

Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОСВРТ НА СТАБИЛИЗАЦИОНУ КЛАУЗУЛУ У ЗАКОНУ О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И КОНЦЕСИЈАМА*

Резиме

У овом раду аутор анализира стабилizacionу клаузулу садржану у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама, посматрајући је у контексту уредноправних искустава са тим инструментом заштите улачких права. Посебна пажња је посвећена системској анализи механизма заштите створених улача у српском праву и интеракцији између стабилizacionих клаузула у Закону о створеним улачанима и Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама. Аутор закључује да је стабилizacionа клаузула из Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама по свом садржају најближа клаузулама економске равнотеже и указује на приоритетне проблеме до којих би могло да дође у њеној примени.

Кључне речи: стабилizacionа клаузула, клаузула замрзавања, клаузула економске равнотеже, заштитна створених улачања, јавно-приватно партнерство.

* Овај рад је израђен у оквиру рада на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2012)“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

I Увод

Подстицање страних улагања представља важан економски циљ земаља у развоју. Сматра се да страна улагања нарочито погодују повећању укупног привредног развоја, стопе запослености, модернизацији и опоравку привреде кроз усвајање и примену нових знања и технологија.¹ Како би се показале привлачним одредиштима за улагање, државе у развоју морају за почетак да улагачу понуде могућност да улаже у делатностима и областима у којима је могуће остварити добит која по својој висини разумно мотивише на улагање. Поред саме могућности да улажу у економски привлачним секторима, улагачи морају да уживају правну сигурност у односу на сам улагачки подухват. Правна сигурност обухвата постојање одређеног корпуса права која улагач ужива у вези са својим улагањем и правних третмана којима ће бити подвргнуто његово улагање, али и ефикасних механизма заштите уколико до повреде зајемчених улагачких права ипак дође.²

Без обзира на јаку жељу држава у развоју да привуку страна улагања, не треба заборавити да би улагачки подухват требало да буде двострано добитан али и двострано теретан посао: и улагач и држава морају да испуне одређене обавезе и претрпе одређена ограничења како би и једна и друга страна на крају посла профитирале. Као што су државама у развоју потребни улагачи, и улагачима су потребне државепријемнице улагања, јер без пласмана свог капитала улагачи не могу да зараде. Међутим, погрешна представа да страна улагања могу да реше све проблеме привреда у развоју, па да стога улагачи треба да буду неограничено привилегована страна у улагачком односу, некада подстичу државе да улагачима обећају више погодности него што објективно могу да испуне. Такви пропусти држава пријемница улагања доводе до презаштићености страног улагача и, у крајњем исходу, штете држави пријемници улагања. Зато је важно да међусобна права и обавезе улагача и државе пријемнице улагања стоје у складу.

Подстицање улагања и побољшање инвестиционог амбијента постављено је као приоритетан задатак и у стратегијама привредног развоја Републике Србије.³ Како би остварила овај задатак и створи-

1 R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, 2005, стр. 7.

2 Karl-Heinz Boeckstiegel, „Arbitration of Foreign Investment Disputes: An Introduction“, у: Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA Congress Series*, The Hague/London/Boston, 2005, стр. 126.

3 Видети у том смислу нарочито Стратегију подстицања и развоја страних улагања (Службени гласник РС, бр. 22/2006) и Стратегију и политику развоја индустрије Републике Србије од 2011. до 2020. године (Службени гласник РС, бр. 55/2011).

ла повољан правни амбијент којим ће привући пре свега стране улагаче, наша држава закључује уговоре о заштити и подстицању страних директних улагања⁴ и доноси унутрашње прописе којима се регулише материја улагања.⁵ Овим изворима права држава се, између осталог, обавезује према страним улагачима да ће им јемчити слободу улагања,⁶ да ће их на тржишту једнако третирати као и домаћа лица,⁷ да њихова улагања неће незаконито експроприсати,⁸ да ће им омогућити слободан трансфер добити остварене по основу улагања,⁹ итд.

