Originalni naučni rad 341.63:339.727.22
doi:10.5937/zrpfns53-24433

Dr Petar M. Đundić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

PROCESNE PRETPOSTAVKE ZA PRIMENU KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI: ZAŠTO JE TEŠKO REĆI NE?*

***Sažetak**: Međunarodni ugovori o zaštiti i podsticanju ulaganja predstavljaju svojevrsnu pogodbu kojom država prijema ulaganja obezbeđuje posebnu materijalnopravnu zaštitu ulagačima druge države ugovornice, motivisana željom za privlačenjem stranog kapitala. Međutim, korporativna struktura ulaganja može biti tako organizovana da se iza zaštićene investicije, kao njen krajnji vlasnik, „krije" fizičko ili pravno lice kojem takva zaštita nije namenjena. Klauzula o uskraćivanju pogodnosti (engl. Denial of Benefits Clause) je instrument koji bi trebalo da državi omogući uskraćivanje ovakvim ulaganjima zaštite predviđene sporazumom. U ovom radu se razmatra primena klauzule o uskraćivanju pogodnosti od strane arbitražnih sudova, pri čemu se poseban naglasak stavlja na procesna ograničenja koja su se u dosadašnjoj arbitražnoj praksi pokazala kao značajna prepreka za efikasnu upotrebu klauzule u investicionim sporovima.*

***Ključne reči**: klauzula o uskraćivanju pogodnosti, investicioni spor, investiciona arbitraža, nadležnost arbitražnog suda*

1. UVOD

U novembru 2018. godine, arbitražni sud pod okriljem Međunarodnog centra za rešavanje investicionih sporova (engl. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, u daljem tekstu: IKSID) doneo je odluku kojom odbija

* Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

prigovore nenadležnosti u predmetu Mera protiv Srbije (*Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*).[2] Spor protiv Srbije pokrenulo je kiparsko privredno društvo na osnovu odredaba Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Republike Kipar o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja.[3] Arbitražno veće je prihvatilo nadležnost bez obzira na činjenicu što je krajnji vlasnik kiparskog tužioca, posredstvom društva registrovanog u Panami, državljanin Srbije.[4] Argument Srbije – da cilj i svrha Sporazuma u pitanju ne mogu biti ostvareni pružanjem zaštite ulaganju srpskog biznismena koji ulaže sredstva poreklom iz Srbije, u poslovni poduhvat u Srbiji[5] – arbitražni sud je odbio, sa obrazloženjem da je argument u suprotnosti sa tekstom Sporazuma.[6]

Slučajevi u kojima se kao tužioci u investicionoj arbitraži javljaju strana pravna lica koja su u svojini ili pod kontrolom državljana tužene države nisu bili nepoznati u praksi ni pre donošenja odluke u predmetu Mera protiv Srbije.[7] Mogućnost da se domaći ulagač „sakrije" iza pravnog lica koje je osnovano u inostranstvu i izvede sopstvenu državu pred međunarodni arbitražni sud postoji, pre svega, zahvaljujući širokim definicijama pojma „ulagača" i „ulaganja" u dvostranim sporazumima o podsticanju i zaštiti ulaganja (engl. *Bilateral Investment Treaties*, u daljem tekstu: BIT) i dominantnoj nespremnosti arbitražnih sudova da prihvate postojanje ograničenja sopstvene nadležnosti koje nije izričito propisano relevantnim BIT-ovima. Ako ovakva odredba definiše ulagača druge države ugovornice kao pravno lice osnovano na njenoj teritoriji u skladu sa propisima ove države, arbitražni sud se najčešće neće upustiti u ispitivanje porekla kapitala tužioca ili pitanja da li ga faktički kontroliše drugo pravno ili fizičko lice koje ne bi uživalo zaštitu po BIT-u. Ovakav pristup, iako nije lišen kontroverzi,[8] pravda se shvatanjem da nije na arbitražnom sudu da nametne ograničenja u pogledu do-

[2] Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.

[3] Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2005.

[4] Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia, pasus br. 5.

[5] Ibid., pasusi br. 137-139.

[6] Ibid., pasus br. 150.

[7] Vid. Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004. Takođe, The Rompetrol Group N. V. v. Romania (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008. Vid., takođe, Maja Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, Pravna riječ, 2012, tom 9, br. 33, 127-143.

[8] Vid. Izdvojeno mišljenje (Dissenting Opinion) arbitra Prospera Vejla (Prosper Weil) u predmetu Tokios Tokeles v. Ukraine. Za kritiku odluke arbitražnog suda u ovom predmetu i shvatanja da zaštita u međunarodnoj arbitraži treba da bude pružena i investicijama koje kontrolišu državljani države prijema vidi: Sanja Đajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2015, 586-589.

mašaja BIT-a ako takvo ograničenje nije prisutno u njegovom tekstu, te da postoji obaveza ovog suda da prihvati nadležnost kada ona proističe iz izvora koji predstavlja jurisdikcionu osnovu njegovog postupanja.[9]

Vremenom su, međutim, u ugovornoj praksi države razvile instrumente namenjene sprečavanju domaćih pravnih i fizičkih lica ili lica koja pripadaju trećim državama da se koriste pogodnostima koje bi trebalo da budu rezervisane samo za ulagače drugih država ugovornica. Jedan od instrumenata, koji se jednako koristi u multilateralnim sporazumima o zaštiti ulaganja i BIT-ovima, jeste klauzula o uskraćivanju pogodnosti (engl. *Denial of Benefits Clause*).[10] Klauzula u pitanju predstavlja odredbu međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja koja državi ugovornici (državi prijema ulaganja) pruža mogućnost da uskrati prava predviđena tim ugovorom (ili jednim njegovim delom) pravnom licu koje ne obavlja značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji druge države ugovornice i koje je u svojini ili pod kontrolom lica koja su državljani države prijema ili treće države (države koja nije ugovornica).[11]

Sporazumi koji u sebi sadrže klauzulu o uskraćivanju pogodnosti razlikuju se međusobno u pogledu teksta klauzule pri čemu se, načelno, mogu podeliti u dve grupe. Prvu čine oni čiji je prevashodni cilj da spreče tzv. *free-riding* efekat – pojavu da se pogodnostima sporazuma koriste državljani trećih država, odnosno država koje nisu preuzele recipročnu obavezu prema državi prijema ulaganja.[12] Ovakvi sporazumi uskraćuju pogodnosti samo državljanima (fizičkim i pravnim licima) država koje nisu ugovornice. Karakterističan primer predstavlja odredba čl. 17 Sporazuma o energetskoj povelji (*Energy Charter Treaty*), multilateralnog sporazuma namenjenog, između ostalog, zaštiti ulaganja u energetskom sektoru:[13]

---

[9] Vid., Tokios Tokeles v. Ukraine, pasus br. 36.

