

УДК: 341.638:339.727.22/.24(4-672EU) ; 346.543

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2204A

мр Радмила ДРАГИШИЋ*
докторанд Универзитета у Бањој Луци – Правног факултета,
замјеник директора Републичког секретаријата за законодавство,
Босна и Херцеговина

УТИЦАЈ СЛУЧАЈА „АСНМЕА“ НА ПОЛОЖАЈ ИНТРА-ЕУ БИЛАТЕРАЛНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ УГОВОРА

Сажетак

У овом раду се, кроз примјену аналитичких и синтетичких метода, при чему у оквиру њих средишње мјесто заузимају анализа садржаја и компаративна анализа, разматра случај Аштеа као одабрани примјер из јуриспруденције Суда правде Европске уније. Случај се разматра како бисмо сазнали о његовом утицају на положај интра-ЕУ билатералних инвестиционих уговора и његовом потенцијалу да, у недостигању експлицитних одредаби у праву европске организације које уређују однос између интра-ЕУ БИТ-ова и права Европске уније, успостави правну сигурност. У раду анализирамо и споразум о престанку билатералних уговора о инвестицијама од 5. маја 2020. године између држава чланица Европске који је уследио након случаја Аштеа и представља наставак институционалног дјеловања Уније у правцу стављања ван снаге интра-ЕУ БИТ-ова.

* Електронска адреса аутора: r.dragisic@rsz.vladars.net.

Кључне ријечи: *Јуриспруденција. – Случај Ачтеа. – Арбитража. – Инвестиције. – БИТ арбитража.*

І Увод

Посебну врсту арбитраже представља арбитража која се уговара у оквиру билатералног инвестиционог уговора (БИТ), као инструмента међународне заштите страних инвестиција¹ који закључују двије суверене државе у циљу промоције и заштите приватних инвестиција својих пословних субјеката.² БИТ-ови се састоје из двије основне компоненте – једна се односи на заштиту страних инвестиција (нуклеус заштите који укључује национални третман, третман најповлашћеније нације, компензацију за експропријацију и права на пренос капитала), а друга на процедуралне одредбе о рјешавању инвестиционог спора (које се активирају у случају да уговорница не поступа у складу са преузетим обавезама).

Инвестициони спор се рјешава покретањем међународне арбитраже, често под покровитељством Међународног центра за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID)³, с тим да клаузуле о рјешавању спорова у многим БИТ-овима, поред Центра,⁴ реферишу и на судове државе домаћина, процедуре договорене од стране уговорница, арбитражу Међународне трговинске коморе у Паризу,⁵ арбитражу Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право⁶ или на *ad hoc*

1 Jeswald Salacuse, „BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries“, *The International Lawyer*, Vol. 24, Nr. 3/1990, доступно на адреси: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=til>, 1. 10. 2021, 655–67.

2 О поријеклу БИТ-ова вид. Danilo Ruggero Di Bella, „The Origins of BITs: Bilateral Conventions of Establishment (BCEs)“, *Opiniojuris*, 2020, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2020/05/20/re-...>, 3. 10. 2020.

3 Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*), доступно на адреси: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 3. 10. 2020.

4 Jaime Martínez Estévez, James Otis Rodner, „BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has Been Denounced“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, Nr. 4/2012, 437–451.

5 Арбитражна правила Међународне трговинске коморе (*ICC Rules of Arbitration*), доступно на адреси: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, 15. 1. 2021.

6 Арбитражна правила Комисије за међународно трговинско право УН (*UNCITRAL Arbitration Rules*), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/>

арбитражу.⁷ Свака страна (а ту се мисли на државе које су закључиле БИТ) даје понуду за закључење арбитражног споразума. Споразум настаје прихватам те понуде тако што улагач активира механизам предвиђен дијагоналном клаузулом.⁸

Без обзира на одређену тенденцију смањивања преговарања и пораста раскидања БИТ-ова,⁹ овај облик заштите страних инвестиција и даље представља веома актуелну и једну од најактивнијих области стварања међународног права јер на међународном нивоу не постоји свеобухватни правни оквир, а ни међународно обичајно право не нуди свеобухватна рјешења за регулисање управљања страних инвестиција.