- 4 Закључно са 15. априлом 2012. године, Србија је потписала 48 двостраних уговора о заштити и подстицању страних директних улагања, и то са: Албанијом, Азербејџаном, Аустријом, Белгијско-луксембуршком економском унијом, Белорусијом, Босном и Херцеговином, Бугарском, Ганом, Грчком, Гвинејом, Данском, Египтом, Зимбабвеом, Израелом, Индијом, Индонезијом, Ираном, Италијом, Казахстаном, Кином, Кипром, Демократском Народном Републиком Корејом, Кувајтом, Либијом, Литванијом, Мађарском, БЈР Македонијом, Малтом, Немачком, Нигеријом, Пољском, Португалијом, Румунијом, Руском Федерацијом, Словачком, Словенијом, Турском, Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске, Украјином, Финском, Француском, Холандијом, Хрватском, Црном Гором, Чешком Републиком, Швајцарском, Шведском и Шпанијом.
- 5 Материја страних улагања је на општи начин уређена Законом о страним улагањима (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003). Прописи од значаја за материју страних улагања садржани су и у бројним посебним законима.
- 6 Чл. 7 Закона о страним улагањима.
- 7 Чл. 84 ст. 4 Устава Србије; чл. 8 Закона о страним улагањима.
- 8 Чл. 9 ст. 3 Закона о страним улагањима; чл. 4 Споразума између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са протоколом (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/90); чл. 4 Споразума између Владе Савезне Републике Југославије и Народне Републике Кине о узајамном подстицају и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96); чл. 5 Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 23/2004); чл. 6 Споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2005); чл. 5 Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени листник РС – Међународни уговори*, бр. 105/2009); чл. 6 Споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени листник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010); чл. 6 Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени листник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011).
- 9 Чл. 12 Закона о страним улагањима; чл. 5 Споразума између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са протоколом; чл. 6 Споразума између Владе Савезне Републике Југославије и Народне Републике Кине о узајамном подстицају и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања;

Једно од специфичних јемстава које наша држава даје улагачима је и заштита од сужења стечених права дејством закона и прописа који ступе на снагу након што је страни улагање уписано у одговарајући регистар. Ова тзв. стабилизациона клаузула у општој форми је садржана у Уставу Србије,¹⁰ а конкретизована у Закону о страним улагањима.¹¹ У том контексту, наша пажња ће се у овом раду зауставити на недавно усвојеном Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама,¹² и то на одредбу његовог члана 52, у чијем рубруму стоји одредница да се ради о стабилизационој клаузули. Та одредбе, међутим, по свом садржају и значењу одудара од претходно наведених одредаба Устава и Закона о страним улагањима. Како се судска пракса још увек није изјаснила о домаћају и значењу наведене одредбе, настојаћемо да је протумачимо тако што ћемо најпре направити један кратак општи осврт на стабилизационе клаузуле у упоредном праву, затим покушати да утврдимо да ли члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама има одлике „типичне“ стабилизационе клаузуле, какав је смисао ове одредбе и, коначно, покушаћемо да оценимо сврсисходност овакве одредбе у светлу основне хипотезе да правила којима се регулишу улагања треба да буду постављена тако да омогућавају да међусобна права и обавезе улагача и државе пријемнице улагања стоје у складу.

II О стабилизационим клаузулама уопште

Стабилизационе клаузуле су се први пут појавиле међу институтима права страних улагања шездесетих година двадесетог века.¹³ У првом тренутку, служиле су да заштите улагаче од опасности да држава пријемница улагања национализује предмет улагања након што је улагање остварено.¹⁴ Међутим, током времена се поље примене ста-

чл. 7 Споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања; чл. 8 Споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања.

10 Чл. 84 ст. 3 Устава Србије.

11 Чл. 9 ст. 2 Закона о страним улагањима.

12 *Службени гласник РС*, бр. 88/2011.

13 Thomas Waelde, *Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, Dundee, 1994, стр. 1–3.

14 Дејство стабилизационе клаузуле као механизме одбране од национализације предмета улагања било је испитивано у познатим споровима поводом национализације либијских нафтних извора: *Texaco Overseas Petroleum Company v.*

билизационих клаузула проширило, тако да се оне данас користе како би отклониле читав низ некомерцијалних ризика којима су дугорочна страна улагања изложена. Уколико стабилизациона клаузула не садржи никаква ограничења у погледу своје примене *ratione materiae*, она ће штитити улагача од смањења или губитка стечених права до којег би дошло ступањем на снагу нових прописа у било којој области која се тиче предмета улагања: спољнотрговинском пословању (нпр. увођење нових прописа у области увоза сировина које улагач користи, што за последицу има повећање набавне цене сировина и, последично, смањење добити улагача), јавним финансијама (нпр. увођење додатних пореских оптерећења), радном праву (нпр. увођење нових прописа о заштити на раду чија примена изискује додатне трошкове), заштити животне средине (нпр. увођење нових еколошких стандарда чија је примена скопчана са додатним издацима), итд.

