria Serbia Holdco B.V., and Serbia Broadband–srpske kablovske mreže d.o.o. Beograd v. Republic of Serbia* (ICSID Case No. ARB/21/5).

треће државе, све док крајњи власник реализује улагање посредством правног лица (друштва-кћери) основаног у Холандији.⁵⁸

Материјалне одредбе БИТ-а са Холандијом нормирају уобичајене стандарде заштите улагања формулацијама које се, у смислу горепоменутог извештаја Европске комисије, могу сматрати широким и недовољно прецизним: улагачима се гарантује поштен и правичан третман, пуна заштита и сигурност улагања, национални третман, третман најповлашћеније нације и заштита од експропријације, без било каквих квалификација и ограничења. Такође, државе уговорнице су дужне да поштују сваку правну обавезу прихваћену у односу на улагање улагача из друге државе уговорнице (кишобран клаузула). Споразум, у складу са владајућим трендом у време када је настао, не предвиђа било какву обавезу на страни улагача, већ је посвећен искључиво заштити њихових права. Коначно, БИТ даје право улагачу да изнесе спор поводом улагања пред арбитражни суд на основу различитих арбитражних правила, по сопственом избору, и не нуди могућност да се улагач определи за изношење спора пред суд државе пријема.

У марту 2019. године, Влада Холандије је објавила нови модел БИТ (у даљем тексту: холандски модел БИТ 2019 или модел) који би требало да послужи као основа за поновно преговорање у циљу измене мреже БИТ-ова које ова држава има са земљама изван ЕУ.⁵⁹ Његова садржина је резултат, пре свега, негативног става јавности (посебно цивилног сектора) према споразумима на снази и инвестиционој арбитражи уопште.⁶⁰ Холандски модел БИТ 2019 садржи низ иновативних одредаба које у значајној мери одступају од решења у важећим холандским БИТ-овима.

Прво, холандски модел БИТ 2019 знатно сужава поље примене споразума. Иако задржава дефиницију улагања засновану на имовини (“*asset-based*”) – улагање је дефинисано као „сваке врсте имовине“ (енгл. *any kind of asset*), додато је прецизирање да се ово односи на имовину која има карактеристике улагања: одговарајуће трајање, пласирање капитала или других средстава, очекивање профита и преузимање ризика.⁶¹ Проблем тзв. *mailbox* привредних друштава се решава тако што се у појам „улагача“ уводи критеријум

⁵⁸ Вид. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, 21 October 2005. Детаљније: М. Stanivuković, *Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu*, *Pravna riječ*, vol. 9, 33/2012, 127-143.

⁵⁹ Вид. <https://globalarbitrationreview.com/insight/know-how/investment-treaty-arbitration/report/netherlands>.

⁶⁰ Вид. N. Lavranos, *op. cit.*, 443-445.

⁶¹ Чл. I(a) холандског модел БИТ-а 2019. Дефиниција је очигледно инспирисана, барем делимично, образложењем арбитражне одлуке у предмету Салини, у којем арбитражни суд дефинише инхерентне карактеристике „улагања“ у смислу Конвенције ИКСИД. Вид. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, *para* 52.

значајне пословне делатности на територији државе уговорнице – само правна лица која обављају овакву активност спадају у улагаче на основу споразума, при чему се утврђују индикатори постојања „значајне пословне активности“ као што су, на пример, број запослених, обим оствареног прихода, присуство производних капацитета итд.⁶²

Такође, Споразум се примењује само на улагања извршена у складу са правом државе пријема.⁶³ Присутна је и одредба којом се штити простор за регулативно деловање државе: споразум не спречава државу уговорницу да предузима мера неопходно за остваривање легитимних циљева, као што су заштита јавног здравља, животне средине, права потрошача и запослених и сл.⁶⁴ Сама чињеница да држава спроводи законодавну интервенцију, кроз измену постојећих закона на штету улагача и супротно његовим очекивањима, не представља повреду споразума.⁶⁵ Изричито је предвиђено право државе да предузима, у односу на улагаче, мере које се односе на спречавање нарушавања конкуренције.⁶⁶ Посебно се наводи и да се споразум не може тумачити тако да спречава државу да укине субвенције (државну помоћ) које су евентуално пружене улагачу или да захтева њихов повраћај, када је то неопходно на основу међународних обавеза установљених између држава уговорница или када то проистиче из одлуке надлежног суда или другог органа.⁶⁷ Одредба је посебно значајна за државе кандидате у процесу придруживања ЕУ.⁶⁸ Исто важи и за одредбу којом је предвиђено да споразум не спречава извршење обавеза које држава има на основу чланства у различитим облицима економске, царинске или тржишне интеграције, при чему се као пример помиње Европска унија.⁶⁹

Друго, материјалноправне одредбе су много детаљније у односу на традиционалне БИТ-ове. Модел садржи секцију која се односи на одрживи

⁶² Чл. 1 ст. 1 т. ц) холандског модел БИТ-а 2019.

⁶³ Чл. 2 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.

⁶⁴ Чл. 2 ст. 2 холандског модел БИТ-а 2019.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Чл. 2 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

⁶⁷ Чл. 2 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.

