Оригинални научни рад 339.727.22:341.24
doi:10.5937/zrpfns50-12739

Др Петар М. Ђундић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

ОБАВЕЗА ТРАНСПАРЕНТНОГ ПОНАШАЊА ДРЖАВЕ ПРИЈЕМА УЛАГАЊА ПРЕМА СТРАНОМ УЛАГАЧУ*

***Сажетак**: Одредбе о обавези транспарентног понашања државе пријема улагања према страним улагачима све чешће налазе своје место у двостраним међународним споразумима о заштити улагања. Њихов циљ је да се улагачу обезбеде све информације које се односе на правни оквир улагања и које су му неопходне како би могао да донесе одлуку у вези са својим улагањем. Поједине одредбе о транспарентности су по свом домашају толико широке да захтевају од државе пријема да улагачу омогући учешће у поступку доношења државне мере која би могла погодити његове интересе. Са друге стране, арбитражна пракса традиционално види обавезу транспарентног понашања као један од елемената садржине стандарда поштеног и правичног третмана, мада још увек није обезбедила довољно јасан одговор на питање каква је тачно улога овог елемента и какав је његов однос према другим елементима стандарда. У овом раду садржана је анализа одредаба о транспарентности у двостраним споразумима о заштити улагања Републике Србије. Други део рада је посвећен анализи арбитражних одлука у којима је о обавези транспарентног понашања државе одлучивано као о елементу стандарда поштеног и правичног третмана.*

***Кључне речи**: заштита страних улагања, транспарентност, двострани споразуми о заштити улагања, поштен и правичан третман.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања у 2016. години у оквиру Пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

Према схватању исказаном у студији Конференције Уједињених нација за трговину и развој (*United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD*), појам транспарентности је тесно повезан са питањима подстицања и заштите страних улагања.[1] Транспарентност, према овом документу, означава стање у којем су учесници у поступку улагања у позицији да једни од других добију информације довољне да би на основу њих могли да донесу одговарајуће одлуке и испуњавају своје обавезе у вези са улагањем.[2] Према једном другом, ширем гледишту, овај појам је основа материјалноправног елемента владавине права и у контексту правних норми које служе заштити страних улагача он је уједно и темељ постојања правног режима заштите, јер је последица једноставног аксиома – да би се субјекти права поштовали правне норме оне им претходно морају бити познате.[3]

Мада се у савременим условима све чешће говори о „двостраности" обавезе транспарентног понашања, у смислу да она подразумева обавезе и за страног улагача а не само за државу пријема улагања, традиционални циљ њеног успостављања је био да служи заштити улагача, тако што би елиминисала трошкове и ризике повезане са њиховим улагањима.[4] Због тога се појам транспарентности јавља у двостраним међународним споразумима о заштити и подстицању улагања (енг. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: двострани споразуми о заштити улагања)[5] и помиње у арбитражним споровима које покрећу улагачи против држава пријема улагања, а чију јурисдикциону основу управо чине овакви споразуми. Није, међутим, до краја јасно у чему се састоји обавеза државе. Да ли она подразумева само дужност државе да објави законске и подзаконске акте који се односе на материју улагања? Да ли се она може посматрати шире – као дужност државе да саопшти улагачу одлуку коју је донела у вези са конкретним инвестиционим пројектом или намеру да измени правни режим улагања? Да ли транспарентност подразумева једино да су улагачу у управном или судском поступку који води у циљу заштите својих права доступне информације неопходне за вођење поступка?

[1] UNCTAD, *Transparency* (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements), New York and Geneva 2004, 1.

[2] *Ibid*.

[3] Вид. K. J. Vandevelde (Вандевелде), *Bilateral Investment Treaties (History, Policy and Interpretation)*, New York 2010, 397.

[4] UNCTAD, *Transparency* (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements), A Sequel, New York and Geneva 2012, 1.

[5] Ови споразуми чине нормативну основу правног режима заштите страних улагања у савременим условима. Вид. С. Ђајић, О циљном тумачењу међународних уговора о заштити страних улагања: од преамбуле до преамбуле, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015, 578.

О обавези транспарентног понашања која је нормирана двостраним споразумима о заштити улагања може се говорити на два начина. Прво, она се традиционално сматра елементом стандарда поштеног и правичног третмана улагача (енг. *fair and equitable treatment standard*), који неизоставно садрже сви савремени споразуми ове врсте. Због тога се одговори на нека од претходно наведених питања могу пронаћи у арбитражној пракси која се односи на примену овог материјалноправног стандарда заштите. Са друге стране, у одређеном броју двостраних споразума о заштити улагања појам транспарентности се помиње изричито и успостављају се обавезе држава уговорница чија садржина варира, будући да зависи од формулација употребљених у самом споразуму. Циљ овог рада је да пружи приказ арбитражних одлука у којима потенцијална одговорност државе за повреду права страног улагача зависила од поштовања начела транспарентности као дела стандарда поштеног и правичног третмана, да их систематизује и да одговор на питање у чему се састоји понашање државе које може довести до повреде обавезе транспарентног понашања. Пре тога, међутим, упутно је дати кратак приказ одредаба о транспарентности у двостраним споразумима о заштити улагања које је до данас закључила Република Србија.