[10] Klauzula o uskraćivanju pogodnosti se relativno retko javlja u sporazumima o zaštiti ulaganja. Prema podacima Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj manje od deset procenata ovakvih sporazuma danas sadrži ovakvu klauzulu. Vid. Loukas Mistelis (Mistelis), Crina Baltag (Baltag), „Denial of Benefits" Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018, 1. Studija je dostupna u elektronskom obliku na: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618.

[11] Vid. Jorun Baumgartner (Baumgartner), Treaty Shopping in International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2016, 116.

[12] Vid. Lindsay Gastrell (Gastrel), Paul-Jean Le Cannu (Lekanu), Procedural Requirements of „Denial of Benefits" Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, ICSID Review, Vol. 30, 1/2015, 81; Takođe, Maja Stanivuković, State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising under the Energy Charter Treaty, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, 266, 267,

[13] Tekst ovog sporazuma, kao i ostalih sporazuma koji se pominju u ovom radu, dostupan je na specijalizovanoj internet stranici Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj: https://investmentpolicy.unctad.org/. Vid., takođe, čl. 1113(2) Severnoameričkog sporazuma o slobod-

Svaka Strana Ugovornica zadržava pravo da uskrati prednosti ovog dela:
(1) Pravnom licu, ako su državljani treće države vlasnici tog pravnog lica ili ga kontrolišu i to lice ne ostvaruje značajnu poslovnu aktivnost na području Strane Ugovornice u kojoj je organizovano; ili
...

Drugu grupu sporazuma čine oni koji krug adresata klauzule o uskraćivanju pogodnosti definišu šire. U novijim sporazumima o podsticanju i zaštiti ulaganja pogodnosti se uskraćuju i investitorima (privrednim društvima) druge države ugovornice koji su pod kontrolom ili u svojini državljana države prijema ulaganja.[14] Takvu klauzulu sadrži i BIT između SAD i Urugvaja (2005):

Ugovornica može uskratiti pogodnosti iz ovog Sporazuma ulagaču druge Ugovornice koji je privredno društvo te Ugovornice i ulaganju tog ulagača ako privredno društvo ne preduzima značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji druge Ugovornice i ako ulagač treće države ili Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti poseduje ili kontroliše to privredno društvo.[15]

U izvesnom broju investicionih sporova tužene države su pokušale da se koriste klauzulom o uskraćivanju pogodnosti. To je dovelo da nastanka arbitražne prakse koja pokazuje da su mnoga pitanja u vezi sa primenom ove klauzule još uvek problematična. Neka od njih se odnose na procesne pretpostavke za upotre-

noj trgovini (North American Free Trade Agreement) i čl. 13 BIT-a između SAD i Hrvatske (1996).

[14] Vid., na primer, čl. 23(1) BIT-a između Japana i Argentine (2018) ili BIT između Argentine i Ujedinjenih Arapskih Emirata (2018).

[15] Član 17, stav 1. Naglasak autora. Sličnu odredbu sadrže čl. 9 BIT-a između Azerbejdžana i Srbije (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2011) i član 19 BIT između Kanade i Srbije (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2015). U oba sporazuma koje je zaključila Srbija, međutim, tekst klauzule o uskraćivanje pogodnosti u verziji na srpskom jeziku odstupa od one na engleskom (u slučaju BIT-a sa Kanadom i od teksta na francuskom jeziku). Dok se iz verzije teksta na engleskom jeziku može jasno zaključiti da se uskraćivanje pogodnosti odnosi na društva druge države ugovornice koje poseduje ili kontroliše državljanin države prijema, iz člana 19 BIT-a sa Kanadom u verziji na našem jeziku, na primer, sledi da se klauzula primenjuje na društva osnovana u drugoj državi ugovornici koja su u svojini ili pod kontrolom državljana treće države ili državljana „...Strane kojoj se uskraćuju pogodnosti...“. Ovde je u pitanju očigledna omaška koja se, doduše, uporno pojavljuje u tekstovima srpskih BIT-ova (kao primer se može navesti i član 13 stav 1 tačka a) novog BIT sa Turskom od 2018. godine koji još uvek nije stupio na snagu ili član 12 Model BIT Srbije od 2014. godine). Pomenutu odredbu bi trebalo tumačiti tako da, kada je Srbija u pitanju, postoji mogućnost da se pogodnosti iz BIT-a uskrate ne samo investitorima treće države koji kontrolišu kanadsko privredno društvo, već i onda kada je kanadsko društvo u svojini ili pod kontrolom srpskih državljana. Isto važi za relevantne odredbe srpskih BIT-ova sa Azerbejdžanom i Turskom.

bu ove klauzule i njeno dejstvo, a druga na tumačenje materijalnopravnih uslova za uskraćivanje pogodnosti ulagaču. Svrha ovog rada je da analizira način na koji su arbitražni sudovi rešili pitanja u vezi sa procesnim pretpostavkama za primenu klauzule i da ponudi zaključak o tome u kojoj meri je klauzula o uskraćivanju pogodnosti efikasno sredstvo za postizanje cilja koji nije izričito proklamovan ali nedvosmisleno proističe iz unošenja ovakve odredbe u sporazume o zaštiti ulaganja – da se spreči zloupotreba mehanizma pružanja zaštite ulagačima od strane subjekata kojima takva zaštita nije namenjena. Sa tim ciljem, u nastavku rada se obrađuju problemi koji su se do sada najučestalije javljali u arbitražnoj praksi.

2. DA LI POSTOJI OBAVEZA DRŽAVE DA SE POZOVE NA KLAUZULU O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI?

Jedno od pitanja koje se nužno javlja u svakom postupku u kojem dolazi u obzir primena klauzule o uskraćivanju pogodnosti jeste da li klauzula deluje automatski, tj. da li se njena primena aktivira kada su ispunjeni uslovi definisani klauzulom ili država mora da uzme aktivnu ulogu – da se pozove na klauzulu i obavesti ulagača da su mu pogodnosti uskraćene.[16] Odgovor zavisi od načina na koji je klauzula formulisana.[17] Takozvane automatske klauzule, koje ne zahtevaju to da se države na njih prethodno pozovu ekstremno se retko pojavljuju u BIT-ovima.[18] Kao posledica toga, dostupna arbitražna praksa odnosi se samo na primenu klauzula koje su diskrecione po svojoj prirodi. Imajući to u vidu, činjenica konstatovana u literaturi – da arbitražni sudovi složno zaključuju kako država prijema ulaganja mora da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti da bi ona proizvela dejstvo,[19] ne predstavlja veliko iznenađenje.

Potreba da država aktivno istakne odbranu zasnovanu na klauzuli o uskraćivanju pogodnosti prvi put je konstatovana od strane arbitražnog suda u predmetu Plama protiv Bugarske (*Plama v. Bulgaria*), u kontekstu tumačenja stava 1

[16] Vid. . L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 13.

[17] Vid. United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2011, 92.