⁶⁸ Одредба је вероватно инспирисана исходом арбитражног поступка у *прегмеју 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), Final Award, 11 December 2013. У овом случају је арбитражни суд нашао да је Румунија повредила обавезе из БИТ-а са Шведском (2002) и то тако што је укинула исплату државне помоћи за недовољно развијена подручја, као резултат обавеза у поступку приступања ЕУ. Вид. више о овоме код: S. Djajić, M. Stanivuković, *Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia?*, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. II, 1/2021, 53-82, 60-65.

⁶⁹ Чл. 2 ст. 5 холандског модел БИТ-а 2019.

развој⁷⁰ и овим одредбама се, на нивоу прокламација, предвиђају обавезе уговорница да теже остваривању циљева одрживог развоја, међу којима своје место има и родна равноправност.⁷¹ У оквиру члана који успоставља обавезе улагача које се односе на корпоративну друштвену одговорност, интересантна новина је предвиђање одговорности улагача, пред судовима државе његовог порекла, за акте или одлуке у вези са улагањем у случају проузроковања значајне штете, телесних повреда или смрти лица у држави пријема.⁷²

Уобичајени стандарди заштите су у холандском модел БИТ-у регулисани уз бројна прецизирања и ограничења. Модел тако садржи стандард националног третмана и стандард најповлашћеније нације, при чему се у погледу овог последњег стандарда наводи да само постојање материјалноправних обавеза државе на основу других споразума не представља „третман“ ако она није заиста и донела одговарајућу меру на основу тих обавеза, те да појам третмана не обухвата ни одредбе о решавању инвестиционих спорова у другим споразумима.⁷³ Садржина стандарда поштеног и правичног третмана је одређена кроз таксативно набрајање аката који представљају његову повреду, уз могућност да листа буде проширена на основу заједничке изјаве држава уговорница.⁷⁴ Држава може да повреди легитимна очекивања улагача, у смислу овог стандарда, ако су она настала на основу конкретног обећања усмереног на привлачење улагања или његов наставак.⁷⁵ Модел задржава кишобран клаузулу, али је обавеза државе одређена много уже у односу на, на пример, чл. 3 ст. 4 БИТ-а између Холандије и Србије (2002) – државе уговорнице се обавезују да поштују обавезе према улагачима друге уговорнице преузете писмено и у односу на конкретно улагање, те да ове обавезе неће повредити предузимањем аката државне власти (аката *ex jure imperii*).⁷⁶ Повреда уговора са улагачем предузимањем аката својствених уговорној страни (аката комерцијалног карактера), у складу са доминантним схватањем у савременој арбитражној пракси, према томе, није предвиђена као основ одговорности.

⁷⁰ Чл. 6 и 7 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷¹ Чл. 6 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷² Чл. 7 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019. Серија тужби које су нигеријски држављани поднели пред холандским судовима против холандско-британске корпорације Шел (*Royal Dutch Petroleum Co.*) и њене нигериске филијале због штете изазване изливањем нафте, показује да су холандски судови спремни да прихвате надлежност и у случају тужби против локалних (зависних) друштава, под условом да холандско матично друштво може бити одговорно, у конкретном случају, за деловање своје филијале. Вид. N. Jägers, K. Jesse, J. Verschuuren, *The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell*, *American Journal of International Law*, 1/2014, 36-41, 40.

⁷³ Чл. 8 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷⁴ Чл. 9 ст. 2 и 3 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷⁵ Чл. 9 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷⁶ Чл. 9 ст. 5 холандског модел БИТ-а 2019.

Холандски модел БИТ 2019 предвиђа забрану директне и индиректне експропријације, осим под стандардним условима за њену законитост (постојање јавног интереса, законитог поступка, одуство дискриминације и плаћање правовремене, адекватне и ефективне накнаде).⁷⁷ Релевантни члан садржи претпоставку да недискриминаторне мере државе, донете и примењене у доброј вери и у циљу заштите легитимних јавних интереса, не представљају индиректну експропријацију.⁷⁸ Исти члан садржи и одредбу која би требало да послужи за разликовање законитих мера државе у односу на индиректну експропријацију, кроз прописивање фактора који се узимају у обзир приликом анализе – економски утицај мере, њено трајање и природа.⁷⁹

Конечно, модел БИТ садржи детаљне одредбе о решавању спорова између улагача и државе пријема. Документ предвиђа да ће ове одредбе бити стављене ван снаге у случају успешне глобалне реформе система решавања инвестиционих спорова – подстакнуте нарочито напорима ЕУ и Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право⁸⁰ – и формирања мултилатералног инвестиционог суда, у тренутку када уговор који би се односио на овај форум ступи на снагу између држава уговорница БИТ-а.⁸¹ Изричито се наводи да механизам за решавање спорова не може да се користи у случају када је улагање резултат преварног понашања, корупције или других аката предузетих у лошој вери,⁸² односно да арбитражни суд нема надлежност *ratione personae* када је улагач извршио реструктурирање свог улагања са циљем да обезбеди надлежност, у тренутку када је спор већ настао или био предвидив.⁸³

Поред уобичајене одредбе о праву улагача на покретање арбитраже против државе пријема,⁸⁴ модел садржи детаљну разраду процедуре за консултације између страна у спору које обавезно претходе подношењу тужбе,⁸⁵ правила која се односе на конституисање и састав арбитражног већа,⁸⁶ одредбе о претходним приговорима,⁸⁷ садржини и дејству арбитражне одлуке.⁸⁸ Интересантну новину представља и решење на основу којег стране у спору

⁷⁷ Чл. 12 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷⁸ Чл. 12 ст. 8 холандског модел БИТ-а 2019.

