UDK 346.543(497.11) ; 339.727.22(497.11)

*Dr Vladimir Pavić**

BUDUĆNOST ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA U SRBIJI NAKON SLUČAJA *ACHMEA***

Privlačenje stranih investicija je politički prioritet i predmet različitih zakonskih rešenja u Srbiji, baš kao što je to bio slučaj i u bivšoj Jugoslaviji. Postojeći sistem uglavnom se oslanja na razgranatu mrežu bilateralnih investicionih sporazuma koji, s jedne strane, stranim investitorima garantuju određena prava, a sa druge im omogućuju da direktno tuže pred arbitražom državu u kojoj su investirali za povrede datih garancija. Uporednopravno, ovakav model zaštite prolazi kroz period radikalnog preispitivanja, između ostalog i u svetlu nedavne odluke Evropskog suda pravde u slučaju Achmea. Rad analizira pravni okvir zaštite stranih ulaganja u Srbiji, domašaje i dileme odluke Achmea i potencijalnu strategiju Srbije u pogledu zaštite i privlačenja stranih investicija u svetlu ovih novina.

Ključne reči: *Prava stranaca. – Investicije. – Arbitraža. – Evropsko pravo. – Pravo EU. – Bilateralni sporazumi. – Međunarodno pravo.*

1. UVODNE NAPOMENE

Privlačenje stranih investicija je bio decenijski cilj različitih političkih sistema i garnitura jugoslovenske države. Slično se nastavilo i nakon raspada Jugoslavije – strani investitori i njihov kapital prepoznaju se kao nezaobilazna karika u pokušajima da se ostvari konstatan i visok rast domaće ekonomije.

Kada se po strani ostave deklarativna privrženost gore navedenom kursu, te mere i reforme koje bi olakšale svakodnevno poslova-

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

** Rad predstavlja prilog projektu „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2018. godinu. Autor duguje zahvalnost dr Vladimiru Đeriću, advokatu, i doc. dr Marku Jovanoviću za komentare i sugestije na radnu verziju ovog članka. Svim materijalima na Internetu pristupljeno je 4. novembra 2018.

nje jednako i domaćim i stranim ulagačima, mogu se identifikovati tri glavna sredstva kojima se pokušalo privlačenje stranih investicija: specijalizovani propisi o zaštiti stranih ulaganja, međunarodni sporazumi o zaštiti investicija i izdašne subvencije, po slovu zakona dostupne i domaćim i stranim investitorima.

Istovremeno sa ovim promenama u srpskom zakonodavnom okviru, na međunarodnom planu su u poslednje vreme dovedene u pitanje osnovne premise na kojima počivaju mehanizmi privlačenja i zaštite stranih investicija, a naročito mehanizmi rešavanja sporova između investitora i država u kojima je investirano (države prijema). Najkraće rečeno, sistem tzv. dijagonalnih klauzula i arbitražnog rešavanja investicionih sporova je na udaru kritičara koji smatraju da je netransparentan, otuđen od javnosti i da potencijalno udara u temelje suverenosti i demokratije. Ovaj resentman počeo je da daje i prve rezultate – najavljeno ukidanje mehanizma rešavanja sporova po NAFTA sporazumu o zaštiti stranih investicija,[1] kao i odluku Evropskog suda pravde (nadalje ESP) u slučaju *Achmea*[2] kojim se van snage stavljaju odredbe o mogućnosti arbitražnog rešavanja sporova u intra-EU bilateralnim sporazumima (BIT-ovima). Osim toga, promene u pravnom ustrojstvu Evropske unije i novostečena mogućnost da ona sama sklapa sporazume o zaštiti investicija menjaju dinamiku pregovora i sadržaj novozaključenih dokumenata o zaštiti investicija.

Imajući u vidu sve gore navedene promene, kao i postojeće procese EU integracija u kojima se Srbija nalazi, postavlja se pitanje da li Srbija ima za ove procese spremnu strategiju i odgovor. Ako se po strani ostavi mogućnost prebacivanja težišta isključivo na subvencije, ostaje da se odgovori da li postojeći zakonski propisi i mreža bilateralnih investicionih sporazuma (nadalje BIT-ovi) predstavlja adekvatan (a kamoli optimalan) okvir za privlačenje stranih investicija. Ovaj će rad na to pitanje pokušati da odgovori analizom domaćih propisa, stranih trendova i izvora prava. Rad će pokušati i da identifikuje konkretne poželjne buduće korake koji se mogu preduzeti.

---

1 NAFTA sporazum (North American Free Trade Agreement) treba da zameni USMCA (United States–Mexico–Canada Agreement). U novom sporazumu ukinuta je mogućnost sporova investitor – država na relaciji Kanada – SAD i značajno sužena mogućnost da se to učini na relaciji SAD – Meksiko.

2 *Slovak Republic v Achmea BV* (Case C-284/16).

2. OSNOVNE KARAKTERISTIKE SAVREMENOG SISTEMA ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA I KRITIKE NA POSTOJEĆA REŠENJA

Preovlađujući okvir današnje zaštite stranih investicija jeste kroz međunarodne ugovore (bilateralne i multilateralne) kojima se države međusobno obavezuju da investitorima iz drugih država-ugovornica garantuju određena prava. Zaštita tih prava, pak, ne sprovodi se kroz režim diplomatske zaštite (država spram države) već putem tzv. dijagonalnih klauzula o rešavanju sporova. Dijagonalne klauzule su zapravo jednostrane ponude država prijema da se sporovi reše pred jednim od ponuđenih foruma, a investitor bira onaj koji mu najviše odgovara otpočinjanjem odgovarajućeg postupka. Time se stvara 'dijagonala' između investitora i države u koju investira (države prijema).

