Ilija Rilaković,

student master studija Pravnog fakulteta, Univerzitet u Beogradu

JEDNAK I RAVNOPRAVAN TRETMAN STRANIH ULAGAČA*

SAŽETAK: Svetska ekonomska kriza koja traje već više od četiri godine i dalje ima značajan uticaj na razvoj ekonomije u Srbiji. Došlo je do smanjenja stranih direktnih investicija, a privlačenje novih investitora postaje sve teži zadatak. Poznato je da „kapital voli sigurnost” te će strani ulagač pre poslovnog poduhvata u bilo kojoj zemlji dobro proučiti poslovno okruženje koje u njoj vlada. Pošto se uveri da postoji odgovarajući stepen sigurnosti i izvesnosti, odlučice se da uloži u datu zemlju. Izuzetak od tog pravila nije ni Srbija. Stoga važan kriterijum koji mora biti ispunjen jeste zaštita stranog ulagača, odnosno investicije. Cilj ovog rada je da se prikažu najvažniji aspekti tretmana stranih ulagača u svetlu međunarodnih standarda, kao i domaćih propisa.

KLjučne reči: strana ulaganja, jednak i ravnopravan tretman, zaštita ulaganja, Zakon o stranim ulaganjima, bilateralne konvencije

1. UVOD

Sudeći po naslovima pisanih i štampanih medija, Srbija je (postala) raj za strana ulaganja. Čak je i Kristofer Forbs u svojoj poseti Beogradu izjavio da Srbija ima dobre mogućnosti za strana ulaganja. Ako se barem nešto od predviđenog ostvari, u Surčinu ćemo imati najveći kargo centar na Balkanu, najmoderniji teren za polo u Evropi, fabriku čipova u Nišu... Šta će od svega toga biti, pokazaće vreme.

* Rad je primljen 6. 11. 2013. godine.

No, ono što je nama ovde zanimljivo jeste to da se o stranim ulaganjima ili investicijama mnogo više saznaje, kao što smo videli, iz medija i od političara, te da o ovoj temi nema mnogo literature na srpskom jeziku.

Imajući u vidu koliki je privredni značaj ulaganja za našu zemlju, i zemlje u tranziciji, onda je jasno da je ovu oblast potrebno detaljno i pažljivo regulisati, pogotovu jer „kapital voli sigurnost”. To je verovatno i bio razlog da ovo postane ustavna kategorija na osnovu čega strana lica imaju jednak položaj na tržištu kao i domaća. Pored toga, prava stečena ulaganjem kapitala na osnovu zakona, ne mogu zakonom biti umanjena.¹ Detaljnija razrada ustavnih normi se nalazi u Zakonu o stranim ulaganjima, Zakonu u o javno-privatnim partnerstvima i drugim posebnim zakonima². Takođe, značajan izvor prava su bilateralne konvencije (*bilateral investment treaties* – u nastavku BIT) kojima se uređuju odnosi naše zemlje sa drugim zemljama u pogledu zaštite ulagača. Srbija ima značajan broj zaključenih BIT (oko pedesetak), a poslednji u nizu je Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja.³ Strane ugovornice se obavezuju da obezbede, između ostalog, **pravičan i ravnopravan tretman, punu zaštitu i bezbednost** (*fair and equitable standard of treatment [FET] and full protection and security*). Ovo su standardi koji predstavljaju sastavni deo mnogih BIT.

O ovim standardima nije mnogo pisano kod nas, iako imaju veliku važnost. U ovom radu pokušaću da dam odgovore na to kakav je njihov praktičan značaj, šta zapravo znače, čemu služe kao i na mnoga druga pitanja. Najpre ćemo se upoznati sa generalnom funkcijom i regulacijom, zatim kakav je stav teorije, dok će u drugom delu biti reči o tome kakav je sadržaj ovih standarda i kako se najčešće definišu u ugovorima o ulaganju.

Zbog obima materije i relativno malo dostupne literature, za potrebe ovog rada nastojaću da izložim samo najvažnije stvari koje se tiču pravičnog i ravnopravnog tretmana.