⁷⁹ Чл. 12 ст. 4 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁰ Вид. А. К. Bjorklund, Arbitration, the World Trade Organization, and a Creation of a Multilateral Investment Court, *Arbitration International*, vol. 37, 2/2021, 433-447, 441, 442.

⁸¹ Чл. 15 ст. 1 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸² Чл. 16 ст. 2 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸³ Чл. 16 ст. 3 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁴ Чл. 19 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁵ Чл. 18 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁶ Чл. 20 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁷ Чл. 21 холандског модел БИТ-а 2019.

⁸⁸ Чл. 22 холандског модел БИТ-а 2019.

губе контролу над именовањем арбитра – све чланове већа именује орган именовања, водећи рачуна о њиховим квалификацијама и родној и географској заступљености.⁸⁹ Модел, такође, елиминише и појаву познату као *double-hatting*: праксу по којој чланови арбитражног већа могу да обављају своју функцију, истовремено се бавећи заступањем странака у другим арбитражним споровима. Модел се бави овим проблемом тако што прописује да арбитар може да буде само лице које није иступало као заступник у инвестиционој арбитражи у пет претходних година.⁹⁰ Модел ограничава износ досуђене накнаде улагачу на износ стварне штете, забрањује досуђивање казнене одштете⁹¹ и налаже да се приликом њеног одмеравања узме у обзир понашање улагача, посебно придржавање обавеза које се односе на корпоративну друштвену одговорност.⁹²

Анализа садржине холандског модел БИТ-а 2019, као типичног представника споразума нове генерације, и његово поређење са текстом важећег БИТ-а између наше земље и Холандије, указује на значајне разлике између два извора. Док је важећи споразум производ приступа у којем се фокус држава уговорница налазио искључиво на заштити субјективних права улагача, модел очигледно представља покушај да се узме у обзир растућа забринутост држава да БИТ-ови значајно смањују њихов простор регулативне делатности.

Садржина модела додатно наглашава неадекватност српске мреже двостраних споразума и представља још један је аргумент за приступање реформи. У наставку ћемо укратко размотрити опције које стоје на располагању нашој земљи у овом процесу.

3. МОДАЛИТЕТИ РЕФОРМЕ

3.1. Отказивање БИТ-ова

Реформа у овом смислу не подразумева нужно билатералну сарадњу. Једно од решења које би могло да омогући излазак из „загрљаја“ застарелих одредаба постојећих споразума јесте једнострано отказивање.

Према правилима међународног права, повлачење из међународног уговора или његово гашење могуће је на начин предвиђен његовим одредбама или, у сваком тренутку, на основу споразума уговорних страна.⁹³ Уни-

⁸⁹ Чл. 20. ст. 1 и 2.

⁹⁰ Чл. 20 ст. 5.

⁹¹ Чл. 22 ст. 4.

⁹² Чл. 23.

⁹³ Бечка конвенција о уговорном праву (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72) од 1969. године, чл. 54.

латерално повлачење из одговарајућег БИТ-а, према томе, могуће је у складу са његовим одредбама.

Ова врста споразума, укључујући ту и оне на снази у Србији, садрже две врсте одредаба које регулишу питање њиховог отказивања.⁹⁴ Прву групу чине БИТ-ови који су закључени на одређени временски период и чије важење се, под условом да једна од уговорних страна не обавести другу о отказивању у овом периоду, аутоматски продужава за наредни период означен у уговору. Типичан пример за ову групу споразума је поменути БИТ са Холандијом (2002) – споразум је закључен на период од 15 година, при чему свака држава уговорница има право да споразум откаже тако што ће послати обавештење о томе другој страни, најмање шест месеци пре истека иницијалног периода важења. Ако овакво обавештење изостане, важење БИТ-а се аутоматски продужава за још 10 година.⁹⁵

У другу групу споразума спада, на пример, БИТ на снази са Турском (2001): закључен је на период од 10 година и свака уговорница, после тог периода, може отказати уговор под условом да о томе обавести другу уговорну страну најмање једну годину унапред.⁹⁶

Од 45 БИТ-ова на снази у Србији који предвиђају могућност покретања арбитраже против државе уговорнице, готово две трећине спадају у категорију са аутоматским продужењем важења у назначеном периоду. За већину ових споразума је иницијални период истекао, али су они остали на снази захваљујући поменутиим одредбама, за период који је одређен у самим споразумима. Ови сукцесивни периоди варирају од две године,⁹⁷ па све до десет година.⁹⁸ У појединим случајевима то значи да би, чак и када би обавештење о отказивању било послато другој уговорници одмах, споразум наставио да важи годинама, све до истека временског периода који је у току.⁹⁹

⁹⁴ Вид. International Institute for Sustainable Development, *op. cit.*, 2-5.