[18] Pretraga internet baze podataka Konferencije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping) pokazuje da od 2577 sporazuma sadržanih u ovoj bazi, samo 9 sadrži klauzulu formulisanu na ovaj način. Internet stranica posećena 19.10.2019. Jedan od primera ovakve klauzule je odredba člana 14 BIT-a između Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 3/2013) koja naglašava da „Privilegije ovog Sporazuma neće biti dostupne...“ (engl. Benefits of this Agreement shall not be available…”) određenom krugu ulagača.

[19] Vid. L. Gastrell, P. Le Cannu, op. cit., 82.

člana 17 Ugovora o energetskoj povelji i kao odgovor na argument Bugarske da primena klauzule nije uslovljena bilo kakvom aktivnošću države:

> *„Prema gledištu arbitražnog suda, postojanje „prava" se razlikuje od njegovog korišćenja. Na primer, ugovorna strana može imati pravo da istakne tužbeni zahtev u arbitraži; ali ne može biti arbitraže ako to pravo ne bude iskorišćeno i dok se to ne dogodi. Na isti način, Strana Ugovornica ima pravo na osnovu člana 17(1) Ugovora o energetskoj povelji da uskrati ulagaču pogodnosti iz Dela III; ali nije obavezna da iskoristi ovo pravo; i moguće je da to nikada ni ne učini...*"[20]

Ovakvo gledište je izričito prihvaćeno od strane drugih arbitražnih sudova koji su tumačili klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Ugovora o energetskoj povelji[21] a prećutno i od strane arbitražnih sudova koji su primenjivali „diskrecionu" klauzulu prisutnu u drugim sporazumima.[22]

3. VREMENSKO OGRANIČENJE ZA KORIŠĆENJE KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI

Konstatacija da je država dužna da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti nužno sa sobom nosi pitanje do kog trenutka je moguće isticanje ovakve odbrane. Arbitražna praksa je u ovom delu nekonzistentna. Problem je u tome što navedeno pitanje najčešće nije normirano u sporazumima o zaštiti ulaganja i što odgovor na njega zavisi od shvatanja o tome da li uskraćivanje pogodnosti može da ima retroaktivno dejstvo i da li utiče na nadležnost arbitražnog suda. Sva ova pitanja se u suštini svode na jedno osnovno: može li tužena država da se pozove na uskraćivanje pogodnosti u arbitražnom postupku, odnosno onda kada je ulagač već pokrenuo arbitražu?

---

[20] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, pasus br. 155.

[21] Vid., na primer, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, pasus br. 456; Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, pasus br. 419; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018, pasusi br. 234, 235.

[22] Vid. Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016. U ovom predmetu arbitražno veće raspravlja, između ostalog, o tome da li su bili ispunjeni uslovi za validno pozivanje Egipta na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz BIT-a sa SAD. Vid. pasus br. 131 i dalje.

U ovom pogledu najrestriktivnije tumačenje usvajaju arbitražni sudovi formirani pod okriljem Ugovora o energetskoj povelji. Međutim, ni oni ne nude jednoobrazno tumačenje. Arbitražno veće u predmetu Plama protiv Bugarske je zaključilo da potencijalni investitor, prilikom donošenja odluke o ulaganju, mora na razuman način biti obavešten o tome da li je država prijema odlučila da mu uskrati pogodnosti koje se odnose na materijalnopravni tretman njegovog eventualnog ulaganja.[23]

Slično tome, arbitražni sud u predmetu Kan protiv Mongolije (*Khan v. Mongolia*) se poziva na proklamovani cilj Ugovora o energetskoj povelji – stvaranje predvidivog pravnog okvira za ulaganja u oblasti energetike – kako bi opravdao prihvatanje gledišta zauzetog u sporu Plama protiv Bugarske da uskraćivanje pogodnosti od strane države nije moguće nakon što je tužilac već izvršio ulaganje.[24]

Za razliku od prethodne dve odluke, arbitražno veće je u predmetu Askom protiv Kazahstana (*Ascom v. Kazakhstan*) zaključilo da se član 17 Ugovora o energetskoj povelji može primeniti samo ukoliko se država na njega pozove *pre nastanka spora*, što je Kazahstan propustio da uradi.[25] Veće je odbrani tužene države zasnovanoj na klauzuli o uskraćivanju pogodnosti posvetilo samo jedan pasus u obrazloženju arbitražne odluke i nije ponudilo nikakvu analizu u pogledu zaključka o trenutku do kojeg je moguće uskraćivanje pogodnosti.

Sveobuhvatna analiza pitanja do kog momenta je moguće uskraćivanje pogodnosti na osnovu člana 17 Ugovora o energetskoj povelji se javlja u skorašnjoj arbitražnoj odluci donetoj u predmetu NekstEra protiv Španije (*NextEra v. Spain*).[26] U ovom slučaju je spor proistekao iz odluke Španije da izmeni sistem državnih subvencija za solarne elektrane koje su bile u svojini dva španska privredna društva. Međutim, struktura ulaganja je bila takva da su španska privredna društva bila u svojini drugog društva osnovanog u Španiji, a njegov vlasnik je bilo holandsko privredno društvo koje je, posredstvom još jedne kompanije osnovane u Holandiji, kontrolisalo matično društvo sa sedištem u SAD.[27] Kao tužioci pred arbitražnim sudom IKSID su se javila dva holandska privredna društva, zahvaljujući odredbama Ugovora o energetskoj povelji koje status ulagača daju pravnim licima organizovanim u skladu sa pravom države ugovornice koja imaju u svojini ili

[23] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, pasus br. 161.

[24] Vid. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, pasusi br. 426-429.

[25] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013, pasus 745. Naglasak autora.

[26] NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11), Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.

[27] Ibid., pasusi br. 93-96.

kontrolišu ulaganje, direktno ili indirektno.[28] Ovakva struktura ulaganja je omogućila Španiji da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti i da ospori postojanje nadležnosti arbitražnog suda, usled nedostatka pristanka tužene države na arbitražu sa pravnim licima koja u krajnjoj instanci kontrolišu lica treće države (SAD) i koja ne preduzimaju značajnu poslovnu delatnost u drugoj državi ugovornici (Holandija).[29]

Arbitražni sud je prvo analizirao ispunjenost materijalnopravnih uslova za primenu klauzule o uskraćivanju pogodnosti i zaključio da su holandski tužioci zaista bili pod kontrolom lica treće države (SAD).[30] Međutim, prilikom razmatranja drugog uslova (postojanje „značajne poslovne delatnosti"), arbitražno veće je našlo da ne mora da pruži odgovor na to da li je uslov ispunjen, zbog činjenice da se Španija nije na vreme pozvala na klauzulu.[31]

Iz obrazloženja arbitražne odluke sledi da država prijema ulaganja može da se pozove na klauzulu iz člana 17 Ugovora o energetskoj povelji najkasnije u trenutku u kojem su ispunjena dva kumulativna uslova: a) država je svesna da joj struktura ulaganja omogućava uskraćivanje pogodnosti ulagaču i b) ulagač je iskazao svoju nameru da se koristi odredbama koje mu pružaju zaštitu.