2. ZAŠTITA STRANIH ULAGANJA I IZVORI PRAVA

Kao što je već pomenuto, kapital voli sigurnost. Takođe, kapital ne poznaje granice. Zato je važno obezbediti povoljno (poslovno) okruženje, u kojem će postojati izvesnost u pogledu sigurnosti stranih ulaganja. Jedan od najznačajnijih elemenata stabilnog poslovnog okruženja jeste dobar pravni sistem, koji uključuje kvalitetne zakone, njihovo ispravno sprovođenje i efikasnost pravo-

¹ Ustav RS, *Službeni glasnik RS* br. 98/06, čl. 84.

² *Službeni list SRJ*, br. 03/02 i 05/03.

³ *Službeni glasnik*, Međunarodni ugovori br. 03/13.

sudnog sistema. Ukoliko ne postoji pravna sigurnost ili postoje izgledi da ona bude znatno ugrožena (a time automatski biva ugrožena i sigurnost stranih ulaganja), investitora načelno ništa ne sprečava da svoj kapital povuče i preseli u drugu zemlju.

Ovo je samo jedan od mogućih rizika koji prate strana ulaganja. Zato se nameće potreba da se uvedu odgovarajuća pravna sredstva i mehanizmi kojima bi se rizici predupredili ili njihove negativne posledice svele na minimum. Pored zakonske regulacije na nacionalnom nivou, razvijeni su naročiti pravni standardi koji eliminišu potencijalne rizike. Ovi standardi se najčešće nalaze u bilateralnim i multilateralnim ugovorima između država, što čini najvažniji izvor prava u ovoj oblasti.

Bilateralni sporazumi o zaštiti investicija su međunarodni ugovori kojima države ugovornice međusobno garantuju primenu odrađenih standarda u tretmanu investicija subjekata nacionalne pripadnosti jedne strane ugovornice na teritoriji druge.⁴ Ovi ugovori propisuju materijalnopravne standarde zaštite ulaganja stranih državljana i društava, a s druge strane procesnopravne mehanizme za ostvarenje te zaštite u arbitražnom ili sudskom postupku.⁵

Pravni standardi koji su najviše zastupljeni u BIT su zabrana ugrožavanja ulaganja diskriminatorskim merama (a naročito zabrana eksproprijacije ili nacionalizacije stranog ulaganja), pravičan i ravnopravan tretman (FET), puna zaštita i bezbednost, klauzula najpovoljnije nacije, kao i nacionalni tretman stranog ulagača. Tako se stranim ulagačima garantuje pravna sigurnost, nezavisno od naknadnih izmena zakona u zemlji domaćina (*host state*). Među navedenim standardima ključno mesto zauzima FET na čijem osnovu je izgrađena bogata arbitražna praksa.

Što se tiče multilateralnih konvencija, one nisu tako brojne kao BIT jer je teško uskladiti više različitih interesa i pravnih sistema, pa tako ne postoji jedan sveobuhvatan dokument koji reguliše tretman stranih ulaganja, kao što je to na primer slučaj sa Bečkom konvencijom koja reguliše međunarodnu prodaju robe. Ipak, postoji nekoliko važnih međunarodnih dokumenata koji se bave pojedinim pitanjima stranih ulaganja – Međunarodni kodeks pravednog tretmana stranih ulaganja iz 1949, Kodeks liberalizacije kretanja kapitala iz 1961, Smernice Međunarodne trgovačke komore za strana ulaganja iz 1976, Sporazum o trgovinskim aspektima stranih ulaganja Svetske trgovinske organizacije iz 1994, Severnoamerički sporazum o slobodnoj trgovini (*North American Free Trade Agreement* – NAFTA) i drugi.⁶ Konvencijom o rešavanju investicionih

⁴ G. Rakić, „Pravna zaštita stranih ulaganja”, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2010, 19.

⁵ D. Babić, „Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012, 399.

⁶ G. Rakić, *nav. delo*, 20.

sporova između država i državljana drugih država osnovan je Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (ICSID⁷), čiji smo i mi potpisnici.⁸