2. ОДРЕДБЕ О ОБАВЕЗИ ТРАНСПАРЕНТНОГ ПОНАШАЊА У ДВОСТРАНИМ СПОРАЗУМИМА О ЗАШТИТИ УЛАГАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У двостраним споразумима о заштити улагања релативно ретко се јављају одредбе које изричито говоре о обавези транспарентног понашања држава уговорница.[6] То је случај и са споразумима које је закључила Република Србија. Наиме, од 52 двострана споразума о заштити улагања у којима је једна од уговорних страна наша земља,[7] тек 13 садржи помињање појма транспарентности. Ови споразуми се могу поделити у неколико категорија према обиму и сложености обавеза које установљавају. У прву категорију спадају они у којима се обавеза државе уговорнице у контексту стварања повољних услова за улагање улагача из друге државе уговорнице помиње на општи начин, без било каквог додатног квалификатива. То је, на пример, случај са ст. 1 чл. 2 споразума на снази између Србије и Кипра:

„Свака Страна уговорница ће подстицати и стварати стабилне, једнаке, повољне и *транспарентне* услове за улагаче друге Стране уговорнице како

[6] Вид. K. J. Vandevelde, 398.

[7] Списак споразума је доступан на интернет страници Комисије Уједињених нација за трговину и развој: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/187.

би вршили улагања на њеној територији и дозвољавати таква улагања у складу са својим законима и прописима.“[8]

Осим начелне обавезе стварања транспарентних услова за улагање улагача из друге државе уговорнице, чини се да оваква одредба не захтева предузимање активности изван оних које и иначе спадају у делокруг државних органа – објављивање закона и других прописа који се односе на улагање.

У другој групи се налазе споразуми који садрже детаљније разрађене одредбе о транспарентности. Њима је посебно регулисана обавеза објављивања појединих информација које могу утицати на улагање или примену споразума. Тако споразум са Финском предвиђа:

„Свака Страна уговорница ће одмах објавити, или на други начин учинити јавно доступним, своје законе, прописе, процедуре и административна правила као и опште примењиве судске одлуке, као и међународне споразуме који се могу односити на улагања улагача друге Стране уговорнице на територији прве.“[9]

У појединим споразумима из ове категорије обавеза је ограничена на објављивање закона и прописа и додатно условљена тиме да се објављивање врши „у складу са законима и прописима“ државе уговорнице и „у мери у којој је то могуће“.[10] Са друге стране, постоје споразуми којима се намеће знатно шира обавеза државе да обезбеди приступ јавности не само законима, прописима, управним и судским одлукама, већ и „директивама“ и „смерницама“ које могу утицати на примену споразума или на улагање улагача друге државе уговорнице.[11] Потребно је истаћи да овакве, широко дефинисане одредбе о транспарентности са собом носе значајно оптерећење у финансијском и техничком смислу за државе пријема улагања, посебно када је реч о земљама у развоју.[12]

Међу двостраним споразумима о заштити улагања Србије посебно се издваја онај закључен са Босном и Херцеговином. Његова специфичност је

---

[8] *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 14/2005. Нагласак аутора. Идентичну одредбу садрже двострани споразуми закључени са Аустријом (2001), Мађарском (2001), Либијом (2004) и Словенијом (2002).

[9] *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 10/2005, ст. 1 чл. 15. Требало би водити рачуна о томе да се српска верзија текста споразума разликује од верзије на енглеском језику у којој се наводи обавеза објављивања административних одлука („*administrative rulings*“). У верзији на српском језику се ова обавеза помиње као обавеза објављивања „административних правила“.

[10] Вид. ст. 3 чл. 3 споразума са Уједињеним Арапским Емиратима (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 3/2013).

[11] Вид. ст. 2 чл. 3 споразума са Кувајтом (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 2/2005).

[12] Вид. UNCTAD (2012), 18 и 20. Одредбе оваквог карактера садрже још и споразуми закључени са Швајцарском (2005), Азербејџаном (2011) и Индонезијом (2011).