U konkretnom slučaju, veće je zaključilo da su španske vlasti bile upoznate sa strukturom ulaganja tokom 2009. godine, kada su se upustile u pregovore sa američkom kompanijom u vezi sa ulaganjem u solarnu industriju i kada im je saopšteno da će investicijom upravljati holandska privredna društva.[32] Španija je ohrabrivala kompanije iz NekstEra grupe da izvrše ulaganje, bez bilo kakvog nagoveštaja da bi im zaštita predviđena Ugovorom o energetskoj povelji mogla biti uskraćena.[33] Takođe, tokom marta 2012. godine, zvaničnici španske Vlade su primili pismo upućeno od strane potpredsednika američke matične kompanije, u kojem se Španija upozorava da su holandska društva-ćerke ulagači koji uživaju prava na osnovu pomenutog sporazuma i da imaju nameru da svoja prava zaštite i pokretanjem arbitraže.[34] Prema gledištu arbitražnog suda, u ovom trenutku je Španija stekla mogućnost da se pozove na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti.

Obrazloženje arbitražne odluke u ovom predmetu ne nudi konkretan zaključak o roku u kojem je država bila obavezna da insitira na uskraćivanju pogodno-

---

[28] Vid. čl. 1(6) i 1(7) Ugovora o energetskoj povelji.

[29] NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, pasusi br. 213, 214.

[30] Ibid., pasus br. 252.

[31] Ibid., pasus br. 261.

[32] Ibid., pasus br. 264.

[33] Ibid.

[34] Ibid., pasus br. 265.

sti ulagaču, već sugeriše da pravovremenost prigovora zavisi od toga da li je država prijema postupala u dobroj veri. Naime, nakon što je Španija upozorena na mogućnost pokretanja arbitraže, pružila je dodatna uveravanja ulagačima da će njihova prava biti poštovana i na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti se pozvala tek u septembru 2015. godine, u podnesku kojim osporava nadležnost arbitražnog suda. [35] Odlaganjem korišćenja ove odbrane u periodu dužem od tri godine, prema zaključku arbitražnog veća, Španija je izgubila pravo da se na klauzulu pozove u arbitražnom postupku.[36]

Trebalo bi imati u vidu da odluka u predmetu NekstEra ne odriče izričito mogućnost da tužena država „aktivira" pravo uskraćivanja pogodnosti nakon pokretanja arbitražnog postupka, pod uslovom da su se uslovi o kojima arbitražno veće govori stekli tek nakon što je spor pokrenut. U ovom smislu se tumačenje člana 17 Ugovora o energetskoj povolji približava načinu na koji arbitražni sudovi izvan normativnog konteksta ovog sporazuma tumače pomenutu klauzulu. U izvesnom broju odluka, naime, vremensko ograničenje o kojem je reč se posmatra znatno fleksibilnije, posebno u poređenju sa odlukama kao što su Plama protiv Bugarske ili Kan protiv Mongolije.

U predmetu Pak Rim protiv El Salvadora (*Pac Rim v. El Salvador*), arbitražni sud pod okriljem IKSID je tumačio klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD (*Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America*).[37] Arbitražni sud je našao da, u skladu sa Arbitražnim pravilima IKSID, tužena država može da se pozove na klauzulu „najkasnije u roku koji je određen za podnošenje odgovora na tužbu."[38] Odluka je zasnovana na činjenici koju je arbitražni sud konstatovao ranije,[39] da se klauzula o uskraćivanju pogodnosti iz ovog sporazuma odnosi na uskraćivanje svih pogodnosti iz poglavlja koje se odnosi na ulaganja, uključujući tu i pravo na pokretanje arbitraže. Zbog toga je, prema shvatanju suda, jedino moguće tumačenje da tužena država može da se pozove na uskraćivanje pogodnosti do trenut-

[35] Ibid., pasus br. 266 i 263.

[36] Ibid., pasusi br. 268, 269.

[37] Član 10.12. stav 2: Pod rezervom člana 18.3. (Obaveštenja i obezbeđivanje informacija) i 20.4. (Konsultacije), Ugovornica može uskratiti pogodnosti iz ovog poglavlja ulagaču druge Ugovornice koji je privredno društo te druge Ugovornice i njegovom ulaganju, ako to privredno društvo ne preduzima značajnu poslovnu aktivnost na teritoriji bilo koje Ugovornice, osim Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti, i ako lica države koja nije Ugovornica ili lica Ugovornice koja uskraćuje pogodnosti, poseduju ili kontrolišu to privredno društvo.

[38] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, pasus br. 4.85.

[39] Ibid., pasus 4.4.

ka koji je arbitražnim pravilima određen kao poslednji rok za iznošenje prigovora nenadležnosti arbitražnog suda. Prilikom tumačenja datog problema, arbitražni sud se oslonio i na podneske koje su podnele države ugovornice koje nisu bile strane u sporu (SAD i Kostarika) u kojima se ističe da bi klauzula o uskraćivanju pogodnosti bila lišena praktičnog dejstva ukoliko bi se od države zahtevalo da je iskoristi pre pokretanja arbitraže, budući da ova država najčešće nije u stanju da sazna organizacionu strukturu ulaganja niti da prati njene pomene pre izbijanja spora.[40]

Sličan zaključak u pogledu trenutka do kojeg se država može pozvati na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti doneo je arbitražni su u predmetu Julisis protiv Ekvadora (*Ulysseas v. Ecuador*).[41] Imajući u vidu to da se relevantna klauzula iz BIT-a između SAD i Ekvadora odnosila na mogućnost uskraćivanja svih pogodnosti na osnovu ovog sporazuma, uključujući pravo na pokretanje arbitraže, tužena država je mogla da se pozove na klauzulu od trenutka kada je tužilac pokušao da se koristi ovim pravom (od trenutka pokretanja arbitraže), sve do trenutka u kojem je, prema primenjenim pravilima postupka, nastupio poslednji rok za osporavanje nadležnosti arbitražnog suda.[42]

Zaključak arbitražnog suda u navedenom sporu izričito je prihvatilo i arbitražno veće u predmetu Rurelek protiv Bolivije (*Rurelec v. Bolivia*).[43] I u ovom slučaju se mogućnost uskraćivanja pogodnosti iz klauzule prisutne u BIT-u između SAD i Bolivije odnosila na sve pogodnosti iz sporazuma, uključujući pravo na pokretanje arbitraže, te je arbitražni sud zaključio da je pozivanje na klauzulu u prigovoru nenadležnosti koji je podnela Bolivija učinjeno na vreme.[44] Važno je napomenuti da se obrazloženje u ovom slučaju dotiče i pitanja koje je arbitražno veće u sporu Pak Rim razmatralo u kontekstu svrhe i cilja klauzule o uskraćivanju pogodnosti: da li je uputno i praktično ostvarivo od države zahtevati da ispituje ispunjenost uslova za primenu klauzule pre nego što je spor sa ulagačem nastao i pre nego što je arbitražni postupak pokrenut:

> „*Činjenica je da bi bilo neuobičajeno za državu da ispituje da li su pretpostavke iz člana XII ispunjene u odnosu na ulagača sa kojim nije ni u kakvom sporu. U takvom slučaju, obaveštavanje o uskraćivanju pogodnosti bi – samo po sebi – bilo viđeno kao neprijateljski i neosnovan akt, suprotan pro-*

[40] Ibid., pasusi br. 4.85., 4.53., 4.56.