Do ovog okvira nije se došlo odjednom, već postepeno. Prva faza oblikovanja prava zaštite investitora protekla je u borbi između pristalica 'diplomatije topovnjačama' i pristalica Kalvo doktrine. Kalvo doktrina predstavljala je ekstremni odgovor na manifestacije sile, propagirajući da stranci ne uživaju nikakva prava van domaćeg pravnog poretka, da su bez 'kopče' sa međunarodnim pravom i da zaštitu svojih prava svakako moraju tražiti pred sudovima države prijema. Kasniji pokušaji da se oslonac nađe u međunarodnom običajnom pravu nisu doveli do ozbiljnijeg pomaka. Mnoge zemlje su u međuvremenu donele i svoje nacionalne zakone kojima su davale preferencijalni tretman stranim investicijama i investitorima. Međutim, tim instrumentima nedostajala je dovoljna postojanost – dok su međunarodni ugovori po pravilu sklapani tako da se ne mogu jednostrano raskinuti tako da raskid proizvodi dejstva bez odlaganja, nacionalni zakoni uvek su podložni izmeni ili ukidanju od strane zakonodavca.[3]

Tek su prvi moderni BIT-ovi premostili tri glavna problema: definisanje standarda zaštite investitora, ireverzibilnost datih garancija za vreme važenja međunarodnog sporazuma i mogućnost da investitor izabere jedan od ponuđenih foruma bez obaveze da spor prethodno iznese pred sud države prijema. U praksi su investitori po pravilu birali arbitražu, naročito po pravilima ICSID Centra pri Svetskoj banci. Trenutno je na snazi oko 3.000 BIT-ova, i broj prijavljenih predmeta iz

3 Korektiv stečenih prava međutim najčešće nije dovoljan da u slučaju ukidanja obuhvati ponuđene procesne garancije u vidu jednostrane ponude države prijema na arbitriranje.

ovih sporazuma je u porastu. Rešavanje sporova i objavljivanje odluka doprinelo je akademskom dijalogu po određenim spornim pitanjima, produbilo i definisalo određene koncepte zaštite, uz neminovnu neujednačenost koja je nužna na obodima kazuističkog pristupa i nepostojanja centralnog kasacionog autoriteta koji bi praksu ujedinio. Ovo je, međutim, karakteristika i međunarodne trgovačke arbitraže, a da nije oduzelo njenoj popularnosti i praktičnoj primeni. Iskustvo govori da dobrovoljna harmonizacija putem ugledanja na najbolje primere često daje bolje rezultate od nametnutih i krutih rešenja.

Osim BIT-ova, danas se prava stranim ulagačima garantuju multilateralnim regionalnim (npr. NAFTA) i sektorskim (*Energy Charter Treaty*) međunarodnim sporazumima. Budući da su transakcioni troškovi multilateralnih sporazuma veći, njihovo pregovaranje po pravilu traje dugo i skopčano je sa teškoćama.[4]

Zamah investicione arbitraže nije bio bez otpora, iz više razloga, od kojih vredi nabrojati samo neke.

S jedne strane, zemlje uvoznice kapitala, uglavnom siromašne, nisu lako primile neke od svojih arbitražnih poraza, kriveći pritom sistem rešavanja sporova, a ne činjenice konkretnog slučaja i nesposobnost domaće političke i administrativne strukture da poštuje date garancije. Verovatnoća da će garancije biti povređene svakako je veća u zemljama upitne vladavine prava i neefikasnog državnog aparata, a upravo je takva situacija u zemljama u razvoju. Naposletku, nepoverenje u pravni i politički sistem je tipičan podsticaj da se obezbedi dodatno osiguranje za investitore u vidu međunarodnog sporazuma i u njemu sadržanih garancija. Statistika investicionih arbitraža ne potkrepljuje percepciju da je reč o mehanizmu u kome države 'stalno gube' a investitori 'stalno dobijaju', što pokazuje i statistika ICSID-a.[5] Slično je i sa ničim utemeljenom percepcijom u domaćoj javnosti da Republika Srbija 'stalno gubi arbitraže'.[6]

4 O ovome svedoči neuspeh TPP sporazuma (*Trans-Pacific Partnership*) nakon što su unutrašnje političke promene rezultirale povlačenjam Sjedinjenih Država.

5 Prema UNCTAD-ovoj statistici uspeh investitora u postupcima je oko 27.9%, v. *http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS*. Naravno, statistika zavisi i od toga kako se definiše 'pobeda', ima i slučajeva u kojima su investitorima dosuđeni izuzetno niski iznosi koji čak ne pokrivaju ni troškove vođenja postupka.