у томе што садржи обавезу држава уговорница да пруже информације о начину на који закони, прописи, одлуке, административне процедуре, праксе или политике друге државе уговорнице могу утицати на улагања обухваћена споразумом, *на захтев друге државе уговорнице*.[13]

Коначно, најшире је постављена обавеза држава уговорница у погледу транспарентности у споразуму који је Србија 2014. године закључила са Канадом.[14] Одредба чл. 12 који је посвећен наведеном питању захтева од уговорница не само да учине доступним законе, прописе, поступке и одлуке донете у управном поступку у стварима које се тичу споразума,[15] већ и да, на захтев друге државе уговорнице, пруже информацију о утицају који државна мера може имати на улагање заштићено споразумом. [16]

Овај споразум је специфичан нарочито због тога што предвиђа да улагач из једне државе уговорнице, у одређеној мери учествује у поступку усвајања мера које могу утицати на његово улагање. Наиме, споразум предвиђа обавезу државе уговорнице да, у мери у којој је то могуће, омогући заинтересованом лицу и другој држави уговорници да се упознају са предлогом мере коју намерава да усвоји и да овим субјектима пружи „разумну могућност“ да се изјасне о предлогу.[17] Према ставу који је изнет у студији Комисије Уједињених нација за трговину и развој од 2012. године, постоји бојазан да би одредбе ове врсте могле да изложе процес одлучивања у државама пријема улагања утицају страних компанија.[18]

Неке од поменутих одредаба намећу значајне обавезе и подразумевају активно деловање државних органа какао би избегли оптужбе да је дошло до повреде обавезе по основу двостраног споразума о заштити улагања. Поменута нормативна решења нису, наравно, карактеристична само за споразуме које је закључила Србија и оне се све учесталије јављају у међународним уговорима других земаља. Ипак, у арбитражној пракси до сада нема примера за спор који би укључивао тврдњу да је повређена одредба о транспарентности. Оптужбе улагача да се држава пријема улагања понашала нетранспарентно су у пракси, барем за сада, искључиво везане за тврдњу да је држава повредила стандард поштеног и правичног третмана улагања. У наредном делу рада биће речи о обавези транспарентног понашања као елементу стандарда поштеног и правичног третмана и тумачењу ове обавезе у арбитражној пракси.

---

[13] Вид. ст. 2 чл. 9 (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/2002).
[14] *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2015.
[15] Ст. 1 чл. 12.
[16] Ст. 3 чл. 12.
[17] Ст. 2 чл. 12.
[18] UNCTAD, (2012), 22.

3. ОБАВЕЗА ТРАНСПАРЕНТНОГ ПОНАШАЊА ДРЖАВЕ КАО ДЕО СТАНДАРДА ПОШТЕНОГ И ПРАВИЧНОГ ТРЕТМАНА УЛАГАЊА

Према схватању које је широко распрострањено у правној доктрини и арбитражној пракси, чак и када двострани споразум о заштити улагања не садржи изричиту одредбу о транспарентности, обавеза државе у том погледу је присутна прећутно, преко одредбе о стандарду поштеног и правичног третмана.[19] Међутим, ни у овом контексту није јасно у чему се тачно састоји понашање власти државе пријема улагања које може довести до повреде наведене обавезе. Арбитражне одлуке у којима се помиње појам транспарентности се најчешће задржавају на констатацији да је транспарентно понашање део стандарда поштеног и правичног третмана. Тако арбитражни суд у предмету Салука против Чешке Републике, тумачећи одредбу чл. 3 двостраног споразума о заштити улагања између Чешке и Холандије (1991) која садржи наведени стандард, констатује да:

„Страни улагач чији су интереси заштићени Споразумом има право да очекује да се Чешка Република неће понашати на начин који је очигледно недоследан, *нетранспарентан*, неразуман (тј. невезан за одређену рационалну политику) или дискриминаторан (тј. заснован на неоправданом разликовању).“[20]

У случајевима у којима арбитражни судови покушавају да ипак утврде садржину транспарентног понашања, показало се да таква одређења не доносе значајну практичну корист будући да подразумевају неку врсту апсолутне обавезе државе коју је готово немогуће испунити:

„Страни улагач очекује од државе домаћина да се понаша на доследан начин, ослобођен сваке двосмислености и потпуно транспарентно у својим односима са њим, тако да су њему унапред позната сва правила и прописи који регулишу његова улагања, као и циљеви релевантних политика или административна пракса или упутства, како би био у стању да планира своје улагање и поштује наведене прописе.“[21]

---

[19] Вид., на пример, J. W. Salacuse (Салакјуз), *The Law of Investment Treaties*, New York 2010, 237. Такође, R. Kläger (Клегер), *“Fair and Equitable Treatment” in International Investment Law*, New York 2011, 235.