[41] Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.

[42] Ibid., pasus br. 172.

[43] Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (PCA Case No. 2011-17), Award, 31 January 2014.

[44] Ibid., pasus br. 382.

mociji stranih ulaganja. Sa druge strane, ispunjenost navedenih uslova nije statična i može se menjati iz dana u dan, što znači da će država moći da proceni da li su ti uslovi ispunjeni i da odluči da li će uskratiti pogodnosti iz sporazuma u konkretnom sporu, samo nakon što je spor već nastao."[45]

Navedene odluke pokazuju da mogućnost efikasne upotrebe klauzule o uskraćivanju pogodnosti nakon pokretanja arbitraže zavisi od načina na koji je konkretna klauzula formulisana u sporazumu o zaštiti ulaganja. U svakoj odluci u kojoj je ovakvo pozivanje na klauzulu prihvaćeno kao blagovremeno, odredba o uskraćivanju pogodnosti se odnosila ne samo na materijalnopravni tretman ulagača, već i na pravo korišćenja procesnog mehanizma. Logika je jasna – ako klauzula obuhvata pravo da se pokrene postupak pred arbitražnim sudom, mogućnost uskraćivanja se „aktivira" tek kada se ulagač koristi ovim pravom.[46] Sa druge strane, ako je klauzula formulisana tako da se odnosi samo na uskraćivanje materijalnopravnog tretmana, kao što je to slučaj sa članom 17 Ugovora o energetskoj povelji, logičan je zaključak da uskraćivanje pogodnosti korišćenja procesnog mehanizma definisanog sporazumom nije moguće nakon što je navodna povreda subjektivnog prava već nastupila.

Jedina odluka koja odstupa od ustaljene prakse u ovom pogledu je doneta u predmetu Ampal protiv Egipta (*Ampal v. Egypt*).[47] Arbitražno veće je u ovom predmetu tumačilo klauzulu o uskraćivanju pogodnosti iz Protokola uz BIT-a između SAD i Egipta koja je predviđala mogućnost uskraćivanja svih podgodnosti na osnovu BIT-a uključujući, prema tome, i pravo na pokretanje arbitraže.[48] Iako je veće prethodno zaključilo da Egipat nije iskoristio klauzulu na način utvrđen u BIT-u zbog toga što je propustio da, u skladu sa tekstom klauzule, zatraži konsultacije sa drugom državom ugovornicom pre nego što je obavestio tužioca o uskraćivanju pogodnosti,[49] te nije postojala obaveza veća da ramatra da li je pozivanje Egipta na klauzulu bilo blagovremeno, arbitražno veće je ipak zaključilo da pozivanje tužene države na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti nije moguće nakon pokretanja arbitraže.[50] Objašnjenje za ovakav zaključak zasniva se na stavu da se uslovi za postojanje nadležnosti arbitražnog suda IKSID moraju posmatrati u trenutku registracije zahteva za arbitražu, te da je jednostrano povla-

[45] Ibid., pasus br. 379.

[46] Vid. Ibid., pasus br. 376.

[47] Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

[48] Ibid., pasus br. 133.

[49] Ibid., pasusi br. 145-161.

[50] Ibid., pasus br. 167.

čenje pristanka države na arbitražu nakon toh momenta zabranjeno članom 25 stav 1 IKSID Konvencije.[51] Ovakav zaključak arbitražnog suda nesumnjivo odstupa od široko prihvaćenog shvatanja da instrument koji sadrži pristanak države na arbitražu (BIT) može da sadrži ograničenja tog pristanka, tj. da sam pristanak može da bude uslovljen ispunjenošću odgovarajućih pretpostavki. U tom smislu, konstatacija da nije ispunjen uslov pod kojim je država dala pristanak za arbitražno rešavanje spora ne bi mogao da se tumači kao jednostrano i naknadno povlačenje saglasnosti.[52]

Praksa zaključivanja dvostranih sporazuma o podsticanju i zaštiti ulaganja pokazuje da su države postale svesne problema u vezi sa određivanjem trenutka do kojeg je moguće pozivanje na klauzulu. Naime, u svim dosadašnjim sporovima koji su se ticali primene klauzule o uskraćivanju pogodnosti, arbitražni sudovi su bili prisiljeni da konstatuju kako u samom tekstu klauzule nije rešeno pitanje do kog trenutka je moguće njeno aktiviranje. U pojedinim novijim BIT-ovima, međutim, ovo pitanje je izričito rešeno. Tako, na primer, član 11 BIT-a između Australije i Urugvaja (2019) naglašava da je uskraćivanje pogodnosti na osnovu sporazuma moguće „u bilo kom trenutku." Još su jasnije odredbe člana 13 BIT-a između Argentine i Ujedinjenih Arapskih Emirata (2018) i člana 35 BIT-a između Belorusije i Indije (2018) koje naglašavaju da je uskraćivanje pogodnosti moguće u bilo kom trenutku i nakon pokretanja procesnog mehanizma za zaštitu prava predviđenog sporazumima.

4. NAČIN OBAVEŠTAVANJA ULAGAČA O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI I DEJSTVA KLAUZULE

Sa pitanjem trenutka u kojem država može da se pozove na klauzulu uskraćivanja pogodnosti tesno su povezana dva dodatna pitanja. Prvo se tiče načina na koji država stavlja ulagaču do znanja da je aktivirala klauzulu. Drugo se odnosi na dejstvo uskraćivanja pogodnosti – da li uskraćivanje deluje retroaktivno ili samo za budućnost?

---

[51] Ibid., pasus br. 168.

[52] Vid., na primer, u kontekstu klauzule o uskraćivanju pogodnosti odluku arbitražnog suda u Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.90. Vid., takođe, Yas Banifatemi (Banifatemi), Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses, u knjizi:Y. Banifatemi (ed.), Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, New York, 2018, 257. Autorka navodi da odluka arbitražnog suda u ovom predmetu odstupa i od teksta Protokola uz BIT između SAD i Egipta koji jasno ukazuje da je dejstvo klauzule takvo da ona isključuje nadležnost arbitražnog suda, u slučaju da su ispunjeni u njoj sadržani uslovi, bez obzira na to da li su ulagač i tužena država već dali pristanak na arbitražu.