⁹⁵ Чл. 14 ст. 1 и 2 БИТ-а са Холандијом (2002). Иницијални период од 15 година је истекао 1. марта 2019. године. Будући да споразум није отказан у овом периоду, он ће бити на снази најмање до 1. марта 2029. године, уз могућност продужавања важења за наредни десетогодишњи период.

⁹⁶ Чл. XI БИТ-а са Турском (2001).

⁹⁷ Вид., на пример, чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Швајцарском (2005) и чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Кипром (2005).

⁹⁸ Вид. чл. 15 ст. 3 БИТ-а са Уједињеним Арапским Емиратима (2013) и чл. 12 ст. 2 БИТ-а са Мађарском (2001).

⁹⁹ На пример, према подацима са интернет странице Конференције Уједињених нација о трговини и развоју, БИТ између Србије и Белгијско-луксембуршке економске уније је ступио на снагу 12.08.2007. године. Иницијални десетогодишњи период важења је истекао 12.08.2017. године, те је важење споразума продужено аутоматски за још 10 година – до 12.08.2027. године, чак и када би једна од уговорних страна, најкасније 6 месеци пре истека овог периода, послала другој обавештење о отказивању споразума. Вид. чл. 14 ст. 1 БИТ-а са Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004).

Међутим, чак и када су у питању они БИТ-ови који спадају у другу категорију и које је могуће отказати у сваком тренутку, због тога што не садрже одредбу о обавезном, иницијалном периоду важења¹⁰⁰ или је тај период истекао,¹⁰¹ отказивање не може да произведе очекиване ефекте у непосредној будућности. Ово због тога што БИТ-ови, по правилу, садрже тзв. клаузулу продужене примене. Ове клаузуле се у литератури уобичајено називају „клаузулама заласка“ (енгл. *sunset clauses*) или „клаузулама опстанка“ (*survival clauses*) и сврха им је у томе да заштите интересе оних улагача који су реализовали инвестицију пре него што је БИТ престао да важи. Тако, на пример, БИТ између Данске и Србије (2009) предвиђа да се одредбе о заштити улагања из споразума примењују на улагања реализована пре него што је БИТ престао да важи, у периоду од 10 година после престанка његовог важења.

Према томе, отказивање које је произвело ефекат престанка важења БИТ-а, још увек не ослобађа државу пријема обавезе да примењује његове одредбе у односу на постојећа улагања. Период који је обухваћен овим клаузулама о продуженој примени у српским БИТ-овима је различит. Он се креће од пет година након престанка важења споразума,¹⁰² па све до 15¹⁰³ или чак 20 година.¹⁰⁴ У домаћим БИТ-овима се најчешће примена по престанку важења споразума ограничава на 10 година.

Због свега наведеног, унилатерално отказивање ових уговора представља опцију која је далеко од идеалне. Не само да споразуми ограничавају Србију у погледу тренутка у којем је могуће предузети отказивање и одлажу, понекад и годинама, његово наступање, већ и чињеница да је БИТ престао да важи не значи, по правилу, да ће његове одредбе о материјалноправној заштити улагача и праву на покретање арбитражног поступка престати да се примењују. Ове одредбе чине „имунски систем“ БИТ-а који је управо дизајниран са циљем да заштити улагаче од једностраног гашења споразума.¹⁰⁵ Такође, требало би имати у виду и негативне импликације сигнала који се

¹⁰⁰ Вид. БИТ-ове са Малтом (2010), Азербејџаном (2011) и Канадом (2014). Ови споразуми су закључени на неодређено време, уз право држава уговорница да откажу споразум у сваком тренутку, при чему споразуми престају да важе протеком одређеног времена од учињене изјаве.

¹⁰¹ Вид. БИТ-ове са Немачком (1989), Кином (1995), Чешком (1997), Ганом (2000), Аустријом (2001), Босном и Херцеговином (2001), Турском (2001), Шпанијом (2002), Уједињеним Краљевством (2002), Ираном (2003), Израелом (2004), Финском (2005), Данском (2009).

¹⁰² Вид., на пример, чл. 14 ст. 3 БИТ-а са Кином (1995)

¹⁰³ Вид., на пример, чл. 13 ст. 3 БИТ-а са Немачком (1989) и чл. 16 ст. 3 БИТ-а са Финском (2005).

¹⁰⁴ Вид. чл. 15 ст. 1 БИТ-а са Уједињеним Краљевством (2002) и чл. 16 ст. 2 БИТ-а са Кувајтом (2004).

¹⁰⁵ Вид. F. M. Lavopa, L. E. Barreiros, M. Victoria Bruno, How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties, *Journal of International Economic Law*, 16/2013, 869-891, 878.

шаљу потенцијалним и постојећим улагачима одлуком о отказивању.¹⁰⁶ Због тога би њему требало приступати само у случају да је једна од наредне две опције искључена.