Сагласно Уговору о функционисању Европске уније (ТФЕУ),¹⁰ директна страна улагања укључена су у област заједничке трговинске политике (члан 207 ТФЕУ) над којом Унија има искључиву надлежност (члан 3 ТФЕУ). Поменуто укључивање произвело је одређене нејасноће у вези са обухватом заједничке трговинске политике. У циљу појашњења, Суд правде је у савјетодавном мишљењу 2/15 од 16. маја 2017. године, поводом закључивања првог свеобухватног трговинског и инвестиционог споразума у оквиру заједничке трговинске политике након Лисабона (Споразума о слободној трговини између Европске уније и Сингапура),¹¹ појаснио да индиректне инвестиције и рјешавање инвестиционих спорова (*investor-state dispute settlement* – ИСДС) нису обухваћени чланом 207(1) ТФЕУ, и да су остали под заједничким надлежностима.¹² У пракси, ова подјела надлежности има за посљедицу да ће споразуми који покривају и стране директне и индиректне инвестиције и/или ИСДС

contractualtexts/arbitration, 15. 1. 2021.

- 7 О врсти инвестиционих спорова и различитим механизмима за њихово рјешавање вид. Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова у сјомен њроф. др Миодрага Трајковића* (ур. Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 516–518.
- 8 Владимир Павић, „Будућност заштите страних улагања у Србији након случаја Achmea“, *Harmonius*, 2018, 172.
- 9 Вања Павићевић, „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији: нови њоїлеги* (ур. Сања Јелисавац Трошић), Београд, 2019, 188–208.
- 10 Споразум о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union*, ОЈ С 326, 26. 10. 2012; даље у фуснотама: ТФЕУ).
- 11 Opinion of the Court 2/15 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, пара. 305.
- 12 Одредба члана 207(1) ТФЕУ гласи: „Заједничка трговинска политика заснива се на јединственим начелима, посебно у односу на промјене царинских стопа, закључивање царинских и трговинских споразума о трговини робом и услугама те трговинске аспекте интелектуалне својине, директна страна улагања и постизање уједначености мјера либерализације, извозну политику и мјере за заштиту трговине, попут оних које се предузимају у случају дампинга или субвенција.“

бити закључени као мјешовити споразуми, или ће постепено нестати због сувише захтјевног поступка ратификације.¹³ Исте године, 5. децембра, у предмету *C-600/14 Germany v. Council (OTIF)*¹⁴ Суд се поново осврнуо на одредбе Споразума о слободној трговини са Сингапуром, констатујући да одредбе тог споразума које се односе на индиректна страна улагања Унија није могла одобрити сама, без сагласности држава чланица. Експлицитно је указао на немогућност да се унутар Савјета постигне потребна већина како би Унија сама могла извршавати спољну надлежност коју у том подручју дијели са државама чланицама.¹⁵

У наставку разматрамо случај *Achmea* који је, између осталог, посебан и по томе што се Суду правде први пут указала прилика да се изјасни о осјетљивом питању усклађености БИТ-ова које су државе чланице Уније закључивале међусобно, прије или након ступања у њено чланство, са одредбама чл. 18, 267 и 344 ТФЕУ.¹⁶

II Поступак пред Судом правде Европске уније

Суду правде Европске уније упућен је 23. маја 2016. године захтјев за доношење одлуке о претходном питању¹⁷ у оквиру поступка који је покренут пред њемачким редовним судовима у сврху поништења коначне арбитражне одлуке од 7. децембра 2012. године коју је донио арбитражни суд са сједиштем арбитраже у Франкфурту на Мајни, основан у складу са Уговором о узајамном подстицању и заштити инвестиција између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике (БИТ између Холандије и Чехословачке) и УНЦИТРАЛ арбитражним правилима, док је Стални арбитражни суд у Хагу имао улогу секретаријата. Питање је од изузетне важности јер је крајем 2017. године у Унији било на снази 196 БИТ-ова и вођено је много арбитражних поступака између инвеститора и држава чланица. У тим поступцима је

13 Stephan W. Schill, „The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization“, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46, Nr. 2/2019, 105–128.

14 *C-600/14 Germany v. Council (OTIF)*, ECLI:EU:C:2017:935, пара. 67–68.

15 Положај БИТ-ова закључених између држава чланица Уније и трећих земаља регулисан је Уредбом о успостављању прелазних мјера за билатералне инвестиционе уговоре између држава чланица и трећих земаља (*Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*, OJ L 351, 20. 12. 2012).