Ako država može da se koristi pravom koje joj daje klauzula i nakon pokretanja arbitražnog postupka, ne postoji potreba posebnog obaveštavanja ulagača o tome da su mu uskraćene pogodnosti iz sporazuma koji predstavlja jurisdikcionu osnovu arbitraže: budući da tužena država može da se pozove na klauzulu najkasnije u podnesku kojim osporava nadležnost arbitražnog suda, tužilac će biti obavešten o tome da je klauzula aktivirana u kontekstu arbitražnog postupka.

Sa druge strane, ako klauzula o uskraćivanju pogodnosti zahteva da se država na nju pozove pre nego što je ulagač izvršio ulaganje (Plama protiv Bugarske i Kan protiv Mongolije) ili pre nego što je spor povodom ulaganja nastao (Askom protiv Kazahstana), logičan je zaključak da država mora obavestiti ulagača da je klauzula aktivirana i da su mu pogodnosti uskraćene. Arbitražni sud u predmetu Plama protiv Bugarske lakonski odbacuje argument da je ulagač unapred obavešten o mogućnosti da mu pogodnosti budu uskraćene na osnovu jednostavne činjenice da je tekst člana 17 Ugovora o energetskoj povelji dostupan svim potencijalnim ulagačima i pre nego što je ulaganje izvršeno. Arbitražni sud je zaključio da odredba u pitanju u najboljem slučaju predstavlja samo „polovično obaveštenje", te da je potrebno da država obavesti, na pogodan način, ulagača da je odlučila da mu uskrati pogodnosti.[53] Kao primere za obaveštavanje na pogodan način obrazloženje odluke navodi: obaveštenje sadržano u službenom glasilu, usvajanje zakonske odredbe u propisu kojim se regulišu strana ulaganja ili razmena pisama sa potencijalnim ulagačem.[54]

Odluka arbitražnog suda u predmetu Plama protiv Bugarske je značajna iz još jednog razloga. Ona uspostavlja gledište u pogledu dejstva uskraćivanja pogodnosti koji kasnije slede drugi arbitražni sudovi prilikom tumačenja relevantne klauzule iz Ugovora o energetskoj povelji. Reč je o stavu da uskraćivanje pogodnosti ne može delovati retroaktivno, tj. da se može odnositi samo na period nakon što je država obavestila ulagača o uskraćivanju pogodnosti.[55] Arbitražno veće opravdava ovakav zaključak pozivanjem na svrhu i cilj Ugovora o energetskoj povelji (uspostavljanje stabilnog pravnog okvira u cilju promivisanja dugoročne saradnje u energetskom sektoru) i ističe da bi uskraćivanje materijalnopravnih pogodnosti nakon što je ulagač već odlučio da realizuje svoj poslovni poduhvat bilo u suprotnosti sa njegovim legitimnim očekivanjima: potencijalni ulagač bi mogao da realizuje ulaganje privučen obećanim pogodnostima, samo da bi mu te pogodnosti bile naknadno uskraćene, na osnovu onoga što arbitražni sud naziva retroaktivnom primenom klauzule.[56]

---

[53] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, pasus br. 157.
[54] Ibid.
[55] Ibid., pasus br. 162.
[56] Ibid., pasusi br. 161, 162.

Doktrina o zabrani retroaktivnog dejstva uskraćivanja pogodnosti prihvaćena je, na primer, u predmetima Jukos protiv Rusije (*Yukos v. Russia*),[57] Liman protiv Kazahstana (*Liman v. Kazakhstan*)[58] i Askom protiv Kazahstana.[59] Izvesno odstupanje od ovakvog tumačenja predstavlja odluka u sporu NekstEra protiv Španije. U ovom predmetu se arbitražni sud ne izjašnjava izričito o tome da li uskraćivanje pogodnosti može delovati retroaktivno, ali se iz obrazloženja može zaključiti da ono nije isključeno ni u pogledu spora koji je već nastao, pod uslovom da se država pozove na klauzulu u trenutku kada je bila upoznata sa mogućnošću da ulagač podnese tužbu na osnovu odredaba Ugovora o energetskoj povelji.[60]

Shvatanje o zabrani retroaktivnog dejstva uskraćivanja pogodnosti je kritikovano u pravnoj doktrini. Jedan od razloga za kritiku se odnosi na shvatanje da je „naknadno" pozivanje države na klauzulu o uskraćivanju pogodnosti u suprotnosti sa legitimnim očekivanjima ulagača. Ističe se da kada potencijalni ulagač realizuje ulaganje na način koji klauzula o uskraćivanju pogodnosti nastoji da spreči, on ne može razumno steći legitimno očekivanje da mu pogodnosti neće biti uskraćene.[61] Potencijalno još važnija zamerka ovakvom gledištu odnosi se na njegove praktične implikacije – tumačenje prema kojem obaveštenje o uskraćivanju pogodnosti deluje samo za buduća ulaganja ili buduće sporove sa ulagačem efektivno lišava klauzulu o uskraćivanju pogodnosti svakog praktičnog značaja. Većina država nema na raspolaganju instrumente koji bi im omogućili da prate strukturu svih stranih ulaganja na svojoj teritoriji,[62] te do saznanja o tome ko kontroliše privredno društvo koje se javlja kao ulagač mogu da dođu tek u trenutku kada je spor već nastao i arbitraža pokrenuta.[63]

---

[57] Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, pasus br. 458.

[58] Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010, pasus br. 225.

[59] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, pasus 745.

[60] Vid. NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, pasusi br. 264-266.

[61] Vid. Mark Feldman (Feldman), Denial of Benefits After Plama v. Bulgaria, u knjizi: M. Kinnear (ed.), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Alphen aan den Rijn, 2015, 474

[62] Vid. Rachel Thorn (Torn), Jennifer Doucleff (Duklef), Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor", u knjizi: M. Waibel et al. (eds.), The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality, Alphen aan den Rijn, 2008, 26.

[63] Vid. stav Kostarike iznet u kontekstu tumačenja odredbe člana 10.12. stav 2. Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD u predmetu Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.53.

Kada je reč o odlukama donetim izvan konteksta Ugovora o energetskoj povelji, u većini odluka se prihvata da uskraćivanje pogodnosti ima dejstvo u pogledu spora koji je već nastao. Ovakvo, „retroaktivno" dejstvo klauzule se najčešće ne pominje izričito,[64] već ono proističe iz shvatanja da tužena država može da „aktivira" klauzulu u trenutku kada je arbitražni postupak povodom ulaganja već pokrenut. Kada se klauzula o uskraćivanju pogodnosti odnosi na sve pogodnosti iz sporazuma, tj. kada obuhvata i pravo na pokretanje arbitraže, teško može biti reči o njenoj retroaktivnoj primeni u pravom smislu ove reči. Naime, uslovi iz klauzule su deo jurisdikcione pogodbe između ulagača (tužioca) i tužene države i unapred su poznati obema stranama u sporu. Ulagač je već u trenutku realizacije ulaganja svestan uslova pod kojima uživa zaštitu prema BIT-u, a posebno toga da mu ona može biti uskraćena ako realizuje ulaganje na način opisan u klauzuli o uskraćivanju pogodnosti.[65] U ovom pogledu, prema tome, primena klauzule u pitanju nije ništa više retroaktivna od primene drugih odredaba BIT-a koje sadrže uslove za prihvatanje nadležnosti – na primer, da li tužilac može da se smatra „ulagačem" a njegov poslovni poduhvat „ulaganjem".