3. POREKLO FET STANDARDA

Na osnovu dostupne literature, i to uglavnom stranih autora, uglavnom postoji saglasnost da je FET proizvod okolnosti koje su nastale u periodu nakon Drugog svetskog rata. Naime, to je vreme kada počinje period dekolonizacije. U novonastalom posleratnom poretku u novim državama dolazi do direktne eksproprijacije putem nacionalizacije, koja je praćena odbijanjem zemlje domaćina (nove države) da nadoknadi oduzetu imovinu stranom ulagaču (uglavnom iz bivše kolonijalne sile). Želja da se zaštiti novostečena nezavisnost sukobila se sa opštepriznatim ekonomskim koristima koje potiču od stranih ulaganja.⁹ Naravno, ulagači su bili zabrinuti za sigurnost svojih ulaganja, odnosno imovine, zbog mogućih poteza zemlje domaćina koji su mogli imati negativan uticaj na ulagače, tj. njihovu imovinu. U slučaju da usled akcija zemlje domaćina ulagaču bude prouzrokovana šteta, ulagač je jedino mogao da se osloni na diplomatsku zaštitu, koju mu je mogla omogućiti njegova zemlja.¹⁰ To je bio posredni način zaštite prava ulagača koji je zavisio od volje zemlje domaćina da se angažuje u takvom postupku zaštite.¹¹ Svakako da je to poprilično nesiguran način rešavanja problema. Osim toga, postavlja se pitanje kako bi se rešili sporovi sa onim zemljama sa kojim tek oslobođena kolonija nema diplomatsko-konzularne odnose?

Sve navedeno je bio osnov da se počne razmišljati kako da se ovi problemi reše. Tako se krenulo u pronalaženje nekog međunarodnog instrumenta koji bi bio potencijalno prihvatljiv za obe zainteresovane strane (zemlju domaćina i ulagača). Prvi pokušaj da se nešto učini po ovom pitanju je bila Havanska povelja iz 1948. godine, pripremljena kao podloga za osnivanje Svetske trgovinske organizacije (*World Trade Organization* – STO).¹² Smisao Povelje je bio ne samo međunarodna trgovina, već i da se ohrabri ekonomski razvoj, naročito u zemljama u razvoju. U čl. 11. Povelje predviđena je nadležnost organizacije *to assure just and equitable treatment* ulagačima zemalja članica.¹³ Međutim,

⁷ International Centre for Settlement of Investment Disputes

⁸ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> (pristupljeno 15. 5. 2013).

⁹ I. Tudor, „The Fair and Euitable Treatment in the International Law of Foreign Investment” Oxford Scholarship Online, 2009, 1.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² United Nations „Fair and Equitable Treatment” Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.III), New York and Geneva, 1999, 14.

¹³ http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf (pristupljeno 15. 5. 2013).

ova Povelja nije ratifikovana zbog nedostatka podrške. Istu sudbinu je doživeo i Ekonomski sporazum iz Bogote (Economic Agreement of Bogota) iz 1948.

Nakon toga, tokom pedesetih godina je zaključen niz sporazuma o prijateljstvu, trgovini i saradnji (*Friendship, Commerce and Navigation treaties* – FCN). Najviše FCN sporazuma su zaključile Sjedinjene Američke Države¹⁴, trasirajući time put za nove vidove saradnje među državama. Tako ni Nacrt konvencije o ulaganju u inostranstvu (Draft Convention on Investments Abroad)¹⁵ nije bio suštinski različit od pomenutih ugovora SAD. On je posebno favorizovao zemlje izvoznice kapitala.

Tokom šesdesetih i sedamdesetih godina su zaključeni brojni BIT, od kojih se prvi samo implicitno „izjašnjavaju” o FET standardu. To se suštinski menja sedamdesetih godina kada najveći broj BIT u sebi sadrži eksplicitno definisan FET standard.¹⁶ Ponovo, neki značajniji uspeh sa multilateralnim sporazumima nije postignut. Međutim, postoje dva značajna sporazuma koja su direktna strana ulaganja regulisala na regionalnom nivou. To su Lomejske konvencije (*Lome Conventions I, II, III and IV*) i NAFTA. Lomejske konvencije su zaključivane između zemalja Pacifika, Afrike i Kariba. NAFTA sporazumom su Kanada i Meksiko dobili pristup tržištu SAD, a kompanije SAD veću slobodu delovanja.

4. ZNAČENJE FET STANDARDA

FET je zamenio eksproprijaciju kao jedan od najvažnijih standarda u zaštiti stranih ulaganja. Na njega se pozivaju u skoro svakoj međunarodnoj investicionoj arbitraži. Danas se dobre tužbe investitora baziraju upravo na ovom standardu.¹⁷

Kao što smo videli, FET nije ništa novo u investicionoj praksi. FET se definiše kao apsolutni standard zaštite koji se primenjuje na investicije u datom slučaju, bez obzira na to kako se druga ulaganja i ulagači tretiraju u zemlji domaćina. Tako se vlada zemlje domaćina ne može odupreti zahtevima koji proističu iz ovog standarda time što bi se pozivala na to da ne postoji razlika u tretmanu koji imaju drugi strani ulagači, koji u njoj posluju.