6 Prema podacima koje je autor ovog članka pribavio od Državnog pravobranilaštva Republike Srbije, u proteklih pet godina okončano je 7 investicionih

S druge strane, podrška kritici sistema rešavanja investicionih sporova došla je i iz razvijenih zemalja. Razlozi za ovaj neočekivani obrt verovatno su višestruki. Prvo, u nekadašnjim zemljama u razvoju pojavile su se i snažne multinacionalne korporacije koje su počele da ulažu u razvijenim zemljama. Tok kapitala time je postao dvosmeran i tako otvorio mogućnost da se mehanizmi rešavanja investicionih sporova i garancije investitorima upotrebe i protiv razvijenih ekonomija. Odjednom je postignuto iznenađujuće saglasje – kritičari iz razvijenih zemalja prihvatili su primedbe onih iz nerazvijenih da svojim presudama investicioni tribunali sputavaju suverenost država i sprečavaju ih da donesu demokratske odluke o načinu upravljanja prirodnim resursima, ekološkim pitanjima i tome slično. Ukratko, ova linija kritike bila bi na liniji odbrane suvereniteta, uz primetnu antikorporacijsku notu.

Treća linija kritike jeste percepcija da je postojeći mehanizam netransparentan, da ne omogućava učešće zainteresovanim umešačima, da rasprave nisu u principu otvorene za javnost i da 'u tajnosti' tribunali odlučuju u kapitalnim pitanjima i kažnjavaju države za zakone koji se donose kao plod demokratskog odlučivanja.[7]

Konačno, četvrta linija kritike ima veze sa specifičnostima funkcionisanja EU, odnosno pitanja odnosa prava EU i međunarodnog prava. Ovo načelno pitanje se u poslednje vreme postavilo kao principijelno, ali je svoju najoštriju formu dobilo upravo u odnosu EU prava i međunarodnog investicionog prava. Naime, paralelno sa komunitarnim pravom postoji čitava mreža BIT-ova zaključenih između država

i trgovačkih arbitraža u kojima je tužena bila Srbija (uključujući i entitete koje po zakonu zastupa Državno pravobranilaštvo). Procenat u kojem je Republika Srbija uspela da se odbrani od tužbenih zahteva za naknadu štete u ovim postupcima iznosi: 100%, 100%, 98.1%, 56.6%, 86%, 65.3% i 100%, respektivno.

7 U okviru UNCITRAL-a usaglašena su pravila o transparentnosti u međunarodnoj investicionoj arbitraži – UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based investor-State Arbitration (the „Rules on Transparency"), koja su stupila na snagu 1. aprila 2014. (dostupno na *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html*). Ako šta drugo nije ugovoreno, primenjuju se na arbitraže koje se odvijaju po UNCITRAL arbitražnim pravilima a po investicionim sporazumima zaključenim nakon 1. aprila 2014, a ako se arbitraža zasniva na sporazumu sklopljenom ranije – ako stranke u sporu to dogovore ili ako države ugovornice pristupe tzv. Mauricijskoj konvenciji – Konvenciji Ujedinjenih nacija o transparentnosti u investicionoj arbitraži na osnovu međunarodnih sporazuma, koja je stupila na snagu 2017, dostupno na *http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html*.

članica EU, što je otvorilo pitanje mogućnosti koegzistencije zajedničkog tržišta i jednakog tretmana sa sistemom preferencija, i to sistemom čiji su odnos i hijerarhijska pozicija nejasni u odnosu na pravo EU. Imajući u vidu to da su zemlje EU najvažniji trgovinski partneri Srbije, kao i da je Srbija u procesu pristupanja EU, implikacije evropskih dilema su od potencijalno velikog značaja.

3. PRAVNI OKVIR ZAŠTITE STRANIH ULAGANJA U SRBIJI – TRENUTNO STANJE

Srbija je sve donedavno bila država koja je povoljniji tretman stranim ulagačima garantovala i domaćim zakonskim propisima i mrežom međunarodnih sporazuma.

Na čisto domaćem planu preferencije su se nudile Zakonom o stranim ulaganjima.[8] Reč je o poslednjem u nizu zakona na sličnu temu. Stranim ulagačima oni nikada nisu predstavljali izvor sigurnosti kao međunarodni sporazumi, što i ne čudi. Srbija u ovome nije izuzetak – i u drugim jurisdikcijama zakoni se percipiraju kao slabije zaštitno sredstvo koje država prijema uvek može da ukine ili promeni. Izuzetak su situacije u kojima je takav zakon i jedini instrument koji nudi povlastice (npr. u slučaju mlade države koja je tek stekla svoju samostalnost ili u slučaju entiteta čiji je status upitan u kontekstu međunarodnog prava.

Donošenjem Zakona o ulaganjima[9] ukinut je Zakon o stranim ulaganjima, a iz zakona praktično izbrisane povlastice za strane ulagače. Proklamacije i garancije koje Zakon o ulaganjima sadrži jednako vrede i za domaće i za strane ulagače.[10] Ovime se na zakonskom nivou pozitivna diskriminacija ukida. Zakon formira Razvojnu agenciju Srbije kao glavno telo zaduženo za, između ostalog, i raspodelu subvencija, što i jeste bio pravi fokus zakonske inicijative. Ovaj se rad neće baviti pitanjem subvencija i njihovih raspodela.

8 *Sl. list SRJ*, br. 3/2002 i 5/2003, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 107/2014 – dr. zakon.

9 *Sl. glasnik RS*, br. 89/2015.

10 Za analizu Zakona o ulaganjima v. V. Pavić: „Odlučnim polukorakom napred – osvrt na Zakon o ulaganjima", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* Vol. 64, 1/2016, 67–82.