5. DA LI SE KLAUZULA O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI ODNOSI NA NADLEŽNOST ARBITRAŽNOG SUDA ILI NA MERITUM SPORA?

Tekst i mesto u strukturi sporazuma o zaštiti ulaganja koje klauzula zauzima presudno utiču i na još jedno pitanje – da li se prigovor zasnovan na klauzuli uskraćivanja pogodnosti odnosi na nadležnost arbitražnog suda ili na meritum spora? Odgovor na ovo pitanje ima veliki praktični značaj, budući da samo odluka arbitražnog suda o nadležnosti podleže naknadnom preispitivanju u okviru odgovarajućeg procesnog mehanizma.[66] U ovom pogledu, još nijedan arbitražni sud koji je bio u prilici da odlučuje o primeni klauzule o uskraćivanju pogodnosti iz Ugovora o energetskoj povelji nije našao da ona utiče na njegovu nadležnost. Razlog je, ponovo, to što ova klauzula omogućava državi ugovornici da uskrati ulagaču pogodnosti koje se odnose na materijalnopravni tretman, a ne obuhvata uskraćivanje prava na pristup procesnom mehanizmu.[67]

---

[64] Izuzetak u ovom smislu predstavlja odluka u predmetu Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (pasus br. 173) u kojoj se navodi da „Arbitražni sud ne vidi validne razloge da isključi retroaktivna dejstva."

[65] Ibid.

[66] L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 18.

[67] Vid., na primer, Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd, pasus br. 411.

Za razliku od toga, arbitraži sudovi koji su odlučivali na osnovu sporazuma o zaštiti ulaganja u kojima je klauzula obuhvatala pravo na uskraćivanje *svih* pogodnosti iz sporazuma, došli su do suprotnog zaključka. Tako je arbitražno veće u predmetu Pak Rim protiv El Salvadora konstatovalo da je pristanak tužene države na arbitražu dat „pod rezervom" klauzule o uskraćivanju pogodnosti iz Sporazuma o slobodnoj trgovini između Centrale Amerike, Dominikanske Republike i SAD.[68] Iz toga nužno sledi zaključak da uspešno pozivanje na klauzulu znači i to da je arbitražni sud lišen nadležnosti za postupanje u konkretnom sporu. Identičnu poziciju je zazeo arbitražni sud u predmetu Rurelek protiv Bolivije:

> „*Svaki put kada BIT sadrži klauzulu o uskraćivanju pogodnosti, pristanak države na arbitražu je uslovljen i može se uskratiti, pod uslovom da su ispunjene određene objektivne pretpostavke koje se odnose na ulagača. Svi ulagači su svesni da ovakva mogućnost uskraćivanja postoji, tako da legitimna očekivanja ne mogu biti izneverena uskraćivanjem pogodnosti.*"[69]

Posledica uskraćivanja pogodnosti, prema izričitom stavu arbitražnog veća, jeste to da je arbitražni sud lišen nadležnosti za konkretni spor.[70] Ovakvo shvatanje je prihvaćeno i u drugim odlukama koje su donete izvan konteksta Ugovora o energetskoj povelji.[71]

6. INKORPORISANJE USLOVA IZ KLAUZULE O USKRAĆIVANJU POGODNOSTI U POJAM ULAGAČA

Klauzula o uskraćivanju pogodnosti bi trebalo da omogući da se pravima iz instrumenta u kojem je klauzula sadržana koriste samo subjekti kojima su ona i namenjena. Još jedan način da se ovaj rezultat ostvari jeste da se uslovi koji čine sadržinu klauzule o uskraćivanju pogodnosti unesu u pojam ulagača u relevantnom sporazumu. Takvo rešenje koristi, na primer, tipski nacrt BIT Srbije (2014), koje Ministarstvo trgovine, turizma i telekomunikacija koristi kao polaznu osno-

[68] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, pasus br. 4.90.

[69] Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, pasus br. 372.

[70] Ibid., pasus br. 381.

[71] Vid., Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, pasus br. 172. Takođe, Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017, pasus br. 288; Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt, pasusi br. 162-173.

vu za zaključivanje BIT-ova sa drugim državama. Prilikom definisanja pojma „ulagača“ u smislu BIT-a, u nacrtu se ističe, pored ostalog, da se pod ulagačem smatra:

> „*pravno lice osnovano ili na drugi način pravovaljano organizovano u skladu sa važećim zakonima i propisima jedne Strane ugovornice, koje ima sedište na teritoriji te Strane ugovornice kao i suštinsku poslovnu aktivnost i koje ulaže na teritoriji druge Strane ugovornice, pod uslovom da nije neposredno ili posredno u većinskoj svojini državljana druge Strane ugovornice*.“[72]

Bez obzira što ova odredba ne sadrži sve elemente koji su inače predviđeni klauzulom o uskraćivanju pogodnosti,[73] ideja koja stoji iza ovako određenog pojma ulagača je jasna – iz kruga zaštićenih subjekata se isključuju pravna lica druge države ugovornice koja ne obavljaju poslovnu aktivnost na teritoriji te države i koja su u svojini, barem posredno, državljana države prijema ulaganja.

Ovakvo rešenje ima dve očigledne prednosti za tuženu državu u poređenju sa klasičnom klauzulom o uskraćivanju pogodnosti. Prvo, navedeni uslovi su deo pojma od kojeg nedvosmisleno zavisi nadležnost arbitražnog suda *ratione personae*. Činjenica da je, na primer, tužilac pravno lice koje je u indirektnoj svojini državljanina tužene države jasno eliminiše postojanje pristanka države na arbitražu, pri čemu je arbitražni sud lišen potrebe da rešava pitanja koja se inače javljaju u kontekstu primene klauzule o uskraćivanju pogodnosti, kao što su: dejstvo uskraćivanja pogodnosti (retroaktivno ili samo za budućnost), potreba da postoji prethodno obaveštavanje ulagača o aktiviranju klauzule ili pitanje do kog trenutka je moguće pozivanje na klauzulu.

Druga prednost je praktičnog karaktera. U skladu sa opšteprihvaćenim pravilom da stranka koja iznosi tvrdnje u postupku nosi teret njihovog dokazivanja, država koja se poziva na to da su ispunjeni uslovi predviđeni klauzulom o uskraćivanju pogodnosti mora to i da dokaže u arbitražnom postupku.[74] Sa druge stra-

---

[72] Nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (2014). Naglasak autora. Tekst nacrta je dostupan na: https://mtt.gov.rs/download/Nacrt%20sporazuma%20o%20uzajamnom%20podsticanju%20i%20zastiti%20ulaganja.pdf.