[20] *Saluka Investment BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, 17 March 2006, пасус бр. 309. Нагласак аутора.

[21] *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003, пасус бр. 154. Вид., такође, *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v Republic of Chile* (ICSID Case No ARB/01/7), 25 May 2004, пасуси бр. 114, 115 и *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (LCIA Case No. UN 3467), Final Award, 1 July 2004, пасуси бр. 185, 186. За критику наведеног гледишта као

Одакле потичу тешкоће у дефинисању конкретних обавеза држава када је реч о транспарентности као елементу стандарда поштеног и правичног третмана? У тужбама страних улагача против држава пријема улагања недостатак транспарентности се најчешће помиње као допунски аргумент за тврдњу да је држава повредила неки други елемент стандарда поштеног и правичног третмана.[22] Због тога није могуће донети закључак о томе шта конкретно ова обавеза значи без увида у арбитражну праксу која говори о корелацији транспарентности и других елемената садржине стандарда. Када се анализирају арбитражне одлуке у којима се говори о транспарентности као делу стандарда поштеног и правичног третмана, може се закључити да се овај појам уобичајено помиње у контексту права улагача на законити поступак одлучивања о његовим правима (1) и у вези заштитом легитимних очекивања ових субјеката (2).

1. Транспарентност у управном или судском поступку

У арбитражној пракси која се односи на решавање инвестиционих спорова између улагача и држава пријема улагања помиње се обавеза државе да се понаша транспарентно у административним поступцима у којима учествује страни улагач.[23] У оваквим поступцима могућност страног улагача да заштити своја права зависи од тога да ли има приступ информацијама које су му неопходне за вођење поступка. О транспарентности у овом контексту говори арбитражни суд у предмету Вејст Менаџмент II, у којем је истакнуто да повреда стандарда поштеног и правичног третмана може да наступи као последица „потпуног одсуства транспарентности и отворености у управном поступку.“[24]

Тако је, на пример, у предмету Металклад против Мексика одсуство јасних правила о томе да ли је америчком улагачу била неопходна грађевинска дозвола издата од стране општинских власти за изградњу складишта опасног отпада (за шта је претходно добио дозволу савезних власти), као и одсуство било какве устаљене праксе и поступка у вези са начином на који локалне власти поступају са захтевима за издавање ових дозвола, било довољно за одлуку арбитражног већа да је Мексико повредио обавезу транспа-

„сувише широког“ вид.: *White Industries Australia Limited v. The Republic of India* (UNCITRAL), Final Award, 30 November 2011, пасус бр. 10.3.6.

[22] Вид. R. Kläger, 234.

[23] C. F. Dugan (Дуган), D. Wallace (Волас), Jr., N. Rubins (Рубинс), B. Sabahi (Сабахи), *Investor-State Arbitration*, New York 2009, 519.

[24] *Waste Management Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, April 30, 2004, пасус бр. 98.

рентности, а преко тога и обавезу поштеног и правичног третмана.[25] На одлуку арбитражног суда је утицала и чињеница да је одлука којом се улагачу ускраћује грађевинска дозвола донета на седници општинског градског већа о којој улагач није ни обавештен, нити му је пружена могућност да на њој учествује.[26] Слично томе, у предмету Сименс против Аргентине, арбитражно веће је закључило да је тужена држава повредила обавезу пружања поштеног и правичног третмана улагачу тако што му је онемогућила приступ документима који су му били неопходни да би у управном поступку поднео жалбу против одлуке надлежног министарства о раскиду уговора.[27]

У наведеним случајевима обавеза транспарентног понашања се преплиће са обавезом државе да улагачу обезбеди оно што се у англосаксонској правној традицији назива правом на законити поступак (енг. *due process*) а у европском континенталном систему права правом на правично суђење (енг. *fair trial*).[28] Право на законити поступак као елемент стандарда поштеног и правичног третмана обухвата, у најширем смислу, забрану спровођења неправичног судског или управног поступка: пристрасност органа одлучивања, пропуштање да се саслуша странка о чијим правима се одлучује, ускраћивање права на избор правног заступника, дискриминацију или другу врсту злоупотребе поступка.[29] Поступак пред надлежним органом државе пријема улагања који је нетранспарентан због тога што улагачу није омогућено да у њему учествује или да се упозна са чињеницама или материјалом неопходним да би у њему заштитио своја права на адекватан начин представља повреду поменуте гаранције и повреду стандарда поштеног и правичног

---

[25] *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000, пасус бр. 88.