3.2. Споразумно гашење без закључења новог споразума

Престанак важења БИТ-а на основу споразума са другом државом уговорницом захтева, по природи ствари, спремност друге државе уговорнице да оваквом поступку прибегне. Када су у питању земље из којих долази значајан прилив капитала у Србију у форми страних улагања, очигледан проблем је могући недостатак мотива да се одрекну правне заштите коју поменути споразуми пружају њиховим држављанима и привредним друштвима. Са друге стране, предност овог приступа је у чињеници да гашење споразума наступа у тренутку и на начин за који се уговорне стране одреде, независно од одредаба самог споразума о престанку важења.¹⁰⁷

Гашење БИТ-а споразумом држава уговорница ипак отвара извесна питања. Вероватно најважније је питање судбине и дејстава клаузуле продужене примене – ако су обе уговорнице повукле свој пристап да буду везане међународним уговором, да ли то значи да *sunset* клаузула више не може да производи дејство, тј. да улагач не може поднети тужбу против државе пријема позивајући се на ову клаузулу, након што је важење БИТ-а престало? Једно становиште јесте да поменуте клаузуле служе заштити улагача друге стране уговорнице у случају да се држава пријема одлучи за отказивање БИТ-а, те да је њихово важење упитно када су се уговорне стране споразумеле о престанку важења међународног уговора.¹⁰⁸

Ипак, чини се да арбитражни судови сматрају да клаузуле продужене примене стварају права за улагаче која опстају чак и у случају када је до гашења БИТ-а дошло споразумом уговорница. Тако је арбитражно веће у предмету Багат против Египта (*Bahgat v. Egypt*) одбило аргумент Египта да фински тужилац може да се користи клаузулом о продуженој примени из БИТ-а између Финске и Египта (1980) само у случају када је БИТ отказан једнострано.¹⁰⁹ Према гледишту већа, текст релевантне одредбе продужава примену БИТ-а за период од 20 година без обзира на то како је споразум угашен.¹¹⁰ Слично томе, у контексту значаја одлуке Суда ЕУ у предмету

¹⁰⁶ *Ibid.*, 879.

¹⁰⁷ Вид. Бечка конвенција о уговорном праву (1969), чл. 54 ст. 1 т. б).

¹⁰⁸ Вид. S. Djajić, Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration, у књизи: A. F. Tatham et al. (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, 133-159, 153. Такође, C. Titi, *op. cit.*, 437.

¹⁰⁹ *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egypt* (PCA Case No. 2012-07), Decision on Jurisdiction, 30 November 2017, пасус 313.

¹¹⁰ *Ibid.*

Ахмеа и њеног утицаја на примену арбитражне клаузуле из БИТ-а између Мађарске и УК (1987), други арбитражни суд је, *obiter dicta*, истакао да клаузула продужене примене у том споразуму значи да државе уговорнице прихватају пружање заштите улагањима *чак и услучају споразумној иажења БИТ-а*.¹¹¹

Овакве недоумице су мотовисале државе да, приликом споразумног гашења споразума, посебну пажњу посвете стављању ван снаге клаузула продужене примене. Чешка је, на пример, споразумно раскинула неколико БИТ-ова са другим државама чланицама ЕУ, тако што је, у неколико случајева, споразум о престанку важења БИТ-а био праћен истовременим споразумом о томе да се релевантни БИТ измени, како би се клаузуле продужене примене ставиле ван снаге.¹¹² Најзначајнији пример у овом погледу ипак представља Уговор о раскидању БИТ-ова између држава чланица Европске уније. Њиме су 23 државе чланице ЕУ изричито предвиделе да се *sunset* клаузуле из БИТ-ова на снази између држава чланица стављају ван снаге и да остају без дејства.¹¹³ Споразумом су елиминисани ефекти и оних клаузула продужене примене које су се налазиле у већ претходно раскинутим БИТ-овима између држава чланица.¹¹⁴

Изричито стављање ван снаге клаузула продужене примене споразумом држава уговорница би требало да спречи позивање улагача на одредбе БИТ-ова који су престали да важе, узимајући у обзир да је примена међународног уговора условљена постојањем пристанка држава уговорница,¹¹⁵ те да оне могу споразумно дерогирати правило међународног уговорног права да престанак уговора не утиче на права настала у време његовог важења.¹¹⁶

Међутим, остаје питање како би арбитражни судови реаговали у случају када би улагач покренуо арбитражу на основу *sunset* клаузуле коју су државе уговорнице изричито ставиле ван снаге. До овог тренутка, арбитражна пракса се није бавила поменути проблемом, барем не на експлицитан начин. У најмање једној арбитражној одлуци се наговештава да овакав споразум држава уговорница не би нужно лишио арбитражни суд његове надлежности. У раније цитираној одлуци у предмету Мађар Фарминг против Мађарске (*Magyar Farming v. Hungary*) арбитражни суд истиче да државе

¹¹¹ *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/17/27), Award of the Tribunal, 13 November 2019, парц 223.

¹¹² Вид. Т. Voon, А. D Mitchell, *op. cit.*, 430.

¹¹³ *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, чл. 2 ст. 2.

¹¹⁴ *Ibid.*, чл. 3.

¹¹⁵ Т. Voon, А. D Mitchell, *op. cit.*, 430.

¹¹⁶ Чл. 70 ст. 1 т. б) Бечке конвенције о уговорном праву (1969). Вид. Т. Voon; А. D. Mitchell; R. J. Munro, Parting Ways: the Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, 2/2014, 451-473, 467.