[73] Iz pojma „ulagača“ nisu isključena pravna lica druge države ugovornice koja su pod kontrolom državljana države prijema, niti ona koja su u svojini ili pod kontrolom državljana trećih država.

[74] Vid., na primer, Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, pasus br. 166: „Arbitražni sud se slaže sa tužiocem da teret dokazivanja da su ispunjeni uslovi za uskraćivanje pogodnosti prema BIT-u snosi tuženi, kao stranka koja ističe konkretnu odbranu u odnosu na nadležnost arbitražnog suda.“

ne, ako su uslovi za uskraćivanje pogodnosti inkorporisani u pojam ulagača, tužilac (ulagač) je taj koji mora da dokaže ispunjenost jurisdikcionih uslova za postupanje arbitražnog suda.[75] Prebacivanje tereta dokazivanja na ovakav način, sa tužene države na tužioca, znatno olakšava njen položaj u postupku.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Klauzula o uskraćivanju pogodnosti može da ima praktičan značaj samo ako je tužena država u stanju da aktivira uskraćivanje pogodnosti nakon što je ulagač već pokrenuo arbitražni postupak. Analiza arbitražne prakse pokazuje da je ova mogućnost uslovljena, pre svega, načinom na koji je klauzula formulisana i njenim mestom u strukturi izvora koji čini osnov nadležnosti arbitražnog suda. Zbog toga bi, prilikom pregovora o zaključivanju sporazuma o podsticanju i zaštiti ulaganja sa drugim državama, bilo uputno imati u vidu nekoliko faktora.

Ključna stvar u ovom pogledu je preciziranje vremenskog okvira za upotrebu klauzule. Formulacije koje državama ugovornicama daju pravo da se na klauzulu pozovu u bilo kom trenutku ili čak i izričito predviđaju da je uskraćivanje pogodnosti moguće i nakon pokretanja mehanizma za rešavanje sporova, otklanjaju svaku dilemu u pogledu blagovremenosti upotrebe klauzule.

Sledeći faktor koji bi trebalo uzeti u obzir prilikom formulisanja relevantne klauzule je to da li se mogućnost uskraćivanja pogodnosti odnosi samo na materijalnopravni tretman ili na sva prava iz BIT-a (ili multilateralnog sporazuma o zaštiti ulaganja). Ako klauzula obuhvata sve pogodnosti ponuđene ulagaču relevatnim sporazumom, uskraćivanje pogodnosti pogađa i pravo ulagača da aktivira procesni mehanizam zaštite i lišava arbitražni sud nadležnosti. Logična posledica ove činjenice je da tužena država može da aktivira klauzulu sve do trenutka do kojeg joj je, u skladu sa relevantnim procesnim pravilima, dozvoljeno da osporava nadležnost arbitražnog suda. Arbitražni sudovi koji su do sada tumačili klauzule o uskraćivanju pogodnosti ovakvog tipa, sa izuzetkom arbitražnog veća u predmetu Ampal protiv Egipta, ne gledaju na uskraćivanje pogodnosti nakon pokretanja arbitraže kao na naknadno povlačenje saglasnosti države za arbitražno rešavanje spora, već naglašavaju svoju obavezu da ispitaju da li su ispunjeni uslovi pod kojima je ta saglasnost prethodno data.

Konačno, jedno od rešenja koje može imati značajne prednosti za tuženu državu jeste unošenje uslova koji inače čine sastavni deo klauzule o uskraćivanju pogodnosti u definiciju ulagača prisutnu u međunarodnom sporazumu o zaštiti

[75] Vid. Y. Banifatemi, op. cit., 234, 235.

ulaganja. Time se ovim uslovima nedvosmisleno daje jurisdikcioni karakter, eliminiše se potreba za prethodnim obaveštavanjem ulagača o tome da su mu uskraćene pogodnosti predviđene sporazumom, te se na njega prebacuje teret dokazivanja u pogledu postojanja nadležnosti *ratione personae* arbitražnog suda.

LITERATURA I IZVORI

Sanja Đajić, O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2015.

Loukas Mistelis, Crina Baltag, „Denial of Benefits" Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018.

Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Lindsay Gastrell, Paul-Jean Le Cannu, Procedural Requirements of „Denial of Benefits" Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, *ICSID Review*, Vol. 30, 1/2015.

Maja Stanivuković, State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising Under the Energy Charter Treaty, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2011.

Maja Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, tom 9, br. 33.

United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva, 2011.

Yas Banifatemi, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses, u knjizi: Y. Banifatemi (ed.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, New York, 2018.

Mark Feldman, Denial of Benefits After Plama v. Bulgaria, u knjizi: M. Kinnear (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015.

Rachel Thorn, Jennifer Doucleff, Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor", u knjizi: M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2008.

Arbitražne odluke:

Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.

Tokios Tokeles v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004.

The Rompetrol Group N. V. v. Romania (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd. (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012.

Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018.

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013.

NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11), Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012.

Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.

Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia (PCA Case No. 2011-17), Award, 31 January 2014.

Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.

Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010.

Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017.

Ostali izvori:

Sporazum između Srbije i Crne Gore i Republike Kipar o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni list SCG – Međunarodni ugovori, br. 14/2005).

Sporazum između Vlade Republike Srbije i Vlade Republike Azerbejdžan o zaštiti i uzajamnom podsticanju ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2011).

Sporazum između Republike Srbije i Kanada o podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 8/2015).

Sporazum između Republike Srbije i Ujedinjenih Arapskih Emirata o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja (Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 3/2013).

Nacrt Sporazuma o uzajamnom podsticanju i zaštiti ulaganja Republike Srbije (2014).

Internet baze podataka:

Baza međunarodnih ugovora o podsticanju i zaštiti ulaganja Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping

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

Procedural Requirements for the Application of the Denial of Benefits Clause in Investment Arbitration: Why is it Hard to Say no?

***Abstract**: International treaties for the protection and encouragement of foreign investments represent kind of a bargain by which a host State of the investment agrees to provide the investor of the other contracting party with particular substantive-law protection, motivated by a desire to attract foreign capital. However, the corporate structure of the investment could be organized in a way that allows natural or legal persons to whom this kind of protection is not offered to „hide" behind the investment. Denial of Benefits Clause is an instrument that is intended to enable the host State to deny the protection offered by a Treaty to such investments. The paper discusses the application of the Denial of Benefits Clause by arbitral tribunals, with particular emphasis on procedural requirements which so far proved to be a significant obstacle for the efficient use of the clause in investment disputes.*

***Keywords**: Denial of Benefits Clause, investment disputes, investment arbitration, jurisdiction of an arbitral tribunal.*

Datum prijema rada: 14.12.2019.