[26] *Ibid*., пасус бр. 91. Одлука у предмету Металклад против Мексика је значајна и због тога што је покренула расправу о питању да ли одредба Северноамеричког споразума о слободној трговини (*North American Free Trade Agreement*) која улагачима држава уговорница гарантује поштен и правичан третман, *у складу са међународним правом*, обухвата у себи и обавезу транспарентног понашања. Наиме, на основу тужбе коју је поднео Мексико пред канадским судом (судом државе седишта арбитраже), суд Британске Колумбије је поништио део арбитражне одлуке који се тицао стандарда поштеног и правичног третмана, са образложењем да је арбитражно веће своју одлуку донело на основу повреде обавезе транспарентног понашања која није изричито предвиђена у поглављу Споразума о заштити улагања. Одлука о поништају може се посматрати као тумачење према ком обавеза транспарентности не постоји као елемент стандарда поштеног и правичног третмана и да ужива заштиту само када је то изричито предвиђено. Вид. A. Diehl (Дил), *The Core Standard of International Investment Protection – Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn 2012, 445.

[27] *Siemens A.G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007, пасуси бр. 308, 309.

[28] Вид. члан 6 Еуропске конвенције о људским правима и основним слободама.

[29] Вид. A. Diehl, 432.

третмана. Због тога не чуди то што поједини двострани споразуми о заштити улагања садрже изричите одредбе о томе да су државе уговорнице дужне да улагача обавесте о покретању оваквог поступка и да му пруже прилику да у овом поступку изнесе чињенице и аргументе у циљу заштите својих субјективних права.[30] Арбитражна пракса, која је додуше у овом погледу сиромашна, показује ипак да неће свако одступање од правила поступка које утиче на његову транспарентност представљати уједно и повреду поменутог стандарда.[31] Одговорност државе, према томе, није апсолутна[32] и зависи од околности конкретног случаја.[33]

2. Обавеза транспарентног понашања и легитимна очекивања улагача

Појам транспарентности је уско повезан са легитимним очекивањима улагача.[34] Приликом одлучивања да ли ће предузети улагање у одређеној земљи, улагач има у виду одговарајући правни оквир на снази у датом тренутку и на основу тога формира своја очекивања у погледу трошкова и профитабилности пословног подухвата.[35] Да би могао да формира оваква очекивања, улагачу мора бити познат правни оквир улагања јер се поменута очекивања управо заснивају на овом правном оквиру.[36] У одређеном смислу обавеза транспарентног понашања и обавеза поступања у складу са легитимним

[30] K. J. Vandevelde, 401. Аутор као примере наводи поједине споразуме које су закључиле САД.

[31] Вид. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* (ICSID Case No.

ARB/99/2), Award, June 25, 2001, пасус бр. 364. Такође, *Waste Management Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, April 30, 2004, пасус бр. 98.

[32] Вид. A. Diehl, 446.

[33] Одлука у предмету *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* показује да одговорност државе пријема не мора нужно да зависи ни од чињенице да ли су поштована правила поступка на снази у држави пријема. У овом случају је арбитражно веће нашло да Естонија није повредила обавезу да улагачу омогући законити поступак али да је, иако је одузимање дозволе за рад улагачевој банци спроведено у складу са домаћим правом, Централна банка Естоније предузела низ мера које нису биле у складу са „општеприхваћеном банкарском и регулативном праксом." Између осталог, представник тужиочеве банке није позван на седницу Савета Централне банке Естоније и није му омогућено да одговори на оптужбе које су довеле до одузимања дозволе. Вид. пасус бр. 364. По свему судећи, одлука арбитражног суда је била заснована на чињеници да је одузимање дозволе за рад, у светлу свих околности, ипак било оправдано. Вид. пасус бр. 363.

[34] R. Dolzer (Долцер), C. Schreuer (Шројер), *Principles of International Investment Law*, Second Edition, Oxford 2012, 149.

[35] Вид. П. Ђундић, Легитимна очекивања као елемент стандарда поштеног и правичног третмана страних улагања у арбитражној пракси, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* бр. 2/2014, 337, 338.

[36] Вид. J. W. Salacuse, 237.

очекивањима улагача представљају две стране исте медаље. Док код легитимних очекивања држава утиче на пословну одлуку улагача тако што се понаша супротно очекивањима која је код њега створила изричитим обећањима или својим понашањем, одсуство транспарентности подразумева утицај који је остварен тиме што улагачу нису саопштене информације неопходне да би он донео прорачунату одлуку. Арбитражна пракса показује да се веза између два појма јавља на још један начин – као што је код повреде легитимних очекивања потребно утврдити да се улагач ослонио на ова очекивања и због тога претрпео штету,[37] нетранспарентно понашање државе мора бити такво да је заиста утицало на одлуку улагача у погледу конкретног инвестиционог пројекта.