Ono što preostaje jesu čak 55 BIT-a koje je Srbija potpisala, počev od 1974-te. Uvidom u spisak tih sporazuma,[11] perioda kada su zaključivani i njihovog sadržaja može se doći do nekoliko obeshrabrujućih, ali ne i neočekivanih zaključaka.

Prvo, Srbija je od SFRJ 'nasledila' samo četiri sporazuma. Tokom devedesetih, potpisano je 13 BIT-ova, od kojih čak 8 samo u toku 1996. godine. Ova nagla inicijativa u zgusnutom vremenskom periodu je možda bila i posledica želje da se što pre iskoristi efekat ukidanja sankcija, ali verovatno i shvatanja da se potpisivanja sporazuma o investiranjima mogu u javnosti predstaviti u pozitivnom svetlu.

Nakon 2000. godine zaključen je značan broj sporazuma, ali se iz spiska partnera i ugovorenih tekstova ne može utvrditi da iza izbora zemalja sa kojima se potpisuje ili oblikovanja odredaba pojedinih sporazuma stoji koherentan pristup i strategija. Tako sa nekim velikim trgovinskim partnerima imamo već na prvi pogled zastarele BIT-ove (Francuska), sa nekima su potpisani ali nisu stupili na snagu (Italija), a određene BIT-ove Srbija je zaključila sa zemljama iz kojih se teško mogu očekivati investicije i u koje je malo verovatno da će investirati sprski ulagači, kao i sa zemljama koje obično služe kao usputne stanice za osnivanje *special purpose vehicles* preduzeća. Sa SAD sporazum nije čak ni potpisan.

Upoređivanje bilateralnih sporazuma ne pokazuje jedinstvenu ideju vodilju u načinu na koji su se osmišljavali i definisali pojmovi i standardi zaštite ulagača. Ne postoje indicije da li je i koje BIT-ove Srbija zaključivala koristeći sopstveni tipski (model) BIT kao osnovu pregovaračke platforme.[12] U slučaju da su *travaux preparatoires* oskudni ili nepostojeći otežava se tumačenje kako su ugovornice došle do saglasja o određenom pitanju i kojim su se interesima ili razlozima rukovodile.[13]

---

11 Spisak na sajtu UNCTAD na adresi *http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187?type=c#iiaInnerMenu* potpuniji je od onoga koji vodi Ministarstvo trgovine, turzima i telekomunikacija *http://mtt.gov.rs/download/Pregled%20Zemalja.pdf*, ali sadrži i linkove na tekstove sporazuma koji nisu autentični.

12 Tipski Model BIT Srbije na zvaničnoj stranici Ministarstva trgovine, turizma i telekomunikacija datira iz 2012. godine. Ne postoje saznanja da je pre zvaničnog objavljivanja tipskog ugovora postojala interna verzija korišćena u pregovorima.

13 Za kritiku rešenja sadržanih u srpskim BIT-ovima v. V. Draškoci, „Problem preširoke definicije pojma investicije u dvostranim sporazumima o među-

Ova šarenolikost nije bez posledica, jer odsustvo jasnih indikatora konzistentne strategije i model BIT pozicije otežava tumačenje eventualno spornih odredaba sporazuma. Samo naizgled nevelike razlike u formulaciji standarda zaštite mogu voditi sasvim različitim ishodima, tako da jednaki postupci prema investitorima iz jedne države mogu predstavljati povredu BIT-a, a prema drugim investitorima ne. Mada je uniformnost po ovom pitanju nemoguće postići, određenu dozu harmonizacije jeste. Raznolikost pristupa i formulacija tako nameće dodatni trošak državnim organima – barem onima koji žele da razumeju međunarodnopravne posledice svojih postupaka.

4. SLUČAJ *ACHMEA* I NJEGOVE POSLEDICE

Pitanje odnosa prava EU i međunarodnog prava je u poslednje vreme dodatno dobilo na značaju. Spletom okolnosti, upravo se na pitanju odnosa prava EU i međunarodnog investicionog prava ESP nedavno oglasio odlukom *Achmea* koja ima dalekosežne i za sada ne sasvim jasno sagledive posledice.

Slučaj je pred ESP došao po zahtevu za odluku o prethodnom pitanju (*request for preliminary ruling*) nemačkog Vrhovnog suda.[14] Nemački sudovi su odlučivali po zahtevu za poništaj arbitražne odluke koju je u *ad hoc* arbitraži po pravilima UNCITRAL doneo tribunal sa sedištem u Frankfurtu, a na osnovu holandsko-slovačkog BIT-a iz 1992. godine.[15] Tribunal je holandskom investitoru dosudio 22 miliona evra na ime naknade štete koju je pretrpeo usled promena u slovačkom zakonodavstvu, a koje su bile usmerene na deliberalizaciju tržišta privatnog zdravstvenog osiguranja. Slovačka je i u arbitražnom postupku, a i u postupku poništaja, isticala da je mehanizam rešavanja investicionih sporova arbitražnim putem nespojiv sa pravom EU i da tribunal stoga nije imao nadležnost.