Имајући у виду мноштво појавних облика стабилизационих клаузула у савременом праву страних улагања, стабилизациона клаузула би, на најопштији начин, могла да се дефинише као одредба којом се стечена права страног улагача чине имуним на промене законодавства државе пријемнице улагања до којих би могло да дође након што је улагачки подухват отпочео, односно након што је улагање уписано у одговарајући регистар.

Зависно од конкретног начина на који се улагач чини имуним на накнадне промене законодавства, могуће је разликовати неколико типова стабилизационих клаузула.

„Класичан“ тип стабилизационих клаузула су тзв. „клаузуле замрзавања“. Путем оваквих клаузула предвиђа се да ће се на улагање примењивати право државе пријемнице улагања, и то онакво какво је било у тренутку отпочињања улагачког подухвата. Другим речима, право државе пријемнице улагања се „замрзава“ у стању у ком је било у тренутку отпочињања улагачког подухвата, тако да се било каква његова накнадна промена која би водила сужењу или гашењу улагачких права не примењује на улагача и његово улагање без улагачеве изричите сагласности. Пример за клаузулу замрзавања је члан 16 став 2 Уговора о концесији између Либијско-америчке нафтне компаније (*Libyan American Oil Company – LIAMCO*) и Либије, који гласи: „*На овај Уговор о концесији ће се, све време њејојој важења, примењивати Закон о нафти*

Government of the Libyan Arab Republic (одлука од 19. јануара 1977. године, објављена у: *Journal du droit International*, 104/1977, стр. 350–389), *British Petroleum Exploration Company Ltd v. Government of the Libyan Arab Republic* (одлука од 10. октобра 1973. године, објављена у: *International Law Review*, бр. 52/1979, стр. 298–377) и *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (одлука од 12. априла 1977. године, објављена у: *Revue d'arbitrage* 1980, стр. 132–191).

*и други меродавни ѱројиси који су били на снази на дан [...]. Измене или укидање ових ѱројиса неће уџицајти на ѱрава која је Комјанија овим Ујовором сџекла без њеној изричијој ѱрисџанка.*¹⁵

Други појавни облик стабилизационих клаузула су тзв. „компензационе клаузуле“. Компензационим клаузулама се предвиђа да ће држава обештетити улагача у вредности за коју су његова улагачка права умањена накнадним променама права државе пријемнице. Економски ефекат клаузула замрзавања и компензационих клаузула је, под непромењеним тржишним условима, исти – улагач на крају свог пословног подухвата излази са оноликим профитом колики би остварио да до промена права државе пријемнице улагања није дошло. Међутим, начин на који се долази до тог економског резултата је различит – код клаузула замрзавања накнадне промене права немају дејство на улагача, тако да он током целокупног трајања улагачког подухвата послује под непромењеним правним условима. С друге стране, у случају компензационих клаузула на улагача се примењује право државе пријемнице улагања какво је заиста на снази у сваком конкретном тренутку, али држава надокнађује улагачу штету коју је претрпео сужењем или губитком својих улагачких права услед примене накнадно промењених прописа. Пример компензационе клаузуле може се наћи у члану 26 став 2 оманског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 2002. године, који гласи: „У случају да било која одредба закона или друђих државних ѱројиса ѱосџане несајласна са одредбама овој Ујовора, Влада Омана ће ѱредузетџи ѱоџребне кораке да надокнади Комјанији сваки ѱубџијак ѱројисџекао из настјале несајласносџи [...].“¹⁶

Трећи начин испољавања стабилизационих клаузула су тзв. „клаузуле економске равнотеже“. Оправданост клаузула економске равнотеже заснива се на полазној претпоставци да је један од фактора који одређују исплатљивост улагања правни оквир који је на снази у држави пријемници улагања. Иако је сама могућност промене права предвидљива, тачан садржај промене најчешће није, па улагач може да процењује ризик и исплатљивост улагања само у контексту правног оквира какав је на снази у тренутку када се процена ризика обавља. На основу такве процене ризика улагач дефинише обим и модалитете свог улагања, тако да на почетку улагачког подухвата улагачеве пројектоване обавезе и његова очекивања од државе пријемнице улагања стоје у одређеном складу. Ако би се тај склад пореметио накнадним променама права државе пријемнице које би ишле у правцу сужавања или гашења улагачевих права, клаузула економске равнотеже обавезује улагача и

15 Наведено према тексту одлуке доступном на адреси: <http://www.trans-lex.org/261400>.