У арбитражној одлуци донетој у спору МТД против Чилеа, одговорност тужене државе била је заснована, између осталог, на пропуштању да се малезијски улагач упозна са прописима који су утицали на могућност реализације његовог грађевинског подухвата.[38] Одлука арбитражног већа није, међутим, била резултат само ове чињенице, имајући у виду да би држава пријема улагања носила несразмерно тешку обавезу уколико би била одговорна за то да улагач познаје прописе земље у којој улаже. Арбитражни суд се начелно сагласио са тврдњом Чилеа да је улагач дужан да се упозна са прописима на снази у држави пријема улагања.[39] Одговорност државе је проистекла из тога што је својим понашањем створио код улагача заблуду, односно очекивање да је његово улагање у складу са прописима. Наиме, улагање тужиоца у изградњу стамбеног насеља у предграђу Сантијага је одобрила Комисија за страна улагања Чилеа, да би улагач накнадно открио да грађевински пројекат није у складу са локалним прописима и да захтева претходну измену плана просторне регулације. Након више од две године од тренутка када су представници тужиоца први пут ступили у контакт са властима у вези са реализацијом улагања, министар задужен за просторно планирање је обаветио улагача да неће дати своју сагласност за промену намене земљишта јер је то супротно усвојеној политици урбанистичког развоја.[40] Пропуштање представника државе да упозоре улагача на то да је за спровођење његовог плана потребна измена локалних прописа је утицало на одлуку да улагање буде извршено. У одлуци арбитражног већа се наглашава да је дужност тужене државе била да обезбеди доследно понашање званичника који су је представљали у контакту са улагачем.[41] У суштини,

---

[37] Вид., на пример, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States* (UNCITRAL), Arbitral Award, January 26, 2006 , пасус бр. 147.

[38] *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA v Republic of Chile* (ICSID Case No ARB/01/7), Award, 25 May 2004, пасус бр. 165.

[39] *Ibid*., пасус бр. 164.

[40] *Ibid.,* пасус бр. 165.

[41] *Ibid*.

нејасноће у вези са условима за реализацију улагања су биле последица ове недоследности.[42]

Одлука у случају Микула против Румуније је специфична због тога што се одговорност државе пријема заснивала на пропуштању да се улагачима саопшти решеност да се измене прописи који су представљали темељ њихових очекивања у вези са улагањем. Спор је настао поводом улагања тужилаца у једну од слабије развијених области Румуније. Током 1998. године Румунија је усвојила пропис на основу којег је субјектима који улажу у ове области омогућен читав низ пореских и царинских олакшица, као и финансијска помоћ државе.[43] Према тврдњама тужилаца, они су донели одлуку о улагању заснивајући своја очекивања на овом пропису као „јасном и недвосмисленом" уверавању да ће режим олакшица обухватати период од десет година (1999-2009).[44] Према схватању арбитражног већа, значајан део улагања које су извршили улагачи је заиста рализован управо као резултат њиховог ослањања на поменути режим.[45] Систем подстицаја је међутим укинут већ у фебруару 2005. године, а укидање је било последица обавезе преузете од стране државе у преговорима о приступању Европској унији.[46] У образложењу арбитражне одлуке се наводи да је укидање представљало повреду стандарда поштеног и правичног третмана, између осталог, јер је било „недовољно транспарентно."[47] Арбитражни суд је закључио да је, од тренутка када је током 2003. године постало јасно да ће држава морати да напусти режим подстицаја, настала дужност Румуније да тужиоце о томе обавести.[48] Пропуштање да се то учини довело је до повреде двостраног споразума о заштити улагања између Румуније и Шведске (2003).[49]

Поменути случај показује јасну везу између легитимних очекивања улагача и обавезе транспарентног понашања државе – очекивања су заснована на правном оквиру улагања, али на њихово постојање може да утиче

[42] Слично овоме: *Saluka Investments BV v The Czech Republic* (UNCITRAL) Partial Award, 17 March 2006, пасуси бр. 420-425. Арбитражно веће је закључило да је Чешка повредила стандард поштеног и правичног третмана због тога што холандском улагачу није било јасно предочено које услове мора испунити да би његова банка добила финансијску помоћ државе. При томе су позиције Владе и Народне банке у овом погледу биле различите. Вид. пасус бр. 424.

[43] Вид. *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania* (ICSID Case No ARB/05/20), Award, 11 December 2013, пасуси бр. 145-148.

[44] *Ibid*., пасус бр. 252. Систем подстицаја улагања је на основу румунских прописа подразумевао да улагачи прибаве одговарајуће сертификате од надлежног органа. Сертификати које су прибавили тужиоци су важили до 1. априла 2009. године. Вид. пасусе бр. 173-176.

[45] *Ibid.,* пасус бр. 721.