Savetnik suda (*Advocate General*) *Wathelet* je u svom mišljenju stao na stanovište da odredbe BIT-a o rešavanju sporova između inve-

sobnom podsticanju i zaštiti ulaganja između Srbije i stranih država", *Pravo i privreda* br. 5–8/2007, 411–42; M. Jovanović, *Odgovornost države za zaštitu stranih direktnih ulaganja*, doktorska disertacija, neobjavljeno, Beograd 2014, 178–257.

14 BGH I ZB 2/15.

15 PCA slučaj br. 2008–13.

stitora i države prijema nisu u suprotnosti sa pravom EU, konkretno članovima 18, 267 i 344 TFEU.[16] U arbitražnim krugovima ovo je mišljenje pozdravljeno i podržani njegovi osnovni nalazi. Među državama članicama, međutim, ono je naišlo na odijum i zahteve da se ponovo otvori usmena rasprava pred ESP.[17]

Sud je, međutim, odluku doneo upravo suprotno preporukama Savetnika suda. U najkraćem, ESP je stao na stanovište da:

- Članom 344 TFEU,[18] države članice su se obavezale da sporove o tumačenju i primeni prava EU iznose samo pred sudove navedene u EU ugovorima. Ovim se osigurava neprestani 'dijalog' između ESP i evropskih sudova, čime se garantuje uniformnost tumačenja i primene prava EU;
- Članom 267 TFEU[19] omogućava se dijalog između 'centra' i sudske 'periferije' putem preliminarnih referenci ESP;
- Investicioni tribunali koje predviđaju intra-EU BIT-ovi mogu biti i pred zadatkom da tumače ili primene pravo EU, a naročito ono koje se odnosi na osnovne slobode;[20]

16 Case C-284/16 Slovak Republic v *Achmea* BV EU:C:2017:699, Opinion of AG Wathelet (19 September 2017), nadalje '*Achmea*'.

17 V. *Achmea*, paragrafi 24–30.

18 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union *OJ* C 326, 26.10.2012, p. 47–390, „Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein."

19 „The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of the Treaties;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court.

If such a question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State with regard to a person in custody, the Court of Justice of the European Union shall act with the minimum of delay."

20 *Achmea* paragraf 42.

– Arbitražni tribunali, iako potencijalno mogu biti u situaciji da primene ili tumače pravo EU nisu u mogućnosti da se okoriste članom 267 TFEU i deluju van 'orbite' ESP i van 'dijaloga' sudova unutar evropskog sudskog prostora. ESP međutim pravi razliku između tribunala trgovačke arbitraže, koji se 'zasnivaju na volji stranaka', i investicionih tribunala koji se zasnivaju na ugovoru koji su zaključile članice EU. Odredbe o rešavanju sporova kojima se predviđaju investicione arbitraže poput onih koje su sadržane u BITovima države članice krše princip autonomije iz člana 344 TFEU i stoga su takvi mehanizmi protivni pravu EU.[21]

Ovaj 'obračun' ESP sa intra-EU BIT-ovima nije neočekivan. Već neko vreme oni se nalaze na meti Brisela i Komisija je pre nekoliko godina zatražila od država članica da raskinu svoje međusobne BIT-ove.[22] U momentu zaključenja, nijedan od sadašnjih intra-EU BIT-ova nije bio zaključen između dve države članice, a dobar broj je upravo zaključivan između postojećih i budućih (očekivanih) članica.[23] Pristupanjem, ocenjuje Komisija, nestala je potreba za dodatnim garancijama za investitore, jer njih sada štiti pravo EU.

Sa stanovišta nekoga ko se bavi pravom EU, dovođenje principa autonomije do krajnjih konsekvenci nije neočekivano. Onima kojima pravo EU nije preokupacija ili osnovno uporište analize može da upadne u oči to da je konačni ishod *Achmee* to da se investicionim tribunalima ne daje šansa da pitaju ESP o pitanjima prava EU, već im se nadležnost osporava/oduzima zbog toga što će možda morati da se dotaknu i pitanja primene EU prava. Drugim rečima, proporcionalnost nije bitna, zabrana je blanketna i opravdava se time da bi – iz sistema EU sudova i hijerarhije isključeni arbitražni tribunal – nekada mogao da povredi princip autonomije.

---

21 *Achmea* paragrafi 54–56.

22 European Commission – Press release: Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties, dostupno na *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15–5198_en.htm*. Neke zemlje su već postupile po ovom uputustvu.

23 G. A. Berman, „EU Law as a Jurisdictional and Substantive Defense in Investor State Arbitration", u F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration,* Juris 2017, 649, 650.

Achmea odluka otvara brojne dileme, od kojih neke potencijalno mogu da se odraze i na BIT-ove koje je Srbija zaključila sa članicama EU.