уговорнице имају статус господара свог уговора, али да је њихова контрола ограничена начелом правне сигурности и правилном да њихови акти не могу утицати на права трећих лица,¹¹⁷ при чему се посебно истиче да ни споразумни престанак важења БИТ-а не може угрозити дугорочне интересе улагача који су заштићени клаузулом продужене примене из чл. 13 БИТ-а између УК и Мађарске (1987).¹¹⁸

Са друге стране, требало би имати у виду да арбитражно веће у поменутом спору разматра, на начелном нивоу, важење клаузула продужене примене у случају споразумног гашења БИТ-а, али се не осврће на специфичну ситуацију коју овде имамо у виду – споразум између држава којим се БИТ ставља ван снаге, уз *изричито одузимање дејствија* оваквим клаузулама. У једном другом арбитражном спору, арбитражни суд сугерише да би овакав споразум држава уговорница могао да му одузме надлежност.¹¹⁹ Утицај на ово питање би могла да има дилема о природи субјективних права установљених БИТ-ом која није разрешена до краја у правној доктрини и арбитражној пракси. Дилема се односи на то да ли међународни уговори о заштити улагања установљавају субјективна права директно за улагаче, дајући им овлашћење да се сами старају о остваривању сопствених права у спору против државе пријема (тзв. директна теорија),¹²⁰ или држава пријема дугује обавезу заштите улагача непосредно другој држави уговорници, при чему се улагачу друге државе уговорнице даје само могућност покретања арбитраже против државе пријема, у циљу реализације права која у суштини остају права државе порекла улагача (тзв. деривативна теорија).¹²¹ Прихватање прве теорије би могло да ојача аргумент да државе уговорнице не могу диспонирати правима улагача без његовог пристанка. Међутим, истиче се и да је схватање како државе не могу елиминисати или изменити стечена

¹¹⁷ *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary*, пасуц 222.

¹¹⁸ *Ibid.*, пасуц 223.

¹¹⁹ Вид. *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/13/35), Award, 9 October 2018. Арбитражни суд је објаснио да приступање Мађарске ЕУ, чак и када би могло да има дејство престанка важења БИТ-а између ове земље и Француске (због неслагласности споразума са оснивачким уговорима ЕУ), није ставило ван снаге клаузулу продужене примене из овог БИТ-а, будући да је неспорно да ниједна од две државе уговорнице није покушала да измени ову клаузулу или да скрати период њеног важења. Вид. параграф 265. Ово имплицира да би државе, на основу споразума, могле да ставе ван снаге *sunset* клаузулу.

¹²⁰ Вид. Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 1/2003, 151-289, 182; C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2nd Edition), Oxford, 2015, 77, 78.

¹²¹ Вид. у овом смислу: *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3), Award, 26 June 2003, пасуц 488; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/50), Award, 21 November 2007, пасуц 168.

права улагача створена међународним уговором у супротности са основним начелом међународног права – да државе морају пристати на то да буду везане међународним уговором и да, самим тим, имају право да тај уговор ставе ван снаге.¹²²

3.3. Престанак важења БИТ-а услед закључења новог споразума

Опција поновног преговарања и закључивања нових споразума представља вероватно најповољнију опцију, посматрано са аспекта политичких и дипломатских односа са другим државама уговорницама. Уколико државе уговорнице новим споразумом изричито ставе ван снаге ранији БИТ, клаузула продужене примене из ранијег БИТ-а би могла да производи дејство само до дана ступања новог споразума на снагу, и то под условом да се прихвати раније поменуто становиште да ову клаузулу активира и споразумно гашење, а не само отказивање БИТ-а од стране једне државе уговорнице.¹²³

Наравно, као што је то случај и са споразумним гашењем без закључивања новог споразума, замена постојећег БИТ-а новим захтева активно учешће и сарадњу друге државе уговорнице. Различити фактори могу утицати на спремност друге уговорне стране да у оваквом процесу учествује. Једна емпиријска студија показује, на основу анализе 177 БИТ-ова који су измењени (путем закључења нових споразума или протокола о измени постојећих), да су основи фактори који мотивишу државе да приступе овом поступку искључиво које су државе имале као тужене у инвестиционој арбитражи, процес придруживања Европској унији и политичке (идеолошке) промене у овим државама.¹²⁴

Положај Србије као државе кандидата у процесу приступања ЕУ је специфичан. Као што је претходно речено, Унија захтева од Србије да приступи реформи постојећих споразума који садрже одредбе о заштити страних улагања.¹²⁵ Такође, тужиоци у инвестиционим арбитражама које су до сада покренуте против Србије су готово искључиво била привредна друштва неке од држава чланица ЕУ.¹²⁶ Због тога је потпуно јасно да је интерес наше земље примарно да регулише статус уговорних аранжмана које има са овим државама.

¹²² Вид. Т. Voon; А. D. Mitchell; R. J. Munro, *op. cit.*, 472.

¹²³ Вид. С. Titi, *op. cit.*, 438.

¹²⁴ Вид. Y. Z. Haftel, A. Thompson, When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration, *The Review of International Organizations*, vol. 13, 1/2018, 25-48, 43.