[46] *Ibid.,* пасус бр. 244.

[47] *Ibid.,* пасус бр. 864.

[48] *Ibid.,* пасус бр. 866.

[49] *Ibid.,* пасус бр. 870.

пропуштање да се улагач унапред обавести о променама тог оквира на његову штету од тренутка када те промене постану извесне и неминовне. У доступној арбитражној пракси, међутим, постоји бар једна одлука која представља основ за тврдњу да оваква обавеза не настаје ако је легислативна промена представљала само неизвесну могућност и ако надлежне власти нису биле упознате са садржином те промене.[50]

Коначно, у две арбитражне одлуке се говори о одговорности државе пријема због тога што је донела одлуку која је утицала на могућност реализације улагања, али је пропустила да ту одлуку саопшти улагачу. Обавеза транспарентног понашања државе је била у средишту спора у случају Текмед против Мексика. Арбитражно веће је одлучило да је Мексико повредио обавезу пружања поштеног и правичног третмана шпанском улагачу због тога што је надлежни орган одбио да друштву у својини улагача обнови дозволу за управљањем опасним отпадом, у ситуацији када пропусти у управљању који су наведени као разлог за такву одлуку нису представљали стварну претњу за здравље људи или животну средину.[51] Одсуство транспарентности је у овом случају имало двоструку улогу. Прво, арбитражно веће је закључило да власти нису на време обавестиле улагача о пропустима у његовом раду због којих су намеравале да му ускрате дозволу за рад, нити су му пружиле прилику да се о томе изјасни.[52] Такође, одлука је била оправдана чињеницом да су мексичке власти, услед притиска локалне заједнице, заправо већ донеле одлуку да дозвола неће бити продужена без обзира на то што су претходно са улагачем постигле споразум о измештању складишта на другу локацију. Пропуштање да се ова одлука јасно саопшти улагачу је имала за последицу повреду стандарда поштеног и правичног третмана.[53] Према схватању арбитражног већа, улагач је могао да се у доброј вери поузда у то да ће моћи да настави обављање делатности за време које је разумно потребно како би изместио делатност на погоднију локацију.[54]

Слично томе, у случају Нордцукер против Пољске спор је настао због тога што су немачком улагачу пропали планови у вези са куповином више

[50] Вид. *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (ICSID Case No. ARB/05/8), Award, September 11, 2007, пасус бр. 342: „Треће, чињеница да је Град Вилнус знао за намеру законодавца да измени одређене законе, не значи да му је била позната садржина тих измена. Заиста, чињенична грађа не показује да је Град Вилнус био у поседу било каквих конкретних информација које би указивале да ће измене закона утицати на Уговор.“ У истом пасусу се налази констатација да тужена држава „није намерно пропустила да обавести тужиоца о могућим изменама закона.“

[51] *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, 29 May 2003, пасус бр. 162.

[52] *Ibid.*

[53] *Ibid.,* пасус бр. 164.

[54] *Ibid.,* пасус бр. 160.

државних шећерана, иако је тужилац претходно победио на тендеру за избор купца.[55] Из комуникације са надлежним органима тужилац је закључио да је поступак закључивања купопродајних уговора у току и да се одвија без проблема.[56] Међутим, у једном тренутку су пољске власти престале да одговарају на писма улагача у вези са плановима за реализацију куповине. Ћутање надлежних власти је трајало готово три месеца.[57] Арбитражни суд је закључио да је Пољска заправо била незадовољна ценом која је постигнута на јавном тендеру и да је надлежно министарство било под притиском услед протеста узгајивача шећерне репе који су се противили продаји.[58] Према схватању арбитражног већа, пољско Министарство финансија је одустало од продаје шећерана Нордцукеру, али током периода од шест месеци није ово саопштило тужиоцу јер се паралелно одвијао процес оснивања новог привредног друштва у своји државе у чији састав су на крају ушле поменуте шећеране.[59] Арбитражни суд је у својој одлуци наговестио могућност да је Пољска током овог периода свесно држала у заблуди улагача да ће продаја бити реализована, чувајући продају као резервну опцију у случају пропасти политички прихватљивијег решења (стварања новог државног привредног друштва), чиме је повредила стандард поштеног и правичног третмана.[60]

На основу доступних одлука из арбитражне праксе се може закључити да веза између транспарентности и легитимних очекивања улагача као елемената стандарда поштеног и правичног третмана постоји у још једном смислу – повреда обавезе транспарентног понашања може бити основ одговорности државе само ако је недостатак информација утицао на процес одлучивања улагача из којег је за њега проистекла штета. То је случај чак и у ситуацији када арбитражни суд закључи, као у предмету Нордцукер против Пољске, да је тужена држава повредила обавезу транспарентног понашања али не и легитимна очекивања улагача.[61] Као што је предуслов за повреду легитимних очекивања чињеница да се улагач, на сопствену штету, ослонио на обећања добијена од представника државе или на њен правни оквир,[62] тако је код обавезе транспарентног понашања неопходно да је улагач претрпео штету ослањајући се на заблуду која је код њега створена недостатком информација. На пример, у МТД против Чилеа штета за тужиоца се засто-

[55] *Nordzucker AG v The Republic of Poland* (UNCITRAL), Second Partial Award, 28 January 2009.