Prvo, *Achmea* na prvi pogled izuzima arbitražu trgovinskog tipa iz obračuna sa investicionom arbitražom. Osnov za ovo je to što se komercijalna arbitraža 'slobodno ugovara', za razliku od arbitražnih odredba BIT-a u kojima države dogovorom uklanjaju spor iz domena evropskih sudova i uniformne primene evropskog prava. Šta u slučaju da dve države ugovore komercijalnu arbitražu? Malo verovatno, ali ne i nemoguće. Šta ako država i investitor zaključe kompromis ('slobodno ugovore arbitražu') o sporu iz BIT-a? Opet, malo zamislivo ali ne i nemoguće. Po slovu *Achmee* nije sasvim jasno šta bi prevagnulo, zapovest iz člana 344 TFEU ili 'slobodna volja', kao i da li je problem sa arbitražnim klauzulama u BIT-ovima to što ih ugovaraju dve države ili to što investitor može da bira između već ugovorenih opcija dijagonalne klauzule, a ne i da doda nešto novo. Način na koji je sud ESP ignorisao opservacije Vrhovnog suda Nemačke u pogledu člana 344 TFEU ne doprinosi razrešavanju ove dileme.[24]

Drugo, izreka odluke zatvara samo arbitražni put rešavanja investicionih sporova. Dokle god je BIT na snazi, jedini forum zapravo ostaje sud države prijema, po pravilu jedna od opcija u dijagonalnim klauzulama BIT-ova. Time se, do eventualnog raskidanja intra-EU BIT-ova, opcije rešavanja sporova vraćaju na rešenja koja je zagovarao Kalvo.

Treće, nije do kraja jasno ni šta se dešava sa sporazumima u kojima je jedna od strana ugovornica EU, poput Energetske povelje (*Energy Charter Treaty*). Bilo bi nelogično, a moguće i protivno članu 27 Bečke konvencije da se EU poziva na protivzakonitost usled odredaba svog unutrašnjeg prava.[25]

Četvrto, *Achmea* se ne osvrće na BIT-ove zaključene između članica EU i trećih država. Član 351 TFEU predviđa da međunarodni sporazumi koje su članice zaključile sa trećim državama ostaju na snazi (ovo uključuje i multilateralne sporazume). Uredbom 1219/2012 pred-

24 Paragrafi 15–17 odluke *Achmea* sadrže kratki pregled stavova BGH.

25 V. analizu u B. Hess, „The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice", *MPILux Research Paper* 2018 (3), str. 15, dostupno na *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3152972.*

viđena je mogućnost da i nakon Lisabonskog ugovora i podvođenja stranih direktnih investicija pod 'kapu' zajedničke trgovinske politike, države članice mogu da zaključe nove BIT-ove ili dogovore izmenu postojećih, uz uslov da od Komisije dobiju dozvolu za otvaranje pregovora i dozvolu na konačan tekst. BIT-ovi sa trećim državama ostaju na snazi do eventualnog zaključenja BIT-a između EU i treće države.[26] Odsustvo eksplicitnog razmatranja ovog pitanja u *Achmei* otvara mogućnost da se rezon *Achmee* i princip autonomije iz člana 344 TFEU pojavi kao bitan i u slučaju da je reč o investicionoj arbitraži u kojoj je tužena zemlja članica EU. U svetlu stalnih uveravanja Komisije kako *Achmea* nema veze sa BIT-ovima prema trećim zemljama,[27] takav je ishod ipak teško očekivati. Neki komentatori skreću pažnju na moguće asimetrično (i kako navode 'neoimperijalno') čitanje apstraktno formulisane *Achmee*: ako investitor iz treće zemlje ima problem sa svojom investicijom u EU, princip autonomije nadvladava i takva arbitraža je nedozvoljena, ali obrnuto ne važi: u slučaju da investitor iz EU pokreće spor u vezi sa svojom investicijom u trećoj zemlji takva arbitraža ne bi vređala principe formulisane u *Achmei*.[28]

Peto, i možda i najvažnije, ostalo je nejasno kakve su posledice stava ESP na postupke koji se vode po ICSID pravilima, budući da su isti zasnovani na odredbama Vašingtonske konvencije o rešavanju sporova između država i državljana drugih država[29] i da su drža-

26 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, 20.12.2012, 40–46.

27 Dostupno na: *http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18–4529_en.htm*.

28 Von Daniel Thym, „The CJEU ruling in *Achmea*: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals", dostupno na *http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-Achmea-death.html*: „With regard to existing bilateral agreements of the Member States with third states, the finding may be more ambiguous. If, for instance, a German company complains against expropriation by Pakistan or Algeria, such a case would not usually have on EU law dimension, thus avoiding a direct conflict with the autonomy of EU law. The result may be neo-imperial: within the EU legal order, democratic legislation prevails in cases of conflict, while European companies could rely on pre-existing agreements abroad. It will be difficult, however, to convince third states to sign up to such one-sided agreements in the future. Thus, the end result of the *Achmea* judgment might be nothing less than a restart in international investment protection law."

29 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/67.

ve ugovornice Vašingtonske konvencije preuzele međunarodnu obavezu prema svim saugovornicama da te odluke izvrše. Za razliku od ESP koji investicionu arbitražu gleda kroz prizmu evropskog prava, investicioni tribunali težište stavljaju na drugu stranu. U prvim zabeleženim slučajevima nakon *Achmee*, ICSID tribunali su odbili prigovor nenadležnosti baziran na odluci u slučaju *Achmea*,[30] ali ostaje da se vidi kako će eventualno odlučivati veća za poništaj kao i da li se *Achmea* može koristiti kao opravdanje za neizvršavanje ICSID obaveza. Za očekivati je da i u drugim ICSID arbitražama dođe do isticanja ovakvih prigovora.