16 Наведено према: R. D. Bishop, J. Crawford, W. M. Reisman, *нав. дело*, стр. 291.

државу да ступе у преговоре како би повратили почетни склад обавеза и очекивања. Клаузула економске равнотеже садржана је у члану 34 став 12 катарског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 1994. године и гласи: „Ако услед накнадног ситијања на снагу закона и других промена економски положај Комјаније буде погоршан у односу на оно што је Комјанија могла разумно да очекује на основу закона и промена који су били на снази на дан [...], а нарочито ако царине прећу [...] проценама, обе стране ће преговорима у доброј вери у циљу проналажења правичног решења којим ће се очувати економска равнотежа овог Уговора.“¹⁷

Конечно, још један облик стабилизационих клаузула су и тзв. „клаузуле поновног преговарања“ или „адаптационе клаузуле“. Као и клаузуле економске равнотеже, и адаптационе клаузуле обавезују улагача и државу да приступе преговорима у циљу редефинисања међусобних обавеза у случају накнадне промене права државе пријемнице улагања. Међутим, за разлику од клаузула економске равнотеже, које дефинишу жељени резултат преговора – поновно успостављање почетног склада улагачевих обавеза и очекивања од државе, адаптационе клаузуле остављају шири простор улагачу и држави да редефинишу свој однос у светлу свих околности које су се измениле током трајања улагачког подухвата. Адаптациона клаузула садржана је у члану 9 Додатног споразума између Владе Кувајта и Америчке независне нафтне компаније (*American Independent Oil Company – AMINOIL*) из 1961. године и гласи: „Уколико се услед измене услова ове или неке касније одобрене Концесије дође до побољшања положаја државе, Комјанија и Влада ће ситијањем у преговоре како би утврдили да ли би, у светлу свих релевантних околности и имајући у виду плаћања која Комјанија осигурава до тог тренутка, било правично изменили овај Споразум.“¹⁸

Ако би се општа заступљеност стабилизационих клаузула кроз време шематски приказивала, дијаграм би имао приближно синусоидални облик. Након почетног продора међу институте инвестиционог права, употреба стабилизационих клаузула је опала у другој половини седамдесетих година двадесетог века. Разлог за ово, како ће се касније показати – привремено, затишје била је појачана активност Уједињених нација на рефирмисању суверенитета држава над природним богатствима.¹⁹ Изражена су мишљења да принцип суверенитета

17 Наведено према: Klaus Peter Berger, „Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators“, *Vanderbilt Journal of International Law*, бр. 36/2003, стр. 1360.

18 Наведено према: Piero Bernardini, „Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments“, *Journal of World Energy Law & Business*, бр. 1/2008, стр. 111.

19 Charter of Economic Rights and Duties of States, approved by UN General Assembly Resolution No. 3281 (XXIX) of 12 December 1974, UN General Assembly Resolutions

над природним богатствима представља *ius cogens* и да државе не могу да се одрекну својих права на природним богатствима или их ограниче, тако да би стабилизационе клаузуле, барем у односу на улагања у сектор енергетике практично требало да буду лишене правног дејства.²⁰ Међутим, већ крајем седамдесетих година арбитражна пракса је стала на становиште да гарантовање улагачу одређених права стабилизационом клаузулом не представља ограничење суверенитета већ, напротив, коришћење овлашћења која из суверенитета проистичу.²¹ Зато се у последњих двадесетак година стабилизационе клаузуле враћају на инвестициону сцену, и то у већем броју модалитета него што је то био случај приликом њиховог првобитног појављивања.

Недавно су обављена два велика истраживања чији је циљ био да се испита заступљеност стабилизационих клаузула у модерним инвестиционим уговорима и законима, а нарочито њихов утицај на одрживи развој²² и људска права.²³ Истраживања су утврдила да постоји разлика у формулисању стабилизационих клаузула у правима држава чланица Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД) и правима држава које то нису. Док државе чланице ОЕСД по правилу ограничавају материјално поље примене стабилизационих клаузула, државе које нису чланице ОЕСД, у жељи да се учине што привлачнијим за стране улагаче, углавном шире формулишу поље примене стабилизационих клаузула.²⁴

Колико год са практичне тачке гледишта стабилизационе клаузуле биле успешан механизам за привлачење страних улагача, у теорији

No. 1803 (XVII) of 14 December 1962 and No. 3171 (XXVIII) of 17 December 1973 affirming the permanent sovereignty of each State over its national resources.