16 *Slowakische Republik v Achmea BV*, Case 284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

17 Monika Glavina, „To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020, 25–59.

Европска комисија интервенисала као *amicus curiae* како би подржала своју тезу, према којој БИТ-ови унутар Уније¹⁸ нису у складу са ТФЕУ,¹⁹ коју су арбитражни судови системски одбијали као неосновану. У наставку говоримо о основним карактеристикама БИТ-а између Холандије и Чехословачке, анализирамо прилике у Словачкој које су претходиле покретању поступка пред Судом правде, те позицију општег правобраниоца и одлуку Суда правде у случају *Achmea*.

1. Основне карактеристике БИТ-а између Холандије и Чехословачке и прилике у Словачкој

БИТ између Холандије и Чехословачке закључен је 29. априла 1991. године на период од десет година и ступио је на снагу 1. октобра 1992. године.²⁰ Њиме је одређено да уговорнице подстичу инвестиције и инвеститоре друге уговорне стране и дозвољавају улагања у складу са одредбама својег права као и да осигуравају поштено и праведно поступање у односу на инвестиције друге стране, те не смију доносити дискриминацијске мјере. Предвиђено је да уговорне стране не предузимају мјере којима се директно или индиректно одузимају инвеститорима друге уговорне стране њихова улагања, осим ако се испуне минимално три услова: да се мјере предузимају у општем интересу и у складу са законом прописаним поступком, да нису дискриминирајуће те да се предвиди плаћање правичне накнаде која треба представљати *genuine value* инвестиције. Чланом 8 БИТ-а одређено је да се сваки спор између једне уговорне стране и инвеститора друге уговорне стране који се односи на инвестицију тог инвеститора рјешава, ако је могуће, споразумно. Свака уговорна страна пристаје да се спор упути арбитражном суду ако у року од шест мјесеци од када је страна уговорница поднијела захтјев за споразумно рјешавање споразум није постигнут. Арбитражни суд се оснива за сваки појединачни случај тако што свака страна у спору именује једног арбитра, те два тако изабрана арбитра заједно као трећег арбитра бирају држављанина треће земље који постаје предсједник арбитражног суда. Свака странка у спору именује својег арбитра у року од

18 Carrie Anderer, „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, Nr. 3/2010, доступно на адреси: <https://core.ac.uk/download/pdf/228601018.pdf>, 3. 3. 2021, 864–869.

19 Csongor István Nagy, „Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back“, *German Law Journal*, Vol. 19, Nr. 4/2019, 981–1016.

20 Уговор о подстицању и узајамној заштити инвестиција између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике, 1991, доступно на адреси: https://arbitration.org/sites/default/files/bit/czech_republic_netherlands_english.pdf, 4. 3. 2021.

два мјесеца од дана на који је инвеститор обавијестио другу уговорну страну о својој одлуци да упути спор арбитражном суду, а председник се именује у року од три мјесеца од истог дана. Ако се именовање не обави у напријед наведеним роковима, свака странка у спору може позвати председника Арбитражног института Штокхолмске трговинске коморе²¹ да изврши потребна именовања. Ако је председник држављанин једне од уговорних страна или ако је спријечен у обављању наведене функције из других разлога, позива се потпредседник да изврши именовања. Уколико је потпредседник држављанин једне од уговорних страна или ако је такође спријечен у обављању наведене функције, позива се најстарији члан Арбитражног института који нема држављанство једне од уговорних страна да обави потребна именовања. Арбитражни суд утврђује сопствена правила поступка у складу са арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а. Арбитражни суд примјењује правна правила, узимајући нарочито у обзир, али не искључиво: позитивно право предметне уговорне стране, одредбе БИТ-а и сваког другог мјеродавног уговора између уговорних страна, одредбе посебних уговора који се односе на инвестицију, општа начела међународног права. Арбитражни суд одлучује већином гласова и његова одлука је коначна и обавезујућа за странке у спору.²²

Словачка је као сукцесор Чешке и Словачке Федеративне Републике наслиједила 1. јануара 1993. године права и обавезе потоње, а 1. маја 2004. године године постала чланица Уније.²³ У свјетлу случаја *Achmea*, важно је рећи да је исте године у тој земљи вршена реформа здравственог система у оквиру које је отворено тржиште сопственим и иностраним пословним субјектима који су нудили услуге приватног здравственог осигурања.²⁴ *Achmea BV*, предузетник холандске групе осигураватеља, основао је у Словачкој друштво *кћер*, уложивши отприлике 72 милиона евра. Међутим, 2006. године дошло је до промјене

21 Арбитражна правила Института за арбитражу Штокхолмске трговинске коморе (*Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), доступно на адреси: https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf, 5. 3. 2021.

