

Кристина СТЕВАНОВИЋ*

ЛЕГИТИМИТЕТ ОБАВЕЗИВАЊА ДРЖАВЕ НА РЕШАВАЊЕ ИНВЕСТИЦИЧИХ СПОРОВА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ ФОРУМОМ

Резиме

Редовна пракса држава је да у циљу привлачења страних инвестиција закључује билатералне споразуме о третману и заштити страних инвестиција, као и да уговора надлежност међународне арбитраже за решавање инвестиционих спорова. Наша држава има већ изграђену праксу у овој области, а у већини закључених инвестиционих споразума уговорила је надлежност Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (ICSID). У правној доктрини се развило учење о јавно-правној природи ICSID-а, према коме се приликом решавања конкретног спора разматрају и процењују и регулаторне активности државе. Овај рад се бави идејом да је у таквим условима потребно обезбедити легитимитет обавезивања државе на решавање спора пред овим форумом. Легитимитет се може посматрати на два различита нивоа: са аспекта остваривања интереса државе као суверена и са аспекта остваривања интереса домаћих привредних субјеката и грађана који могу бити погођени присуством инвеститора на домаћем тржишту.

Кључне речи: билатерални споразуми о третману и заштити страних инвестиција, решавање инвестиционих спорова, регулаторне активности државе, легитимитет.

I Опредељење државе у креирању инвестиционе климе

Процес економске глобализације је узроковао преобликовање територијалног ексклузивитета државе у погледу организације економ-

* Виши стручни сарадник на Универзитету у Нишу

ских активности и политичко-економске моћи.¹ Под утицајем учења о либералној економији, националне привреде су се отвориле ка међународном тржишту. Један од очекиваних ефеката ове интернационализације је развој националне привреде уз учешће страног капитала, и то директних страних инвестиција као најпогоднијег облика тог учешћа. Држава има значајну улогу у привлачењу страних инвеститора на домаће тржиште, кроз креирање повољне инвестиционе климе. Један од инструментата који државе у том процесу користе су билатерални споразуми о третману и заштити страних инвестиција (у даљем тексту: БИТ).² Закључивање ових споразума је постала стандардна пракса држава, јер на тај начин демонстрирају међународној заједници опредељеност да инвеститорима гарантују одређене стандарде третмана, који треба да им омогуће стабилно окружење за пословање. Република Србија није изузетак када је у питању оваква пракса држава. До сада је закључила 50 БИТ-ова.³ Редовно, ови споразуми садрже одредбе којима се уговара надлежност неког међународног форума за решавање инвестиционих спорова. БИТ-ови које је закључила наша држава, у највећем броју случајева имају клаузулу о надлежности Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: ICSID).⁴

Уговарање надлежности ICSID-а може се посматрати са два аспекта: правног и политичког. Са правног аспекта, држава, наступајући у капацитету *de iure imperii*, потписује и ратификује међународну конвенцију којом омогућава инвеститорима да штите своја права пред неутралним форумом. На тај начин, држава дерогира надлежност сопственог судског апаратца за решавање спорова у корист међународне институције. Са друге стране, ради се о политичком опредељењу државе да демонстрира спремност да процену третмана који додељује страним инвеститорима препусти институцији која је независна од уплива националних

1 Више о томе вид. Sassen, Saskia, *Losing control?: sovereignty in the age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

2 Скраћеница дата према енглеском преводу: *Bilateral Investment Treaties* – БИТ.

3 Податак доступан на интернет страни Министарства трговине, туризма и телекомуникација Републике Србије: <http://mtt.gov.rs/sektori/sektor-za-multilateralnu-i-regionalnu-ekonomsku-i-trgovinsku-saradnju/sporazumi-o-uzajamnom-podsticanju-i-zastiti-ulaganja/?script=lat>.

4 Осим БИТ-ова закључених ас САД, Канадом и Руском Федерацијом, наведено према: Maja Stanivuković, „Arbitraža između države i ulagača na osnovu dvostranih sporazuma o zaštiti i unapredenu ulaganja“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića*, Beograd, 2007, 519–521. Овај Центар је основан 1965. године Конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: ICSID Конвенција).