20 Т. Waelde, *нав. дело*, стр. 35, даљим упућивањима, Р. Bernardini, *нав. чланак*, стр. 101, са даљим упућивањима.

21 Видети одлуку у случају *Texaso v. Libya*.

22 Овај извештај је представљен на Глобалном форуму о страним улагањима одржаног у организацији Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД), који је одржан у Паризу 27. и 28. марта 2008. године. Видети: Lorenzo Cotula, *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development*, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf>.

23 Овај извештај је саставила Андреа Шемберг, правни саветник специјалног представника генералног секретара Уједињених нација за пословна питања и људска права, у оквиру истраживачког пројекта који су заједнички извели Међународна финансијска корпорација (IFC) и Уједињене нације 2008. године. Видети: Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights – a research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, доступно на адреси: [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf).

24 А. Shemberg, *нав. дело*, параграфи 115–116.

су њихова делотворност и сврсисходност често довођене у питање.²⁵ Па ипак, стабилизационе клаузуле се и даље укључују у текстове инвестиционих закона и уговора. Најновији пример у српском праву је Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.

III Стабилизациона клаузула у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

У настојању да створи правне претпоставке за ефикасно извођење крупних инфраструктурних пројеката повезивањем приватног и јавног сектора наша земља је крајем 2011. године донела Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (у даљем тексту: ЗЈППК).²⁶ Тим Законом се уређују услови и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства, одређују субјекти надлежни, односно овлашћени за предлагање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства, права и обавезе јавних и приватних партнера, облик и садржина уговора о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије и правна заштита у поступцима доделе јавних уговора, услови и начин давања концесије, предмет концесије, субјекти надлежни, односно овлашћени за поступак давања концесије, престанак концесије, заштита права учесника у поступцима доделе јавних уговора, оснивање, положај и надлежност Комисије за јавно приватно партнерство, као и друга питања од значаја за јавно-приватно партнерство, са или без елемената концесије, односно за концесију.²⁷ Ступањем на снагу Закона престао је да важи ранији Закон о концесијама из 2003. године.²⁸

Члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама насловљен је као „Стабилизациона клаузула“ и гласи:

„У случају промене пројекта након закључења јавног уговора које погоршавају положај приватног или јавног партнера, уговор се може изменити без ограничења, а у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора.“

Премда се по својој садржини не уклапа идеално ни у један од напред издвојених типова стабилизационих клаузула, члан 52 је својим

25 Видети уместо свих: M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, стр. 49–51.

26 Службени гласник РС, бр. 88/2011.

27 Чл. 1 ЗЈППК.

28 Чл. 77 ЗЈППК.

језиком најближи клаузулама економске равнотеже. У том смислу, може се оценити да рубрум члана 52 није најсрећније одабран. Премда смо трамо да са теоретске тачке гледишта појам стабилизационе клаузуле обухвата (и) клаузуле економске равнотеже, са практичне тачке гледишта, по нашем уверењу, означање члана 52 ЗЈППК као стабилизационе клаузуле може да делује збуњујуће. Наиме, верујемо да је у свести наших правника-практичара семантичко поље термина „стабилизациона клаузула“ одређено и обликовано већинским ставом српске правне доктрине која стабилизационе клаузуле изједначава са клаузулама замрзавања,²⁹ као и чињеницом да Закон о страним улагањима садржи стабилизациону клаузулу која је у облику клаузуле замрзавања. У том контексту, плашимо се да би рубрум члана 52 могао да утиче на погрешно тумачење суштине ове одредбе.

Важан елемент сваке клаузуле економске стабилности је дефиниција материјалног услова за њену примену. Наш законодавац се одлучио да примену члана 52 ЗЈППК подреди испуњењу једног општег чињеничног услова (накнадна промена било ког прописа на снази у Републици Србији) који производи одговарајућу последицу (погоршање положаја приватног или јавног партнера). За разлику од уобичајеног приступа при формулисању клаузула економске равнотеже, где се штити само приватни учесник у улагачком подухвату, треба похвалити приступ нашег законодавца који је предвидео да накнадна промена прописа може да наруши права и легитимне интересе не само приватног већ и јавног партнера чиме је, бар на први поглед, избегао да фаворизује приватног партнера у улагачком односу.