¹²⁵ Вид. Commission Staff Working Document, Serbia 2020 Report, Brussels, 6.10.2020 SWD(2020)352 final 2020 Progress Report, 114.

¹²⁶ Вид. М. Станивуковић, *op. cit.*, 5.

У овом погледу Србији стоји на располагању билатерални приступ – поновно преговарање са појединим државама чланицама од којих се неке, као што је то случај са Холандијом, налазе у поступку реформисања сопствене мреже билатералних уговора. Међутим, поступак преговарања држава чланица ЕУ у циљу измене постојећег или закључења новог БИТ-а са трећим државама је знатно закомпликован од 2013. године. Наиме, тада је на снагу ступила Уредба о успостављању прелазних аранжмана за билатералне инвестиционе споразуме између држава чланица и трећих држава (у даљем тексту: Уредба).¹²⁷ Уредба се бави последицама чињенице да Унија, од ступања на снагу Лисабонског уговора, има искључиву надлежност да води преговоре у вези са закључивањем уговора у материји заштите инвестиција. Њоме се оставља могућност да држава чланица ипак ступи у преговоре са трећом државом, али се такви преговори могу одвијати под строгом контролом Европске комисије. Држава прво мора да обезбеди сагласност Комисије за ступање у преговоре.¹²⁸ Комисија има могућност да се, у сваком тренутку, умеша у преговоре¹²⁹ и, коначно, даје сагласност држави чланици да договорени текст потпише.¹³⁰

Имајући ово у виду, најпрактичније решење би могло да се пронађе у закључивању новог споразума о заштити улагања са ЕУ. Унија је већ закључила трговинске споразуме са појединим земљама који садрже одредбе о заштити улагања и којима се ван снаге стављају БИТ-ови између држава чланица и те државе. Дobar пример је Свеобухватни економски и трговински уговор између Канаде и ЕУ (ЦЕТА), закључен 2016. године.¹³¹ Њиме су стављене ван снаге одредбе осам БИТ-ова између Канаде и држава чланица ЕУ.¹³²

Препрека за закључење оваквог споразума могла би да буде потенцијална незаинтересованост Уније: тешко је замислити да би значај и обим економских односа ЕУ са Србијом могао да стави нашу земљу на врх дугачке листе земаља са којима се овакви споразуми разматрају. Због тога би Србија своју прилику могла да пронађе у мултилатералном, регионалном приступу.

Напори усмерени на регионалну хармонизацију стандарда за преговарање приликом закључивања уговора о заштити инвестиција су већ отпо-

¹²⁷ Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ (L/351) 40*.

¹²⁸ Чл. 9 Уредбе.

¹²⁹ Чл. 10 Уредбе.

¹³⁰ Чл. 11 Уредбе.

¹³¹ Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement. Текст уговора доступан на: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>.

¹³² *Ibid.*, Анекс 30-А.

чели. Тако су шест држава (територија) Западног Балкана,¹³³ у новембру 2020. године, прихватиле необавезујући документ сачињен под окриљем Савета за регионалну сарадњу (*Regional Cooperation Council*), који садржи усаглашене основе који би требало да служе као полазна тачка приликом закључивања нових споразума о заштити улагања.¹³⁴ Циљ поменутог документа, између осталог, јесте да хармонизује инвестиционе политике тзв. Западно-балканске шесторке са стандардима ЕУ и најбољом међународном праксом.¹³⁵ У њему су прихваћена решења која одсликавају модерне тенденције у погледу садржине међународних уговора о заштити улагања. То се односи, на пример, на ограничавање примене стандарда националног третмана на улагаче „у сличним ситуацијама“; искључење примене стандарда најповлашћеније нације у погледу механизма за решавање инвестиционих спорова из других споразума; прецизирање обавезе пружања поштеног и правичног третмана улагањима, уз предвиђање затворене листе аката који представљају повреду стандарда; утврђивање изузетака који се односе на одговорност за индиректну експропријацију у погледу мера усмерених на постизање легитимних јавних циљева; изричите одредбе о заштити права држава да регулишу друштвене односе; одредбе које се односе на промоцију циљева одрживог развоја и корпоративне друштвене одговорности; ограничавање инвеститорима приступа арбитражном решавању спорова против државе пријема.¹³⁶

Према томе, када је у питању судбина БИТ-ова са државама чланицама ЕУ, препоручљив приступ за Србију би била заједничка иницијатива, са другим земљама региона, усмерена ка ЕУ, у нади да ће Унија деловати у складу са својим прокламацијама и пристати на закључење инвестиционог споразума са државама Западног Балкана. Овакав споразум би могао да реши проблем неусклађености важећих споразума држава региона са оним што ЕУ назива сопственим стандардима, али и да унапред елиминише БИТ-ове чије би постојање свакако било неодрживо од дана ступања ових држава у пуноправно чланство.¹³⁷

¹³³ Албанија, БиХ, Косово (под управом Уједињених нација, на основу Резолуције СБ ОУН 1244), Црна Гора, Северна Македонија и Србија.

¹³⁴ Regional Cooperation Council, *WB6: Regionally Accepted Standards for Negotiating IIAs*, 10 November 2020. Доступно на: <https://www.rcc.int/docs/562/wb6-regionally-accepted-standards-for-negotiating-iias>.