U vezi sa primenom BIT, primarni cilj i svrha FET standarda je bila zaštita od različitih situacija kroz koje se manifestuje „nepravda”, kao na primer proizvoljno ukidanje dozvola, „uznemiravanje” stranog ulagača naknadama i kazna-

¹⁴ UNCTAD, 14.

¹⁵ <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf> (pristupljeno 15. 5. 2013).

¹⁶ UNCTAD, 15.

¹⁷ http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/99_fair_equit_treatm_zuerich.pdf (pristupljeno 25. 4. 2013).

ma ili pak stvaranjem drugih prepreka koje otežavaju njegovo poslovanje. FET omogućuje popunjavanje pravnih praznina, pošto se ne mogu sva nefer ponašanja države domaćina podvesti pod konkretne norme sadržane u BIT, a koje se tiču zabrane diskriminacije ili zaštite vlasništva stranog ulagača.

Uprkos vrlo razvijenoj sudskoj, odnosno arbitražnoj praksi u ovoj oblasti, kao i velikom broju stručnih radova, ne postoji jedna univerzalno prihvaćena definicija FET standarda. U jednoj studiji Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova, izdvojeno je sedam kategorija različitih (pokušaja) određivanja FET standarda.¹⁸ Dakle, koje sporazume, odnosno ugovore poznaje praksa:

1. sporazume koji garantuju ulagačima FET bez ikakvog pomena međunarodnog prava ili kakvog kriterijuma za određivanje sadržaja standarda;
2. sporazume kojima se utvrđuje pravo ulagača da imaju FET ne manje povoljan nego što se daje sopstvenim ulagačima ili ulagačima trećih država;
3. sporazume koji povezuju FET sa obavezom da se zemlja domaćin uzdrži od ugrožavanja ulaganja putem nerazumnih i diskriminatornih mera;
4. sporazume kojima se zahteva da garancije FET budu u saglasnosti sa načelima međunarodnog prava;
5. sporazume koji paralelno zahtevaju da FET bude u saglasnosti sa načelima međunarodnog prava, i pored toga izričito identifikuju neke druge zahteve;
6. sporazume koji FET čine zavisnim od zakonodavstva zemlje domaćina; i
7. na kraju, neki od sporazuma skorašnjeg datuma¹⁹ pružaju znatno preciznije odrađen domašaj FET standarda. Oni obavezuju ugovorne strane da usaglase svoje sporazume sa minimumom standarda koje pruža običajno međunarodno pravo.

5. ELEMENTI FET STANDARDA

Kao što je već rečeno, ne postoji jednoobrazna definicija niti određenje FET standarda, koja bi bila dovoljno fleksibilna da obuhvati sve potencijalne povrede ovog standarda. No, zadatak prava i nije da kazuistički nabraja sve potencijalne situacije jer bi u nekom trenutku neki životni događaj ostao neregulisan. Zato se pribegava pravnim standardima, koji će omogućiti da se regulišu željeni životni događaji.

¹⁸ http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf (pristupljeno 8. 5. 2013).

¹⁹ BIT zaključen između SAD i Urugvaja iz 2005. godine prema UNCTAD, „Trends in Investment Rulemaking” New York and Geneva, 2007.

Međutim, uprkos neposotojanju saglasnosti oko definicije, postoji načelna saglasnost o elementima koji čine FET, a koji se izvode iz bogate arbitražne prakse. U nastavku ću izložiti više o zaštiti opravdanih očekivanja ulagača, zabrani zlonamernog postupanja, zaštiti proceduralnih prava i transparentnosti u donošenju i sprovođenju odluka koje se tiču ulagača.

5.1. Opravdana očekivanja (*legitimate expectations*)

Doktrina legitimnih očekivanja je doktrina javnog prava prema kojoj zakon štiti pojedince od promena koje prave vladina tela. To se čini tako što se pojedincima daje pravo u upravnom odlučivanju, iako to može da se proširi na davanje pojedincima prava na konkretnu odluku tela ili posebnu nacionalnu politiku.²⁰ Prema tome, zaštita ulagačevih opravdanih očekivanja prema postojećoj arbitražnoj praksi je ključni element FET.