С друге стране, треба приметити да је материјални услов за примену члана 52 ЗЈППК прилично широко постављен, јер за отварање преговора захтева промену *било ког* прописа. У академским расправама се у последње време нарочито разматра (не)спојивост широко постављених стабилизационих клаузула са одређеним интересима државе, а нарочито њеним међународном обавезом да омогући одржив развој и штити људска права, међу којима је и право на живот у здравој средини.³⁰ У

29 Тако, нпр.: Александар Ђирић, Предраг Цветковић, „Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 717; Маја Станивуковић, „Кишобран клаузула у билатералним инвестиционим споразумима (БИТ)“, у: Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштитна страних инвеститора*, Подгорица, 2008, стр. 35; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 14. издање, Београд, 2012, стр. 474. За шире тумачење домашаја појма стабилизационе клаузуле видети: Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, Београд 2003, стр. 122.

30 Jorge Daniel Taillant, Jonathan Bonnitcha, „International Investment Law and Human Rights“, у: Marie-Claire Cordonier Segger *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World*

том смислу истакнуто је да би промене прописа у одређеним областима као што су социјална политика, безбедност на раду или заштита животне средине требало да буду ван домашаја стабилизационе клаузуле.³¹

Конечно, последње опажање у вези са текстом члана 52 ЗЈППК односи се на дефинисање циља измена јавног уговора – довођење приватног или јавног партнера у положај у коме је био у *моменту закључења* јавног уговора. Ова формулација, по нашем мишљењу, оставља простор за побољшање. Наиме, у моменту закључења јавног уговора улагачки подухват је био у својеврсној „нултој тачки“ у којој ниједна страна још није остварила било какву корист од самог подухвата. Довођење приватног или јавног партнера у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора налагало би, плашимо се, својеврсно „враћање у пређашње стање“ у односу на улагачи подухват, тако да би приватни или јавни партнер требало да врати све што је по основу јавног уговора примио и да буде обештећен за сва улагања и друга давања која је испуњавајући јавни уговор учинио. Овакав исход се, без сваке сумње, не може сматрати ни применљивим ни ефикасним, а разумно би било претпоставити да није ни био намера законодавца. Зато верујемо да би било пожељније да је, уместо захтева за довођењем приватног или јавног партнера у положај у коме је био у моменту закључења уговора, било примереније да је наш законодавац као циљ преговора поставио поновно успостављање првобитног економског склада међу странама-говорницама или пак, преуређење уговорног односа на начин који би омогућио да, упркос примени нових прописа, обе стране постигну економске циљеве које су разумно могле да очекују под условима који су били на снази у тренутку закључења уговора.

IV Делотворност стабилизационе клаузуле у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

У међународно-привредноправним односима одредбе које се тичу заштите улагача треба да испуне два основна циља. Из перспективе улагача ове одредбе треба да смање ризике којима је улагање изложено, нарочито када се ради о дугорочном улагању велике вредности са асиметричним распоредом фаза улагања и фаза остваривања добити, какви су инфраструктурни пројекти који ће се изводити у форми јавно-приватних партнерстава. Из перспективе државе, одредбе о заштити улагача треба

Investment Law, Kluwer Law International, 2011, стр. 57–80; Audley Sheppard, „Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?“ у: Marie-Claire Cordonier Segger *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, стр. 333–350.

31 J. D. Taillant, J. Bonnitcha, *нав. дело*, стр. 78–80; A. Sheppard, *нав. дело*, стр. 348.

да буду постављене тако да се избегне презаштићеност страног улагача, јер презаштићеност улагача сужава поље радњи које држава сме да предузме према њему и његовом улагању што, у одговарајућем чињеничном склопу, може за последицу да има дискриминацију домаћих лица. Имајући у виду изложене циљеве, покушаћемо да оценимо сврсисходност и делотворност правног средства које учесницима у послу јавно-приватног партнерства ставља на располагање члан 52 ЗЈППК.