22 Детаљно вид. Karl Sauvant, Michael Chiswick-Patterson, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008, 128.

23 Словачка је имала 90-тих година прошлог вијека велике потешкоће у вези са испуњавањем Копенхашких критеријума. Више вид. Erik Láštík, „Get the Balance Right: Institutional Change in Slovakia during the EU Accession and Membership“, *Sociológia*, Vol. 38, Nr. 6/2006, доступно на адреси: <https://www.sav.sk>, 15. 3. 2021, 533–545.

24 Svätopluk Hlavačka, Róbert Wágner, Annette Riesberg, *Health care systems in transition: Slovakia*, WHO Regional Office for Europe on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2004, доступно на адреси: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/95938/E85396.pdf, 17. 3. 2021.

власти и уведена је, између осталог, забрана уплитања посредника у осигурању, расподеле добити од дјелатности здравственог осигурања и продаје портфеља осигурања. Уставни суд Словачке је 26. јануара 2016. године прогласио неуставним законом уведене забране расподеле добити, те је 1. августа исте године Словачка усвојила нова законска рјешења у области реформе здравственог осигурања посредством којих је поново одобрила расподелу добити. У наведеним приликама показало се потпуно очекиваним да холандски предузетник, због штете која му је нанесена услјед забрана које је увела словачка страна, покрене арбитражни поступак у складу са чланом 8 БИТ-а. Он је то учинио у октобру 2008. године, затраживши накнаду штете од 65 милиона евра. Словачка је изјавила приговор ненадлежности арбитражног суда тврдећи, између осталог, да је ТФЕУ уредио исто подручје као и БИТ између Холандије и Чехословачке који је престао да важи у складу са одредбама Бечке конвенције из 1969. године о примјени узастопних уговора о истом предмету и престанку или суспензији уговора проузрокованих склапањем каснијег уговора.²⁵ Одлуком од 26. октобра 2012. године, арбитражни суд одбио је приговор ненадлежности и огласио се надлежним.²⁶ Тужба за поништење те одлуке коју је њемачким судовима поднијела Словачка била је одбијена. Коначном одлуком од 7. децембра 2012. године арбитражни суд пресудио је да је дошло до кршења одредби о поштености и праведном поступању и одредби о слободном преносу плаћања (чл. 3 и 4 БИТ-а), те је наложио Словачкој да *Achmei* плати накнаду штете у износу од 22,1 милион евра увећану за камате, као и трошкове арбитраже те трошкове и награде за рад адвоката *Achmee*. Словачка је поднијела тужбу за поништење коначне одлуке пред Високим регионалним судом у Франкфурту на Мајни (*Oberlandesgericht Frankfurt am Mein*). Тај суд је одбио тужбу, након чега је Словачка изјавила жалбу Савезном врховном суду Њемачке (*Bundesgerichtshof*) истичући да коначну одлуку суда треба поништити јер је противна јавном поретку. Истакла је и да је арбитражни споразум, склопљен на основу члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, у супротности са чл. 18, 267 и 344 ТФЕУ. Савезни врховни суд Њемачке није дијелио исто мишљење у том погледу. Ипак, установио је да Суд правде ЕУ још није одлучивао у оваквим предметима и да из његове јуриспруденције није стога могуће дати одговор са довољном сигурношћу. Посебно је било потребно имати у

25 Бечка конвенције о уговорном праву (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), доступно на адреси: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, 19. 3. 2021, чл. 30 и 59.

26 Giovanni Zarra, „Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs“, *American Review of International Arbitration*, Vol. 25, Nr. 3–4/2014, доступно на адреси: <https://arbitrationlaw.com/library/arbitrability-disputes-rising-intra-eu-bits-aria-vol-25-nos-3-4-2014>, 1. 4. 2021, 573–599.