Achmea se skladno uklapa u odijum većine institucija EU postojećem sistemu rešavanja sporova između država i investitora putem dijagonalnih klauzula i arbitraže. EU je zagovornik ideje o multilateralnom investicionom sudu kao panacei za percipirane probleme investicione arbitraže, i već je preduzela korake da inicira pregovore o tom projektu. Investitori i praktičari za sada uglavnom ne dele entuzijazam evropskih činovnika.[31]

5. MOGUĆI PRAVCI BUDUĆE STRATEGIJE ZAŠTITE STRANIH INVESTICIJA U SRBIJI

Achmea na prvi pogled nema za metu BIT-ove koje su članice EU zaključile sa trećim državama, uključujući i Srbiju. *Achmea* je, međutim, samo vrh ledenog brega incijativa i promena kojima se pokušava promena temelja trenutnog sistema zaštite stranih ulaganja.

30 ICSID Case No. ARB/12/12 *Vatenfall et al. v. Germany*, Decision on the *Achmea* issue of 31 August 2018, dostupno na *https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf*; ICSID Case No. ARB/14/1 *Masdar v. Spain*, dostupno na *http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1526647372/2018_184118_1342.pdf*; navodi se da je u za sada neobjavljenoj odluci u slučaju ICSID Case No. ARB/13/35 *Cheque Dejeuner v. Hungary* tribunal stao na isto stanovište, v. *https://globalarbitrationreview.com/article/1175480/Achmea-does-not-apply-to-icsid-cases-tribunal-rules*.

31 Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, dostupno na *http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981–2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf*. Za osvrt na ovu ideju v. Sonja Heppner, „A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission", *Dispute Resolution Journal*, Vol 72 No. 2, 2017.

Srbija sada ima već veliki broj zaključenih BIT-ova, dobar deo njih sa članicama EU i razmišljanje o pravcima strategije budućeg privlačenja investicija moglo bi da u obzir uzme i sledeće elemente.

Ako Srbije želi da i u budućnosti garancije stranim investitorima i investicijama daje kroz BIT-ove, postavlja se pitanje da li mrežu postojećih BIT-ova treba proširiti, suziti ili izmeniti. Bilo bi poželjno da ovome prethodi i studija kojom bi se pokušalo da utvrdi u kojoj je meri na dosadašnje privlačenje investicija i odluku stranih investitora da ulažu uticalo postojanje odgovarajućeg BIT-a. Mada ovi podaci ne bi sa sigurnošću predvideli motive budućih investitora, pružili bi određeni uvid u efektivnost ovakvog sistema.[32]

Eventualno proširenje mreže BIT-ova, ako se tako nešto želi, trebalo bi da prati procena potencijalnih efekata – da li je bolje zaključiti sporazum sa državom iz koje već postoji značajan priliv investicija, u nadi da će se on povećati, ili pak sa zemljama sa kojima taj priliv tek treba da se ostvari u značajnijoj meri. Restrikcija mreže BIT-ova predstavljala bi neuobičajan korak, osim ako je motivisana događajima o kojima će biti reči nešto niže.

Na srednji rok bi, međutim, mogla da se razmotri mogućnost otvaranja pregovora o postojećim BIT-ovima koji se identifikuju kao zastareli, nomotehnički neadekvatni ili nedorečeni u svetlu značajnog razvoja međunarodnog investicionog prava. Iako ove aktivnosti ne mogu da daju plod na kratak rok, na duži bi svakako doprinele ujednačavanju spektra garancija koje Srbija nudi, a dodatna preciziranja standarda zaštite, pojma investicije i definicije zaštićenih investitora bi doprineli pravnoj sigurnosti.

Što se tiče investicione politike naspram EU, prethodno pitanje je da li je i u kom roku izvesno ili veoma očekivano pristupanje Srbije EU. Za sada o tome ne postoje jasne naznake. Mada se periodično ponavljaju obećanja i posvećenost obe strane u postupku, cilj za sada niti može da se jasno vidi, niti da se nasluti. Stoga je verovatno smislenije poći od pretpostavke da na srednji rok Srbija neće pristupiti EU već

32 Neke od studija na ovu temu (ali bez fokusa na Srbiju) mogu se naći na *https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/assessing-impacts-investment-treaties.pdf*, kao i u radu M. Busse, J. Königer, P. Nunnenkamp, „FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?", *Review of World Economics*, 2010, 146(1), 147–177, dostupno na *https://doi.org/10.1007/s10290–009–0046-x*.

će nastaviti pristupni proces. U takvoj hipotezi ima smisla i preispitati politiku zaštite investicija prema investitorima iz EU. Zamisliva su najmanje tri pravca:

– Prva strategija bi bila pokušaj da se sa EU direktno otvori postupak pregovora o novom sporazumu kojim se štite investicije. Uspešno pregovaranje proširilo bi krug zaštićenih investitora i na članice EU sa kojima Srbija nema BIT-ove. S druge strane, strategija EU u nekim do sada zaključenim sporazumima jeste da insistira na potpuno novom načinu rešavanja investicionih sporova – stalnom sudu sastavljenom od arbitara koje su delegirale obe ugovorne strane i jednom broju neutralnih arbitara.[33] Imajući u vidu veliku razliku u broju raspoloživih kvalifikovanih arbitara koji na raspolaganju stoji EU i Srbiji, svakako da koncept nije najrećniji u perspektivi. Takođe, zamisao po kojoj tako postavljeni arbitri dobijaju paušalnu naknadu da bi bili na usluzi u slučaju izbijanja spora[34] dodatno ograničava krug lica koja su voljna da se toga prihvate, a da istovremeno imaju i adekvatne kvalifikacije. Osim toga, otvaranje ovakvih pregovora verovatno bi bilo shvaćeno i kao prećutno priznanje da nema indicija kada bi se postupak pristupanja mogao uspešno okončati. Stoga je