Прво питање које је од значаја за процену сврсисходности клаузуле економске равнотеже из Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама је однос клаузуле замрзавања садржане у Уставу и Закону о страним улагањима и члана 52 ЗЈППК. Циљ клаузуле економске равнотеже је да заинтересоване стране у разумно кратком року преуреде свој правни однос на обострано задовољство, тако што ће одступити од неких елемената дотадашњег правног режима а, са друге стране, установити неке нове међусобне повољности.³² При томе, обе стране имају унутрашњу мотивацију да дођу до брзог и одрживог компромиса: држава не жели да улагач у дужем периоду буде незадовољан и остварује мању добит у односу на првобитно пројектовану да се не би окренуо неком другом тржишту на коме може да лакше и брже да надокнади пословни и економски губитак. Са друге стране, и улагач жели да избегне дуге преговоре како не би гомилао губитке и, у крајњем исходу, био принуђен да чини нове временски и економски захтевне кораке – покреће поступак заштите права пред неким инвестиционим форумом и/или пресели своје улагање у неку другу државу. Временски и економски фактор су дакле, од примарне важности за мотивисање страна да буду конструктивне у преговорима о преуређењу међусобних односа. У том контексту, чини се да је, системски посматрано, члан 52 ЗЈППК ограниченог домета. Наиме, на преговарачки амбијент приватног и јавног партнера, поред економских фактора, утичу и клаузуле замрзавања садржане у члану 84 став 3 Устава и члану 9 став 2 Закона о страним улагањима. Клаузуле замрзавања штите улагача од ерозије његових улагачких права дејством нових прописа, чиме он губи мотив да конструктивно приступи преговорима. Све и ако преговори не донесу обострано жељени резултат улагач, због клаузуле замрзавања, остаје у дотадашњем правном режиму па није суочен са потенцијалним губитком као мотивационим фактором за брзо и ефикасно преуређење односа са државом.³³

Системско тумачење од значаја је и за оцену делотворности материјалног услова за примену члана 52 ЗЈППК. Имајући у виду напред

32 М. Sornarajah, *нав. дело*, стр. 54.

33 За супротну аргументацију о клаузули замрзавања као поспешујућем фактору за преуређење модалитета правног односа између улагача и државе видети: А. Ђирић, П. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 724.

наведене клаузуле замрзавања које постоје у српском праву, делује да клаузула економске равнотеже не додаје много у механизму заштите права приватног и јавног партнера. Наиме, услов за примену члана 52 ЗЈППК је ограничен само на погоршање положаја партнера који је условљен променом прописа, а не и неким другим околностима значајним за сектор у коме се пројекат јавно-приватног партнерства изводи. Пошто је питање дејства нових прописа у односу на улагача већ регулисано чланом 84 став 3 Устава Србије и чланом 9 став 2 Закона о страним улагањима, може се закључити да би клаузула економске равнотеже чија је примена била ограничена само на случај промене прописа, а не и других значајних околности, била излишна. Сврха клаузуле економске стабилности у ситуацији када право у коме је садржана познаје и клаузулу замрзавања требало би да буде очување правног односа јавног и приватног партнера динамичним за све време трајања јавно-приватног партнерства тако што би се тај однос учинио осетљивим и реактивним на *све* околности које утичу на економску равнотежу јавног и приватног партнера у датом сектору. Другим речима, клаузула економске равнотеже у праву које познаје и клаузулу замрзавања треба да буде ближа клаузули променљивих околности да би учесницима јавно-приватног партнерства пружила додатну корист у односу на клаузулу замрзавања.

Коначно, члан 52 ЗЈППК пати од једне значајне мане која је инхерентна свим клаузулама економске стабилности. Наиме, под претпоставком да су клаузуле замрзавања садржане у Уставу и Закону о страним улагањима без дејства, поставља се питање шта се дешава у случају да преговори између јавног и приватног партнера не успеју. Дилема гласи: да ли члан 52 ЗЈППК обавезује на вођење преговора или на постизање одређеног резултата? Доктрина стоји на становишту да клаузуле економске равнотеже и адаптационе клаузуле обавезују само на вођење преговора у доброј вери.³⁴ Конкретно, то подразумева обавезу да се преговори воде у циљу отклањања економског несклада до којег је дошло ступањем на снагу тачно одређеног прописа, да се економски склад процењује у односу на одредбе постојећег уговора о јавно-приватном партнерству и претходне праксе међу партнерима, да се обе стране озбиљно труде да постигну компромис и показују заинтересованост и потребну флексибилност у поступку преговора, да свака страна учини доступним све информације од значаја за постизање компромиса, да не злоупотребљава евентуалне тренутне предности своје преговарачке позиције, итд.³⁵ Арбитражна пракса се експлицитно изјаснила да

34 Р. Bernardini, *нав. чланак*, стр. 105–109 са даљим упућивањима.