протекционистичких интереса оличених у сувереном ауторитету државе. Са политичког аспекта, држава прави компромис између суверенитета и кредитабилитета обавеза преузетих БИТ-ом.⁵

Закључивање БИТ-ова и уговарање надлежности неутралног међународног форума за решавање спорова треба да буде у функцији истовременог остваривања економских интереса инвеститора и државе домаћина. Међутим, правна доктрина је идентификовала промењену садржину предмета инвестиционих спорова који се решавају пред ICSID-ом, што је резултирало у схватањима о промењеној правној природи овог Центра, уопште. Наиме, овај Центар се изградио на идеји о потреби заштите имовине странаца од нелегалних експропријација.⁶ Од деведесетих година прошлог века, предмет ових спорова су мере државе које предузима у циљу очувања јавних добара (као што су заштита животне средине, права радника, али и очување социјалног мира у доба економске кризе и слично).⁷ На тај начин се, поред разматрања конкретних околности насталог спора, овлашћења трибунала проширују на разматрање регулаторне активности државе.⁸ На основу овако схваћеног предмета инвестиционог спора, уговарање надлежности ICSID-а се схвата као преношење приватног концепта решавања спора пред арбитражом у област јавног права.⁹ У таквом систему, међународна правила и институције добијају улогу у спровођењу јавног ауторитета државе.¹⁰

Основно питање које произилази из схватања о јавно-правној природи ICSID-а је да ли је држава приликом потписивања БИТ-а и заснивања надлежности овог Центра, имала намеру да своја суверена овлашћења подвргне могућности преиспитивања на захтев страног инве-

5 Van Aaken Anne, „Control mechanisms in international investment law“, *The Foundations of International Investment Law – Bringing Theory into Practice*, Joost Pauwelyn and Jorge E. Vinuales (eds), Oxford, 2013, 410.

6 Joost Pauwelyn, „At the edge of chaos? Foreign investment law as a complex adaptive system, how it emerged and how it can be reformed“, *ICSID Review*, 29.2. 2014, 408.

7 Cai Congyan, China-US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime: A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, 12 J. INT'L ECON. L. 457, 477 (2009), наведено према: Burke-White, William W, Andreas Von Staden, „Private litigation in a public sphere: the standard of review in investor-state arbitrations“, *Yale J. Int'l L.*, 35/2010, 289.

8 Joost, 408.

9 Joost, 126.

10 Stoll Peter-Tobias, Holterhus Till Patrik, „The 'Generalization' of International Investment Law in Constitutional Perspective“, *Shifting Paradigms in International Investment Law - More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Steffen Hindelang and Markus Krajewski (eds), Oxford, 2016, 7.

ститора. Идеја да је ICSID инструмент јавног права који утиче на јавне политике држава, покреће питање демократског легитимитета у поступку за решавање инвестиционог спора.¹¹ Са једне стране, ово питање се може сагледати кроз захтев да акте јавне власти могу да разматрају само институције које негују висок степен независности и непристранице.¹² Са друге стране, поставља се питање и суштинске, материјалне демократичности, која треба да одговори на питање да ли је државама остављено право да изаберу одговарајући ниво заштите јавног интереса. Демократичност процеса у области међународног решавања инвестиционих спорова се може посматрати не само са аспекта државног апарате и функција које има држава, већ и са аспекта грађана те државе и њиховог пристанка на режим успостављен БИТ-овима.

II Демократични легитимитет решавања инвестиционих спорова са аспекта остваривања интереса државе

Омогућавање страним инвеститорима да кроз инвестициони спор оспоравају јавни ауторитет државе, резултирало је у мишљењу да су државе закључивањем БИТ-ова и уговорањем надлежности ICSID-а, створиле правни режим у коме су суочене са правном неизвесношћу у погледу својих регулаторних слобода. Суштина овог схватања је у томе да државе показују недостатак капацитета да креирају текст БИТ-а који ће представљати оптималан модел за балансирање интереса државе као суверена и легитимних очекивања инвеститора. Такав споразум би, нужно, требало да узме у обзир дуготрајност инвестиционог односа, што ствара могућност да током времена дође до измене правне ситуације инвестиције. Због тога БИТ треба истовремено да омогући остваривање пуног потенцијала позитивних ефеката инвестиција и адекватно прилагођавање промењеним условима *ex post*.¹³ Схватање о правној неизвесности државе се даље продубљује уговорањем надлежности међународног форума за решавање инвестиционих спорова.¹⁴ Држава потписивањем БИТ-а и уговорањем надлежности ICSID-а даје генералну сагласност за покретање неограниченог броја спорова против ње, чија садржина се тиче њених основних есенцијалних интереса. На тај начин, не само мере

11 Више о томе вид. Von Staden Andreas, „The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: Normative subsidiarity and judicial standards of review“, *International journal of constitutional law*, 4/2012, 1023-1049.