33 Ovakva su rešenja sadržana u sporazumima sa Kanadom, Vijetnamom i Meksikom – EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA), Free Trade Agreement between Mexico and the European Union (FTA EU-MX). Međutim, u sporazumu sa Singapurom zadržan je dosada preovlađujući arbitražni sistem, v. član 3.6. Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Singapore, dostupno na *http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7980–2018-INIT/en/pdf*. Za kritike ideje EU o investicionim sudovima v. P. Bernardini, „The European Union's Investment Court System – A Critical Analysis", *ASA Bulletin*, 2017, Volume 35 Issue 4, 812–836; G. Kaufmann-Kohler, M. Potesta, „Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with introduction of permanent investment tribunal or an appeal mechanism?", *Geneva Center for International Dispute Settlement,* 2016, dostupno na *http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf*.

34 V. za detalje P. Stothard, K. McDougall, C. Long „The EU's proposed reform of ISDS Investment court systems: the future or a fiasco?", *International Arbitration Report* 2017 – Issue 8, str. 8, dostupno na *http://www.nortonrosefulbright.com/files/international-arbitration-review-issue-8–148807.pdf*.

ovaj pristup iz praktičnih i političkih razloga malo verovatan. Osim ovoga, postupak pregovaranja i eventualne ratifikacije sporazuma koje zaključuje EU do sada se pokazao značajno komplikovanijim kada se radi o sporazumima 'mešovitog karaktera', a takvi su oni koji u sebi sadrže i odredbe o zaštiti portfolio investicija i o rešavanju investicionih sporova između investitora i država. Takve sporazume moraju da ratifikuju sve države članice EU.[35]

– Druga strategija bio bi početak pregovora o raskidanju postojećih BIT-ova koje Srbija ima zaključene sa članicama EU. Ova strategija imala bi smisla u svetlu *Achmee* ukoliko se pristupanje Srbije EU shvata kao neminovnost, ako se proces pridruživanja značajno ubrza u bližoj budućnosti ili kao način da se na osnovu reakcije druge strane testira stvarna posvećenost srpskim evrointegracijama. Strategija bi imala opravdanje i ako se usvoji asimetrično ('neoimperijalno') čitanje odluke *Achmea*.[36]
– Treća strategija bi bila da se sa članicama EU sa kojima Srbija ima zaključene BIT-ove otvore pregovori u cilju njihove izmene i modernizacije. Neke članice EU već su se opredelile da pristupe izmenama svojih postojećih BIT-ova za trećim državama (državama koje nisu članice EU). Nacrt novog holandskog Model BIT-a,[37] na osnovu koga Holandija namerava da modernizuje svoju postojeću mrežu BIT-ova, predviđa neka rešenja koja bi svakako trebalo razmotriti: oduzimanje zaštite tzv. *mailbox* kompanijama osnovanim u Holandiji, jačanje uloge propisa o zaštiti ljudskih prava, životne sredine i propisa o radu koji su na snazi u zemlji prijema, kao i obavezu da zemlja prijema poštuje međunarodne obaveze koje je preuzela u tim oblastima.[38] Prednost ove strategije bilo bi i to da je

35 V. mišljenje ESP o ovim pitanjeima broj 2/15 od 16. maja 2017, dostupno na *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CV0002%2801%29*.

36 Za takvu bojazan v. Von Daniel Thym, *op. cit.*

37 Dostupno na *https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-buitenlandse-zaken/documenten/publicaties/2018/10/26/modeltekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden*.

38 V. pismo holandskog Ministarstva spoljnih poslova Parlamentu u vezi sa Model BIT-om *https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/10/26/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden/ka-*

postupak moguće uklopiti u postojeću evropsku regulativu i raspodelu zadataka, tj. Uredbu 1219/2012.[39]

Vladimir Pavić, PhD, S.J.D.
Full-Time Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

THE FUTURE OF INVESTMENT PROTECTION IN SERBIA AFTER *ACHMEA*

Summary

Serbia (and former Yugoslavia) have devoted considerable efforts in order to attract foreign direct investment. The current system of guarantees to foreign investors predominantly relies on bilateral investments treaties, which guarantee certain rights for foreign investors and allow them to directly initiate arbitrations against the host state for any breach thereof. However, this very model is undergoing a comprehensive reappraisal on international plane. In particular, ECJ decision in the *Achmea* case has attracted considerable attention and its ramifications are still analyzed. This paper analyzes the legal framework of foreign investment protection in Serbia, ramification of the *Achmea* decision and the potential strategy of Serbia in this regard and in light of the recent developments.

Key words: *Foreign direct investment. – Arbitration. – EU law. – Bilateral investment agreements. – International law.*

merbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden.pdf. Osim ovoga, Model predviđa i novu platformu za pregovore o rešavanju sporova: tribunal koji u celosti imenuje organ imenovanja (poput Generalnog Sekretara PCA) do uspostavljanja projekta EU o multilateralnom sudu za investicije.

39 *Supra* fn. 26.