виду упорну позицију Комисије која је дјеловала као умјешач на страни Словачке.²⁷ Из наведеног разлога је Савезни врховни суд Њемачке одлучио прекинути поступак и поставити Суду сљедећа претходна питања. Прво, да ли је у супротности са чланом 344 ТФЕУ²⁸ примјена клаузуле БИТ-а којим се предвиђа да инвеститор из једне државе уговорнице у случају спора поводом инвестирања у другој држави уговорници може покренути поступак против потоње државе пред арбитражним судом ако је наведени уговор закључен прије приступања једне од држава уговорница Унији, а арбитражни поступак би требало покренути тек након тог датума? Ако је одговор на прво питање негативан, Савезни врховни суд Њемачке као друго пита да ли је примјена такве одредбе у супротности са чланом 267 ТФЕУ.²⁹ Ако је одговор на прво и друго питање негативан, као треће се поставља питање којим се пита да ли члан 18 ТФЕУ³⁰ треба тумачити на начин да је са њим у супротности механизам ИСДС као што је онај који се уводи чланом 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, а који холандским инвеститорима даје право да покрену међународну арбитражу против Словачке, које немају инвеститори из других држава чланица.

2. Мишљење општег правобраниоца

У прелиминарним опсервацијама општи правобранилац *Wathelet*³¹ указује на подјелу на двије групе држава које су интервенисале у предмету *Achmea*. Прву групу чине државе поријекла инвеститора (Њемачка, Француска, Холандија, Аустрија и Финска) које су никад или ријетко тужене у арбитражним поступцима које покрећу инвеститори.

- 27 Matie Stoyanov, „European Commission seeks termination of five EU Member States’ intra-EU bilateral investment treaties“, 2015, доступно на адреси: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/european-commission-seeks-termination-of-five-eu-member-states-intra-eu-bilateral-investment-treatie>, 11. 4. 2021.
- 28 Овом одредбом је утврђена обавеза држава чланицама да поштују правосудни систем Уније и искључиву надлежност Суда правде, у складу са принципом лојалности.
- 29 Овом одредбом прописано је, између осталог, да је Суд правде надлежан да одлучује о претходним питањима која се тичу тумачења Уговора, ваљаности и тумачења аката институција, тијелâ, канцеларијâ или агенција Уније. Одређено је да ако се такво питање појави пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да је одлука о том питању потребна да би могао донијети пресуду, затражити од Суда да о томе одлучи.
- 30 У члану 18 ТФЕУ прописано је да се унутар подручја примјене Уговора и не доводећи у питање било коју њихову посебну одредбу, забрањује свака дискриминација на основу држављанства.
- 31 Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 19 September 2017, *ECLI:EU:C:2017:699*.

Другу групу чине државе које су интервенисале у корист Словачке и које су тужене у неколико арбитражних поступака поводом инвестирања унутар Уније (Чешка, Естонија, Грчка, Шпанија, Италија, Кипар, Летонија, Мађарска, Пољска, Румунија и Словачка), те које су изазвале нарочиту пажњу општег правобраниоца тврдњама да БИТ-ови унутар Уније нису у складу са Уговором о Европској унији и ТФЕУ. Он је указао на то да став ове групе заслужује посебну пажњу у ситуацији када је само Италија раскинула готово све своје БИТ-ове унутар Уније, осим БИТ-а који има закључен са Малтом, док су остале државе чланице те групе задржале на снази све или већину тих уговора, омогућујући тако сопственим инвеститорима да од њих имају користи. *Wathelet* је, сасвим оправдано, поставио питање да ако су БИТ-ови оправдани само у периоду придруживања и ако су кандидати за чланство и Унија знали да БИТ-ови по приступању неће бити у складу са ТЕУ и ТФЕУ, зашто се у уговорима о приступању није предвидио раскид тих уговора, него је допуштено да дође до правне несигурности која за одређене државе чланице траје више од 30 година, а за многе друге 13 година. Нелогичност става Комисије додатно је појаснио подсећањем на Уговор о Енергетској повељи, потписан у Лисабону 19. децембра 1994. године, који је мултилатерални уговор о улагању у области енергетике и спроводи се између држава чланица, не зато што је закључен као уговор између Уније и њених држава чланица, с једне, и трећих земаља, с друге стране, него као обичан мултилатерални уговор у којем све уговорне стране учествују под једнаким условима.³² Визионарски је указао на могућност да се БИТ-ови унутар Уније замијене једним мултилатералним БИТ-ом или актом Уније, зависно од расподеле надлежности између Уније и држава чланица, који би се примјењивао на инвеститоре свих држава чланица. *Wathelet* је сматрао да кориштење механизма рјешавања спорова из члана 8 БИТ-а, којим се холандским инвеститорима додјељује право да покрену међународну арбитражу против Словачке, не представља дискриминацију на основу држављанства која је забрањена чланом 18 ТФЕУ; да арбитражни суд основан у складу са чланом 8 БИТ-а представља суд државе чланице у смислу члана 267 ТФЕУ, јер је то заједнички суд Холандије и Словачке и да је стога овлашћен упутити Суду претходно питање, подсећајући да према устаљеној судској пракси тијело има природу „суда“ у смислу члана 267 ако је основано на закону, ако је стално, ако је обавезно надлежно, ако је у поступку задовољено начело контрадикторности, ако примјењује

32 Енергетска повеља (*Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on energy efficiency and related environmental aspects*, OJ L 69/1, 9. 3. 1998), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998D0181&from=EN>, 23. 4. 2021.