¹³⁵ Вид. Regional Cooperation Council, *Regional Investment Reform Agenda for the Western Balkan Six*, 11 May 2018. Доступно на: <https://www.rcc.int/docs/410/regional-investment-reform-agenda-for-the-western-balkans-six>.

¹³⁶ Regional Cooperation Council, *WB6: Regionally Accepted Standards for Negotiating IIAs*, 2-10.

¹³⁷ Вид. *Slovakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, European Court of Justice, пасуси 58-60.

4. ЗАКЉУЧАК

Спроведена анализа показује да садашњи тренутак пружа прилику за темељну реформу српске мреже двостраних споразума о заштити и подстицању улагања. Опште незадовољство које данас у свету постоји када је у питању прва генерација БИТ-ова, требало би искористити за то да се и наша земља ослободи неадекватних и застарелих одредаба у сопственим уговорима. При томе, промена не мора нужно да означава потпуно напуштање система заштите страних улагања успостављеног на међународном нивоу, већ може да подразумева деловање „изнутра“ – инсистирање на закључивању нових или измени постојећих БИТ-ова. У овом погледу би требало пружити приоритет изменама споразума са државама чланицама ЕУ, који су се у пракси показали најзначајнијим. Окретање директно ЕУ као потенцијалном саговорачу је вероватно најрационалније решење у овом тренутку. Када су у питању БИТ-ови са другим државама, иницијатива за њихову замену би требало да прати листу приоритета сачињену на основу процене потенцијалне опасности од тужби које би могле потицати од улагача билатералних партнера, узимајући у обзир и политичке и дипломатске импликације, и водећи рачуна о томе да унилатерални приступ који се огледа у отказивању споразума представља крајњу меру која тек дугорочно може да донесе извесну корист.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- A. Arcuri, B. Verbeek, The New Dutch Model Investment Agreement: on the Road to Sustainability of Keeping up Appearances?, *Erasmus Law Review*, 4/2019, 37-49.
- A. K. Bjorklund, Arbitration, the World Trade Organization, and a Creation of a Multilateral Investment Court, *Arbitration International*, vol. 37, 2/2021, 433-447.
- Z. Douglas, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 1/2003, 151-289.
- S. Djajic, Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration, у књизи: A. F. Tatham et al. (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović*, 133-159.
- S. Djajić, M. Stanivuković, Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia?, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. II, 1/2021, 53-82.
- П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. LIII, 3/2019, 933-954.

- Y. Z. Haftel, A. Thompson, When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration, *The Review of International Organizations*, vol. 13, 1/2018, 25-48.
- International Institute for Sustainable Development, *Terminating a Bilateral Investment Treaty*, IISD Best Practices Series, March 2020.
- N. Jägers, K. Jesse, J. Verschuuren, The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell, *American Journal of International Law*, 1/2014, 36-41.
- F. M. Lavopa, L. E. Barreiros, M. Victoria Bruno, How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties, *Journal of International Economic Law*, 16/2013, 869-891.
- N. Lavranos, The Changing Ecosystem of Dutch BITs, *Arbitration International*, 36/2020, 441-457.
- C. Lévesque, A. Newcombe, Canada, у књизи С. Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, 2013.
- C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (2nd Edition), Oxford, 2015.
- M. Paparinskis, A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility, *The Modern Law Review*, Vol. 83/6, 2020, 1246-1286.
- M. Станивуковић, Основни елементи за реформу клаузуле о решавању спорова између улагача и државе у двостраним споразума Србије о заштити инвестиција (необјављено).
- M. Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, vol. 9, 33/2012, 127-143.
- L. N. Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, doctoral thesis, London School of Economics and Political Science, London, June 2011.
- C. Titi, Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and reform of International Investment Law, *Journal of International Arbitration*, 33/5 (2016), 425-440.
- UNCTAD, *Recent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform*, IIA Issues Note, Issue 3, August 2021.
- UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York and Geneva, 2015.
- UNCTAD, *IIA Issues Note*, Issue 2, June 2017.
- T. Voon, A. D. Mitchell, Denunciation, Termination and Survival: The Interplay of Treaty Law and International Investment Law, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 31, 2/2016, 413–433.
- T. Voon; A. D. Mitchell; R. J. Munro, Parting Ways: the Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, 2/2014, 451-473.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Potential Reform of Serbian Network of Bilateral Investment Treaties: An Opportunity for a New Beginning

Abstract: *In past several years many states have started a reform of their bilateral investment treaties (BITs). The idea behind this effort is to terminate altogether or to replace the existing BITs, often perceived as unbalanced instruments, focused solely on the protection of investors and containing broad and open language, with new treaties. Serbia is, at the moment, not engaged in such process. The paper offers an overview of the BITs currently in force in Serbia. It also discusses different options for inevitable reform of Serbian BITs, bearing in mind legal, economic and political implications of three alternatives: denunciation (unilateral termination) of the existing BITs, termination by consent and their replacement with new treaties.*

Keywords: *Bilateral Investment Treaties (BITs), foreign investments, investment arbitration, European Union.*

Датум пријема рада: 22.12.2021.

Датум прихватања рада: 23.06.2022.