Kako smo već videli, ovaj i ostale elemente su oblikovali arbitražni sudovi, pa ćemo se sada osvrnuti na neke od najviše citiranih odluka.

U slučaju *Tacmed v. Mexico* navodi se da odredba sporazuma, uzimajući u obzir princip savesnosti koji je ustanovljen međunarodnim pravom, zahteva da tužena ugovorna strana postupa tako da ne izneveri osnovana očekivanja koja je investitor imao zaključujući ugovor o ulaganju. Strani ulagač može osnovano očekivati da država domaćin dosledno poštuje princip pravičnosti, da nje-ne odluke budu jasne i transparentne²¹, da ulagači budu unapred obavešteni o promenama koje utiču na njihova prava, kako se ne bi ugrozila njihova pravna sigurnost. Osim toga, strani ulagač može osnovano očekivati da mu država domaćin neće jednostrano opozvati bilo koju odluku ili dozvolu, prethodno dodeljenu, a da za to ne postoji valjani pravni osnov.²²

Prema oceni suda u predmetu *Saluka v. Czech Republic*, FET treba shvatiti kao ponašanje koje, ako već proaktivno ne podstiče ulazak stranog kapitala, barem ne sprečava ulaganje time što obeshrabruje strane ulagače. Odluka o ulaganju se temelji na proceni na celokupnom stanju prava poslovnog okruženja u vreme ulaganja kao i na očekivanja ulagača da će ponašanje države u koju ulaže nakon ulaganja biti pošteno i pravično.²³

No ipak, bilo bi potpuno suprotno prirodi BIT da ograničavaju suverenost jedne zemlje (domaćina) da suvereno uređuje svoj pravni sistem, naročito u oblasti stranih ulaganja. Tako BIT ne garantuju apsolutnu nepromenljivost

²⁰ A. P. G. Pandya „Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration” London School of Economics, 2011, 53.

²¹ Transparentnost je tesno povezana sa opravdanim očekivanjima, i o tome će biti reči u nastavku.

²² G. Rakić, nav. delo, 86.

²³ *Ibid.*

pravnog sistema. Potvrdu za to nalazimo u arbitražnoj presudi u slučaju *Parkerings-Campagniet AS v. Lithuania*, prema kojoj svaka država ima neotuđivo pravo da sprovodi svoju suverenu zakonodavnu vlast, a ulagači moraju očekivati da će pravo države u koju ulažu vremenom evoluirati, s tim što država ne sme delovati nepošteno, nerazumno i neprimereno.²⁴ Dalje u istoj odluci se navodi da je ispitivanje javnih interesa zbog kojih je određena mera donesena posebno važan element odlučivanja u FET standardu.

Treba napomenuti da se opravdana očekivanja ulagača ne odnose samo na vreme početka ulaganja već i na razumno vreme nakon toga.²⁵

5.2. Transparentnost (*transparency*)

Transparentnost povećava sigurnost investicija kroz dostupnost saznavanja onoga što se kod nas naziva informacijama od javnog značaja. Nasuprot tome, transparentnost u domaćim okvirima povećava legitimnost demokratskog procesa upravljanja gde se implicitno kaže da „Vlada nema šta da krije”.

Ovi razlozi su sažeti u izjavi lidera APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) u pogledu transparentnosti, u kojoj se navodi da je to osnovni princip liberalizacije i olakšavanja trgovine, gde uklanjanje barijera za trgovinu ima smisla samo u meri u kojoj su pripadnici javnosti upoznati kako zakon, propisi, procedure i administrativne odluke mogu uticati na njihove interese.²⁶ To bi praktično značilo da država mora objaviti na primeren način sve opšte akte vezane za strana ulaganja. Ta dužnost obuhvata ne samo objavu teksta propisa, već i objavu ciljeva i svrhe koja se tim propisom želi ostvariti.²⁷ U Srbiji se ovo realizuje tako što se svakom usvojenom zakonu, dodaju povezana dokumenta u sklopu kojih se nalazi obrazloženje razloga za donošenje predmetnog zakona.