правна правила, ако је независно, ако се пред њим води поступак и ако је надлежан за доношење одлуке у поступку чија је сврха доношење одлуке судског карактера. Ови критеријуми, према његовом мишљењу, не омогућавају да се арбитражни судови аутоматски искључе из појма „суд државе чланице“ у смислу члана 267 ТФЕУ; да покретање међународне арбитраже под условима из члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке не утиче ни на члан 344 ТФЕУ, ни на поредак надлежности утврђен у ТЕУ и ТФЕУ, и према томе ни на аутономију правосудног система Уније. Дакле, општи правобранилац није сматрао потенцијално опасном ситуацију у којој би арбитражне клаузуле, попут оне из члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, могле довести до тога да арбитражни судови примјењују и тумаче право Европске уније, без контроле судова Уније. Он је, као што смо навели, сматрао да арбитражни суд у конкретном случају представља суд државе чланице у смислу одредби члана 267 ТФЕУ. Управо је наведено размишљање, уз оно да се, када је ријеч о предметном БИТ-у, не може говорити о нарушавању принципа лојалне сарадње³³ и међусобног повјерења изазвало бурне реакције у стручној јавности.³⁴ Мишљење општег правобраниоца ишло је у прилог избјегавања могућег сукоба између међународног инвестиционог и права европске организације.

3. Одлука Суда правде ЕУ

Суд правде Европске уније је пресудом од 6. марта 2018. године у предмету *Achmea* утврдио да арбитражни суд у предметном БИТ-у није заједнички суд неколико држава чланица и не може се сматрати судом једне од држава чланица у смислу члана 267 ТФЕУ, те стога није овлашћен Суду упутити претходно питање. Став суда, који је према оцјени појединих аутора,³⁵ произвео супстанцијалну конфузију, је онај према којем се арбитражни поступак из члана 8 БИТ-а разликује од трговинске арбитраже која проистиче из страначке аутономије, те да арбитражни поступак у случају БИТ арбитраже произлази из уговора којим државе чланице пристају из надлежности сопствених судова и, према томе, система правних лијекова чија им је успостава наложена

33 Радмила Драгишић, *Номоџехника кроз њризму њреузимања њрава Европске уније*, Бања Лука, 2021, 386–388.

34 Cédric Alter, Su-Yi Leung Wing Cheung, „Post-Achmea Investment Treaty Arbitration: A Departure from the EU-centric Approach“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (ed. Dirk De Meulemeester), Alphen aan den Rijn, 2019, 333–357.

35 Benjamin Williams, „Qualifying Achmea: Investor-State Arbitration, Jurisdictional Conflict and EU Decision-Making“, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, Nr. 1/2021, 111–120.

чланом 19 (1) (2) ТЕУ, у подручјима обухваћеним правом Уније, изузети спорове који се могу односити на примјену или тумачење тог права. Из наведеног би се могао извући закључак да државе уговорнице нису својом вољом ступиле у уговорни однос, и управо је то узрок конфузије на коју се указује у доктрини.