35 Видети у том смислу К. Р. Berger, *нав. чланак*, стр. 1365–1366 са даљим упућивањима.

арбитражно веће не може да „узурпира улогу представника државе или пословних људи“ тако што ће странама наметати решења и мењати уговор уместо њих.³⁶ Према томе, помињање обима измене уговора у члану 52 ЗЈППК треба схватити само као оквир и правац који се постављају уговорним странама у преговорима, а никако као овлашћење форуму за решавање спора да измени уговор тако што ће обавезати стране на давања која по његовом схватању одражавају поновно успостављање економске равнотеже. Члан 52 ЗЈППК, дакле, не обавезује партнере да нађу одређено решење већ само да приступе преговорима и воде преговоре на одређени начин. У ситуацији када је мотивација приватног партнера да води брзе и ефикасне преговоре умањена дејством клаузуле замрзавања, поставља се питање да ли клаузула економске равнотеже која обавезује само на вођење преговора у доброј вери, без икаквог временског ограничења и предвиђања последица неуспеха да се дође до решења, заиста равноправно штити интересе приватног и јавног партнера у улагачком подухвату.

V Закључак

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама је још један израз системског настојања наше државе да правни амбијент у Србији учини примамљивијим за стране улагаче. У том смислу, законодавац се одлучио да у Закон укључи клаузулу економске равнотеже, којом овлашћује приватног и јавног партнера да измене уговор у обиму којим се поново успоставља склад њихових међусобних права и обавеза, уколико би након закључења јавног уговора у Србији ступио на снагу неки пропис којим се положај неког од партнера погоршава. Сама клаузула економске равнотеже садржи извесне похвале вредне елементе, као што је једнак третман приватног и јавног партнера у погледу права на активирање механизма преуређења уговорног односа, али и неке техничке мањкавости, као што је упутство да се јавни уговор може преуредити у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у *моменту закључења* јавног уговора. Међутим, највећа потешкоћа везана за клаузулу економске равнотеже садржану у ЗЈППК проистиче из чињенице да је њена применљивост и ефикасност условљена и ограничена дејством клаузуле замрзавања садржаним у Уставу и Закону о страним улагањима. Двоструко заштићен клаузулом замрзавања с једне и клаузулом економске равнотеже с друге стране, страни улагач-приватни партнер вероватно неће бити довољно

36 Одлука од 4. маја 1999. године у *ad hoc* арбитражи вођеној по UNCITRAL арбитражним правилима, објављена у: *Yearbook of Commercial Arbitration*, бр. 25/2000, стр. 61.

заинтересован да конструктивно приступи преговорима са јавним партнером и значајно допринесе редефинисању свог правног односа са њим. Зато сматрамо да је наш законодавац требало да пође опрезнијим путем који би допринео бољој заштити интереса државе али истовремено и јачем мотивисању улагача да буде конструктивни саговорник. Тај пут би, према нашем виђењу, подразумевао одустајање од истовременог присуства клаузуле замрзавања и клаузуле економске равнотеже као законских принципа и давање предности исправно састављеној клаузули економске равнотеже или чак неком општем принципу заштите од дискриминаторског и вексаторског поступања државе пријемнице улагања, као што је клаузула правичног и равноправног третмана (енгл. *fair and equitable treatment*). У сваком случају, верујемо да ће о овом питању моћи аргументованије да се дискутује када се буде видело како се одредба члана 52 ЗЈППК спроводи у пракси и како ће је форуми за решавање инвестиционих спорова тумачити.

Marko JOVANOVIĆ, LL.M.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

AN OVERVIEW OF THE STABILIZATION CLAUSE CONTAINED IN THE LAW ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND CONCESSIONS

Summary

In the present paper the author analyzes the stabilization clause contained in the Law on Public-Private Partnership and Concessions. This clause is examined in the light of comparative experiences related to that instrument of protection of investors' rights. A special attention is given to the holistic analysis of the protection mechanisms of investors' rights in Serbian law and the interaction between stabilization clauses contained in the Law on Foreign Investments and the Law on Public-Private Partnership and Concessions. The author concludes that the stabilization clause contained in the Law on Public-Private Partnership and Concessions is the most akin to the economic equilibrium clauses and puts forward potential problems that might arise with respect to the application of the said provision.

Key words: *stabilization clause, freezing clause, economic equilibrium clause, protection of foreign investments, public-private partnership.*