5.3. Uskraćivanje pravde (*denial of justice*)

Uskraćivanje pravde se tradicionalno definiše kao nemogućnost da se ostvari pravna zaštita usled lošeg funkcionisanja sudskog sistema jedne zemlje. Opšteprihvaćeno je da se samo krupne i očigledne „nepravde” smatraju uskraćivanjem pravde i da jednostavna greška, pogrešno tumačenje ili pogrešna primena domaćeg prava nije po sebi uskraćivanje pravde.²⁸ Iako se naglašava da

²⁴ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC682En&caseId=C252>, tačka 332. (pristupljeno 15. 5. 2013).

²⁵ D. Babić, *nav. delo* 410.

²⁶ A. P. G. Pandya, *nav. delo*, 100.

²⁷ D. Babić, *nav. delo*, 411.

²⁸ UNCTAD, 90.

bi bilo kakav pokušaj da se tačno i iscrpno definišu oblici uskraćivanja pravde bio osuđen na propast, ono što se najčešće uzima kao uskraćivanje pravde je:

- a) onemogućavanje pristupanju „pravdi” i odbijanje sudova da odlučuju,
- b) nerazumno odlaganje postupanja,
- c) nedostatak sudske nezavisnosti u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast,
- d) neizvršavanje pravnosnažnih sudskih i arbitražnih odluka,
- e) korumpiranost sudija,
- f) diskriminacija stranog parničara,
- g) kršenje osnovnih procesnih pretpostavki, odnosno garancija²⁹, kao što je pravo na obostrano saslušanje stranaka.

5.4. Proceduralna zaštita (*due proces of law*)

FET podrazumeva da će se sudski i upravni akti koji se tiču zaštićenog ulaganja donositi i ostvarivati u postupku koji udovoljava standardima pravičnog postupka.³⁰ U ranijoj praksi o zaštiti ulaganja u međunarodnim ugovorima i običajnom pravu uglavnom su se prema toj osnovi ispitivale eventualne povrede učinjene sudskim odlukama, dok u savremenoj praksi ulagači uglavnom traže zaštitu u pogledu manjkavosti u donošenju upravnih odluka. Tako u slučaju *Metalclad v. Mexico* arbitražni sud je našao da je Meksiko povredio FET standard, između ostalog, i time što je dozvolu uskratilo na sastanku gradskog veća, pri čemu tužilac uopšte nije bio obavešten i na koji nije bio pozvan.³¹

5.5. Zlonamerno ponašanje i pretnje

U slučaju *Tecemed v. Mexico* arbitražni sud je zaključio da je odbijanje produženja dozvole za obavljanje delatnosti bilo praćeno prisilom i da je zbog toga nespojivo sa FET.³² Dalje, u sporu *Vivendi Universal v. Argentine* do povrede FET je došlo usled nametanja kazni kako bi pritiskom naterala drugu stranu da pristane na izmenu ugovora.³³ Zlonamerno ponašanje jeste dovoljno, ali ne i potrebno da bi ulagač mogao da ostvari zaštitu prema FET standardu. Za njegovu primenu ne traži se da ulagač dokazuje da je država postupala sa namerom ili ciljem da se nekom ulaganju tj. ulagaču nanese šteta.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ D. Babić, *nav. delo*, 412.

³¹ https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155 (pristupljeno 9. 5. 2013).

³² https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186 (pristupljeno 9. 5. 2013).

³³ https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC552_En&caseId=C159 (pristupljeno 9. 5. 2013).

6. FORMULACIJE FET STANDARDA U UGOVORNOJ PRAKSI

Pregovarači imaju više mogućnosti između kojih moraju da se odluče, da li žele da napuste visok stepen diskrecije u tumačenju koji se daje arbitražnom tribunalu, ili žele da se utvrde u samom ugovoru izvor i elementi sadržaja koji se odnose na FET standard.

Zato postoji širok spektar rešenja koji stoje na raspolaganju. Rešenja moraju uzeti u obzir prioritete pregovarača i napraviti balans između široko postavljenih standarda koji su vrlo naklonjeni ulagačima i preterano uskih formulacija koje nastoje da pre svega sačuvaju državne interese, uz obezbeđivanje adekvatne zaštite ulagača od različitih oblika ugrožavanja koja smo već pominjali.