12 Peter-Tobias Till Patrik, 12.

13 Van Aaken, 410.

14 Van Aaken, 410.

које су директно уперене на регулисање правне ситуације инвестиције, већ и мере чија је основна намена далекосежнији економско-социјални утицај, могу бити основ за велике суме компензација у случају да држава изгуби спор. Као последица тога намеће се идеја да је потребно да држава приликом креирања било ког међународног инструмента, мора да води рачуна о адекватном уређивању мере у којој жели да подреди суверену власт међународној арбитражи. Ово се описује као креирање контролних механизама у међународном инвестиционом праву. При том, сматра се да уколико би држава у БИТ-ове унела исувише стриктно формулисане контролне механизме, којима би ограничила могућност инвеститора да оспорава њену регулаторну функцију, ефекат би био умањење кредитабилитета њеног обавезивања међународним споразумом. Овај став упућује на негативне репутационе ефекте, у смислу смањеног капацитета државе да на основу повољне инвестиционе климе привлачи стране инвестиције.¹⁵

Иако процес глобализације и интернационализације у решавању спорова представља изазов за традиционално схватање суверенитета државе, у условима када се не може антиципирати регулаторна слобода државе, тешко је дати аргумент у корист легитимитета међународне институције која подједнако треба да води рачуна о интересима обе стране у спору: државе домаћина и инвеститора. Приликом ових разматрања треба имати у виду да постоји разлика између формалног и социјалног легитимитета. ICSID ужива формални легитимитет, који се заснива на чињеници формалне ратификације ICSID Конвенције.¹⁶ Социјални легитимитет се може схватити као квалитет система, услед кога га његови корисници доживљавају као оправдани ауторитет, чије одлуке се прихватају као легитиман исход спора.¹⁷ У том смислу, изражено је мишљење да за постизање ове врсте легитимитета није довољно да постоји правно ваљан основ обавезивања државе, као ни инструмент (у овом случају ICSID Конвенција) којом се уређују процедуре кроз које се преиспитују одлуке државе. Наиме, поред разматрања институционално-процесног елемента, потребно је укључити и материјални елемент. Легитимитет обезбеђује прихватање одговарајућег стандарда за преиспитивање одлу-

15 Van Aaken, 432.

16 Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 2 од 12. маја 2006. године.

17 Kim Dohyun, „The Annulment Committee’s Role in Multiplying Inconsistency in ICSID Arbitration: The Need to Move Away from an Annulment-Based System“, *NYUL Review*, 86/2011, 255.

ка. У литератури се може идентификовати прихватање стандарда који операционализује принцип нормативне супсидијарности (енг. „*normative subsidiarity*“). Пренето на терен рада ICSID-а, конкретно на разматрање јавних политика и регулаторних мера државе, овај принцип би се могао објаснити као обавеза трибунала да решавање спорова не заснивају искључиво на економским аспектима инвестиције и обавеза одређивања адекватног простора за дискреционо одлучивање државе о питањима од јавног интереса.¹⁸

III Демократични легитимитет решавања инвестиционих спорова са аспекта остваривања интереса грађана

У случајевима када су грађани погођени вршењем јавних овлашћења – потребно је да таква пракса има одговарајући легитимитет.¹⁹ Јавноправна природа ICSID-а подразумева да трибунали и *ad hoc* комитети који поступају у оквиру овог Центра врше оваква овлашћења, па је његов легитимитет потребно размотрити не само са аспекта остваривања интереса државе (у смислу слобода суверених овлашћења државног апарат), већ и са аспекта остваривања интереса грађана. Улога државе у том контексту је од значаја, јер приликом сачињавања и закључивања БИТ-а, мора водити рачуна о одговорности коју има према сопственим грађанима.

Привлачење страних инвестиција намењено је остваривању истог циља као и пословање домаћих субјеката – економски просперитет. Зато држава мора да води рачуна о успостављању правног режима који даје исте могућности пословања домаћим и страним привредним субјектима.

Начелно сви БИТ-ови садрже одредбе о националном стандарду третмана, чији циљ је изједначавање правног положаја страних и домаћих инвеститора. Наше национално законодавство, такође, уређује овај стандард третмана инвестиције. Члан 7. Закона о улагањима²⁰ прописује да страни улагачи, у погледу свог улагања у свему уживају једнак положај и имају иста права и обавезе као и домаћи улагачи. На овај начин се за стране инвеститоре обезбеђује одговарајући положај на тржишту државе домаћина. Међутим, у релевантној литератури се може пронаћи критика оваквог правног режима, јер се сматра да се фаворизују права страних инвеститора. Наиме, према овом схватању, БИТ-ови са уговореном надлежношћу ICSID-а стварају проблем такозване „обрнуте дискриминаци-

18 K. Dohyun, 255.

19 Von Staden, 1024.

20 Службени гласник РС, бр. 89/2015.