[56] *Ibid*., пасуси бр. 22, 23.

[57] *Ibid*., пасус бр. 36.

[58] *Ibid.,* пасус бр. 64.

[59] *Ibid*., пасус бр. 74.

[60] *Ibid.,* пасус бр. 74-77.

[61] *Ibid*., пасуси бр. 86-90.

[62] Вид. П. Ђундић, 338.

јала у томе што је извршио улагање у пројекат за који се касније испоставило да не може да буде реализован у складу са правом државе пријема улагања. У предметима Текмед против Мексика, Нордцукер против Пољске и Микула против Румуније на одлуку од пресудне важности за улагање је утицао недостатак информација за који је била оптужена држава пријема. Тако је у случају Текмед против Мексика пропуштање власти да саопште улагачу како дозвола за управљањем складиште отпада неће бити продужена, иако је претходно постигнута сагласност о измештању локације складишта, онемогућила је тужиоца да „неутралише или умањи негативне економске последице затварања тако што би наставио своје економске и пословне активности на другом месту.“[63] Арбитражни суд је у спору Нордцукер против Пољске закључио да је пропуштање државе да саопшти улагачу да је одустала од продаје шећерана довело до тога да је тужилац изгубио најмање пола године за „алтернативне инвестиционе планове“ и проузроковало непотребне трошкове.[64] Коначно, у случају Микула против Румуније одговорност државе је била заснована на чињеници да је Румунија задржала за себе информацију да ће систем подстицаја бити укинут неколико година раније у односу на рок који су имали у виду улагачи приликом доношења одлуке о улагању.[65]

4. ЗАКЉУЧАК

Одредбе о обавези транспарентног понашања држава уговорница у односима са страним улагачима из друге државе уговорнице све су чешће део двостраних споразума о заштити улагања. У појединим случајевима обавеза о којој је реч је детаљно разрађена тако да понекад подразумева чак и учешће улагача у процесу доношења мере која би могла утицати на његово улагање. Међутим, арбитражни судови нису до данас одлучивали о повреди одредаба о транспарентном понашању као о самосталном основу одговорности државе. Са друге стране, арбитражна пракса третира обавезу транспарентног понашања као елемент стандарда поштеног и правичног третмана улагања. У овом контексту се појам транспарентности обично јавља у вези са другим елементима стандарда – обавезом да се улагачу обезбеди законити поступак приликом одлучивања о његовим правима и обавезом да се поштују легитимна очекивања улагача. Арбитражна пракса показује још једну карактеристику случајева у којима се помиње појам транспарентности.

---

[63] *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, пасус бр. 164.

[64] *Nordzucker AG v The Republic of Poland*, пасус бр. 95.

[65] *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania*, пасуси бр. 252, 721.

Одсуство транспарентног понашања државе пријема улагања не представља основ одговорности само по себи. За наступање одговорности је неопходно да је недостатак информација заиста утицао на одлуку коју је донео улагач у вези са улагањем или на његову могућност да заштити своја права у управном или судском поступку.

Petar M. Đundić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

Obligation of the Host State to Act Transparently towards the Foreign Investor

***Abstract**: Provisions on obligation of a host state to act transparently towards foreign investors increasingly often find their way into bilateral investment treaties. Their goal is to provide the investor with all information concerning the investment's legal framework and which he needs in order to make an informed decision with regard to his investment. Certain provisions on transparency are so broad in their scope that they demand from the host state to provide an investor with a possibility to participate in the process of adoption of a state measure that could affect his interest. On the other hand, in arbitral practice the obligation to act transparently is traditionally seen as one of the elements of the fair and equitable treatment standard, although the practice has not so far provided a clear answer as to what is the exact role of this element and what is its relationship with other elements of the standard. The paper contains an analysis of transparency provisions from bilateral investment treaties concluded by the Republic of Serbia. The second part of the paper is dedicated to analysis of arbitral awards in which tribunals considered the transparency obligation as a part of the fair and equitable treatment standard.*

***Keywords**: protection of foreign investment, transparency, bilateral investment treaties, fair and equitable treatment.*

Датум пријема рада: 17.12.2016.