Neodređenost FET standarda, kao što je to trenutno slučaj i u većini međunarodnih sporazuma o ulaganjima (*International Investment Agreements – IIA*), glavni je razlog za nedostatak doslednosti u njegovom tumačenju. Neki to pravdaju kao poželjnu fleksibilnost kako bi standard uspeo da pokrije neograničen broj različitih situacija, o čemu je bilo reči. Ipak ono što je za jednog sudiju ili arbitra fleksibilnost, za drugog može biti „katastrofa”, jer ga dovodi u tešku situaciju za koju nema konkretno rešenje. S obzirom na dato rešenje da tribunali mogu davati neočekivano široka tumačenja standarda, to znači da se time može zanemariti stvarna namera stranaka, te je stoga preciznost u izradi IIA ključna.

Koje su mogućnosti ugovornih strana i šta se dešava u praksi?

6.1. Bez pominjanja FET standarda (*No reference to FET standard*)

Postojeći IIA retko propuštaju da unesu ovaj standard u tekst sporazuma, mada postoje primeri u praksi koji govore suprotno. Tako u Sporazumu o ekonomskoj saradnji Indije i Singapura (*India – Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement*³⁴) stoji da će se ICSID konvencija primeniti samo u slučaju „navodnog kršenja sporazuma”. To znači da o tužbi zbog kršenja minimuma prava stranaca ne bi odlučivao tribunal pri ICSID.³⁵

6.2. Nekvalifikovanje FET standarda (*Unqualified FET standard*)

Veliki broj sporazuma ima nekvalifikovan FET standard. Oni, osim što sadrže jednostavno obećanje da će se obavezovati FET, ne daju nikakav sadržaj, pojašnjenje ili ograničenje.³⁶ Tako u BIT Srbije i Alžira u čl. 2. st. 2. stoji da „... u svako vreme, na teritoriji druge Strane ugovornice, uživati *pravičan i ravno-*

³⁴ <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf> (pristupljeno 10. 5. 2013).

³⁵ UNCTAD, 19.

³⁶ UNCTAD, 104.

*pravan tretman...*³⁷ Glavna prednost ovakvog pristupa je da uveri investitore da je zemlja domaćin spremna da izloži svoje administrativne i regulatorne postupke preispitivanju arbitražnom sudu koji deluje izvan nacionalnog pravnog sistema. No ipak, to ostavlja širok stepen diskrecije arbitrima i može dovesti do iznenađujućeg proširenja FET standarda.³⁸

6.3. Povezivanje FET sa međunarodnim pravom

Prema jednoj mogućoj formulaciji nastoji se sprečiti čisto semantički pristup u tumačenju FET, koji ima za cilj da osigura da sudija ili arbitar koristi principe međunarodnog prava, uključujući, ali ne ograničavajući se na međunarodno običajno pravo.

Druga mogućnost je da FET standard nije strogo vezan za odredbe međunarodnog prava. Umesto toga, međunarodno pravo se ovde pojavljuje kao podloga, odnosno osnov zaštite koju investitor može da traži.³⁹

6.4. Povezivanje FET sa minimalnim standardima međunarodnog običajnog prava⁴⁰

EksPLICITNA veza između FET obaveze i minimalnog standarda tretmana se koristi da spreči preširoka tumačenja FET standarda od strane arbitražnog tribunala. Ograničavanjem FET na običajno međunarodno pravo, ugovori nastoje da ograniče diskreciju sudova kada je u pitanju njegov sadržaj. Drugim rečima, ugovori sa ugrađenim upućivanjem na minimalni standard tretmana stranaca u običajnom pravu šalju poruku arbitrima da ne mogu da idu dalje od onoga što međunarodno običajno pravo proglašava da je minimalni sadržaj standarda.

Realnost je, međutim, da je minimalni standard veoma neodređen, te da nema jasno definisan sadržaj i zahteva tumačenje. Proces određivanja sadržaja međunarodnog običajnog prava (određivanje prakse država i *opinio juris*) je metodološki teško i predstavlja veliki teret tužilaca.

6.5. Određivanje sadržaja FET uz navođenje konkretnih obaveza⁴¹

EksPLICITNO pozivanje na jedan od izvora FET, bilo da je običajno ili opšte međunarodno pravo, nije uvek bilo efikasno u sužavanju arbitražne diskrecije.

³⁷http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2012/3409-12_Lat.pdf (pristupljeno 10. 5. 2013).