је“ (енг. *reverse discrimination*). Ради се о неједнаким могућностима страних и домаћих инвеститора да штите права која су угрожена или повређена мерама које је држава предузела. Страни инвеститори могу покушати да заштите своја права пред органима државе домаћина, или непосредно покренути спор против државе пред међународним форумом. Са друге стране, домаћи инвеститори имају само један правни пут заштите права, пред националним државним органима. Ово питање није од значаја само са аспекта дискриминаторских ефеката, већ и за обезбеђивање једнаких услова конкуренције на тржишту.²¹ Има схватања да се кроз систем за решавање спорова, ова пристрасност у корист инвеститора се институционализује.²²

Са аспекта права грађана, једно од круцијалних питања је такође заштита неинвестиционих интереса. БИТ-ови се баве економским ефектима инвестиције. Међутим, реализација пословног подухвата која подразумева дужи временски период, резултира учешћем инвеститора у свим аспектима јавног живота државе. Пословање инвеститора може нарушити интересе грађана у значајним социјалним сферама (примера ради када дође до приватизације јавних услуга: снабдевања водом, здравства и сл.). ICSID Конвенција²³ прописује могућност да и држава, не само инвеститор, покрене спор. У пракси, практично нема оваквих случаја. Ако држава истовремено због могућности да изгуби спор има ограничenu слободу да националним законодавством штити неинвестиционе интересе, поставља се питање да ли држава има подршку домаћих друштвених снага за закључивање БИТ-ова који креирају овакав правни режим. У овој подршци је срж легитимитета обавезивања државе, а даље и легитимитета процеса одлучивања пред међународним органима.

IV Закључна разматрања

Привлачење страних директних инвестиција се сматра предусловом економског раста. Међутим, државно стратешко опредељење мора да буде обезбеђивање једнаких услова за све учеснике на тржишту да суделују о остваривању овог циља. Држава има дуалну улогу: мора да креира услове за одржив економски развој који укључује стране и домаће инвеститоре, док истовремено показује одговарајући степен одговорно-

21 Peter-Tobias, Till Patrik, 16-18.

22 Brower C, Stephan Schill, „Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?“, *Chi. J. Int'l L.*, 9/2008-2009, 474.

23 ICSID Конвенција, чл. 36, ст. 1.

сти за бављење питањима од националног значаја уз поштовање обавеза преузетих закључивањем БИТ-а.

У оквиру *ICSID*-а има 6 регистрованих случаја против Републике Србије.²⁴ У таквим околностима, избор инструмената којима настоји да привуче стране инвестиције, мора бити базиран на обезбеђењу економске и социјалне оправданости присуства страних инвеститора на домаћем тржишту. Учење о јавно-правној природи *ICSID*-а поставља проблем легитимитета процеса решавања спорова. Са друге стране, за државу је од значаја и питање легитимитета њеног обавезивања за решавање спора пред овим Центром. Овај рад приказује идеје да је на међународном плану потребно развити стандард за решавање спорова који ће обезбедити да разматрање мера и акција државе покаже одговарајући степен осетљивости за питања од националног значаја. На националном плану, потребно је размотрити креирање другачијих модела БИТ-ова, као и домаћег законодавства. Тиме би требало унети контролне механизме, који дозвољавају држави да гарантује инвеститорима правну стабилност и сигурност, док истовремено показује одговорност према сопственим грађанима. Тако да је највећи део ове главе посвећен је једној теми – правни режим у коме се реализују и штите права инвеститора.

24 Податак доступан на интернет страни *ICSID*-а: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>.

Kristina STEVANOVIĆ,
Senior Associate at University of Niš

LEGITIMACY OF THE STATE'S COMMITMENT TO RESOLVE INVESTMENT DISPUTES BEFORE INTERNATIONAL FORUM

Summary

For the States it has become the regular practice to conclude bilateral investment treaties in order to attract foreign investments. As part of this practice, the States usually establish jurisdiction of the international arbitration for settlement of investment disputes. Our state has also established such a practice in this area, and in most of the concluded investment agreements, it has established the jurisdiction of the Center for the settlement of investment disputes between states and citizens of other countries (ICSID). The legal doctrine has identified that ICSID has become a part of the public law. Accordingly, under the auspices of resolving investment dispute, tribunals are reviewing the state's regulatory activities. This paper presents the idea that under such conditions it is necessary to ensure the legitimacy of the state's commitment to establish the jurisdiction of ICSID. Legitimacy can be observed at two different levels: from the aspect of interests of state's sovereign power as well as from the aspect of domestic economic subjects and citizens who may be affected by the presence of investors in the domestic market.

Keywords: *bilateral investment treaties, settlement of investment disputes, regulatory activities of the states, legitimacy.*