³⁸ UNCTAD, 22.

³⁹ UNCTAD, 23.

⁴⁰ UNCTAD, 28.

⁴¹ UNCTAD, 109.

Činjenica da su pravila minimuma standarda stranaca po običajnom međunarodnom pravu i opšteg međunarodnog prava prilično nejasna, pa su tribunali prinuđeni da razviju sopstveni sadržaj za FET standard.

Alternativni način da se kvalifikuje, razjasni i suzi FET standard je da se njegova opšta odredba zameni konkretnim obavezama, kao što su zabrana uskraćivanja pravde, diskriminacije, kršenja legitimnih očekivanja na koja se ulagač oslanja.

7. ZAKLJUČAK

Uopšteno govoreći, uključivanje FET standarda u bilateralnim sporazumima o podsticaju i zaštiti stranih ulaganja znači obezbeđivanje minimalnog stepena sigurnosti stranim ulagačima. Prema tome, FET standard je (samo) jedna od brojnih mera stvorenih sa ciljem da se strani ulagači podstaknu da ulažu u neku zemlju, ili sa globalne tačke gledišta da „ohrabri” kapital da prelazi nacionalne granice.

U ovom radu smo videli kako se FET standard uklapa u zaštitu stranih ulaganja, kakvo je poreklo standarda i kakva mu značenja daju arbitražni tribunali. Investicione arbitraže pri Međunarodnom centru za rešavanje arbitražnih sporova, imaju izuzetan značaj jer se sadržaj FET standarda retko definiše. Kako se njegovi delovi neprestano „bruse” kroz praksu, izložio sam neke od bitnih arbitražnih odluka koje su definisale pojedine elemente, od kojih je najvažniji onaj koji se tiče legitimnih očekivanja zbog toga što to predstavlja polaznu tačku svakog (potencijalnog) ulagača. Na kraju sam izložio i pojedine sisteme, tj. mogućnosti za formulisanje FET standarda u međunarodnim i bilateralnim ugovorima.

Ono što je činjenica jeste da su mnoga pitanja u vezi sa ovim standardom još uvek nedovoljno rasvetljena da bi mogla da obezbede neophodnu sigurnost, kako stranim ulagačima, tako i državama domaćinima. Stoga mogu da zaključim da će ovaj standard još više dobiti na značaju, naročito u Srbiji.

LITERATURA

- G. Rakić, „Pravna zaštita stranih ulaganja”, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2010.
- D. Babić, „Pravičan i pošten tretman ulaganja u međunarodnom investicijskom pravu”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2012.
- I. Tudor, „*The Fair and Euitable Treatment in tje International Law of Foreign Investment*” Oxford Scholarship Online, 2009.

United Nations „Fair and Equitable Treatment” Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.III), New York and Geneva, 1999.

C. Schreuer Fair & Equitable Treatment BIICL, Investment Treaty Forum, 9 September 2005.

T. Varadi, B. Bordaš, V. Pavić, G., Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Pravni fakultet UB, 2012.

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf

<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>

http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/99_fair_equit_treatm_zuerich.pdf

http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf

A. P. G. Pandya *Interpretations and Coherence of the Fair and Equitable Treatment Standard in Investment Treaty Arbitration* London School of Economics, 2011.

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC682_En&caseId=C252.

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186

https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionValue=showDoc&docId=DC552_En&caseId=C159

<http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/India-singapore.pdf>

<http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/zakoni/2012/3409-12Lat.pdf>

FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD FOR FOREIGN INVESTORS

Ilija Rilakovic,

Master studies at the Faculty of Law, University of Belgrade

S u m m a r y

The global economic crisis that has lasted for more than four years still has a significant impact on economic development in Serbia. Direct foreign investments are reduced, and attracting new investors becomes a difficult task. It is well known that „capital investment likes security“ and that therefore the foreign investor will make a thorough research of the business environment of the country before any investment. If investors conclude that there is an appropriate degree of security and certainty, only then they will decide to invest. Serbia is not an exception to this rule. Therefore, an important precondition that must be met before any investment decision has been made is to protect a foreign investor and investment. The aim of this paper is to present the most important issues of the treatment of foreign investors, in the light of international standards and local regulations.

Key words: foreign investment, fair and equitable treatment standard, protection of foreign investment, The Law on foreign investment, bilateral treaties