Суд, такође, истиче да је тачно да, према његовој устаљеној пракси, међународни споразум који предвиђа оснивање суда задуженог за тумачење његових одредби и чије одлуке обавезују институције, укључујући Суд, начелно није неспојив с правом Уније. Поред тога, додаје и да надлежност европске организације у подручју међународних односа и њена надлежност за склапање међународних уговора нужно садржи могућност подвргавања одлукама суда, основаног или одређеног на основу таквих уговора, у погледу тумачења и примјене њихових одредби. Услов за то је да се поштује аутономија Уније и њеног правног поретка. Према оцјени Суда, осим чињенице да се спорови о надлежности арбитражног суда из члана 8 БИТ-а могу односити на тумачење – како тог уговора, тако и права Уније, могућност упућивања тих спорова тијелу које није дио правосудног система Уније предвиђена је уговором који није склопила Унија, него државе чланице. Члан 8 БИТ-а, осим начела узајамног повјерења међу државама чланицама, како наводи Суд, може довести у питање и очување посебне природе права успостављеног Уговорима, које је зајемчено поступком поводом захтјева за претходну одлуку из члана 267 ТФЕУ, те стога није у складу са начелом лојалне сарадње. Суд сматра да члан 8 БИТ-а утиче на аутономију права Уније, те је одлучио да чл. 267 и 344 ТФЕУ треба тумачити на начин да им сеprotиве одредбе међународног уговора закљученог између држава чланица, попут оних из члана 8 БИТ-а између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике, у складу с којом инвеститор из једне од тих држава чланица у случају спора о улагањима у другу државу чланицу против потоње државе чланице може покренути поступак пред арбитражним судом чију је надлежност та држава чланица дужна прихватити.

III Споразум о престанку БИТ-ова између држава чланица Европске уније

Споразум о престанку БИТ-ова између држава чланица Европске уније потписан је 5. маја 2020. године од стране 23 државе чланице, а на снагу је ступио 29. августа 2020. године.³⁶ Спразум представља

36 Споразум о престанку билатералних уговора о инвестицијама између држава чланица Европске уније (*Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, OJ L 169/1, 29. 5. 2020).

одговор на пресуду у предмету *Achmea*, односно наставак институционалног дјеловања Уније у правцу стављања ван снаге интра-ЕУ БИТ-ова. Наведено дјеловање је оваплоћено у упорности Комисије да се директне стране инвестиције ставе под контролу Уније, што произлази како из њеног појављивања у функцији умјешача на страни Словачке – и за вријеме арбитраже, и за вријеме поступка вођеног за поништење арбитражне одлуке пред њемачким судовима у случају *Achmea*, тако и из преамбуле споразума. Наиме, у преамбули споразума је одређено да ће Комисија и државе чланице интензивирати дјеловање у правцу поступне, снажне и дјелотворне заштите улагања унутар Уније, а што подразумева и израду нових или побољшање постојећих правних инструмената. За претпоставити је да због одсуства сагласности Аустрије, Финске, Ирске и Шведске није приступљено доношењу уредбе, као непосредно примјењивог и дјелујућег правног акта, којом би се регулисао статус интра-ЕУ БИТ-ова, већ је дошло до закључивања споразума чије уговорнице нису све државе чланице Уније. Важно је указати на то да на предметну ситуацију није било могуће примијенити институт унапријеђене сарадње (*enhanced cooperation*) јер, како смо навели, сходно лисабонским рјешењима, директна страна улагања спадају у искључиву надлежност Уније, а то је једна од основних препрека за примјену тог института.³⁷

Циљ Споразума је да се стави ван снаге око 130 интра-ЕУ БИТ-ова,³⁸ а у фокусу су поступци који су сврстани у три стуба. Полазну временску одредницу чини 6. март 2018. године као датум доношења пресуде у предмету *Achmea*. У први стуб су сврстани поступци који су завршени прије 6. марта 2018. године, и нису предмет даљих ревизионих поступака (без дејства су). Други стуб садржи поступке који су активни на дан 6. март 2018. године, и предмет су прелазних мјера које предвиђају структурисани режим дијалога фокусиран на рјешавање спора или приступ националним судовима. У трећи стуб су сврстани поступци који су покренути после 6. марта 2018. године, и означени су као спорни јер арбитражна клаузула садржана у интра-ЕУ БИТ-овима не може представљати правну основу за арбитражне поступке. Споразум се не примјењује на Уговор о енергетској повељи, а само његово ступање на снагу не значи крај за све арбитражне поступке у току, као ни за оне нове.

37 Радмила Драгишић, *Институти унапријеђене сарадње у функцији 'европеизације' норми међународног приватног права*, Бања Лука, 2018, 62–83.

38 Charbel Moarbes, „Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union“, *International Legal Materials*, Vol. 20, Nr. 1/2021, 99–137.

IV Закључак

У доктрини и пракси наилазимо на два дијаметрално супротна схватања о квалитету интра-ЕУ БИТ-ова. Према првом схватању, међународно правни капацитет тих уговора да заштите стране инвестиције није споран јер им они обезбјеђују много већу заштиту од оне коју пружају одредбе ТЕУ и ТФЕУ. Фундамент другог схватања представља став Комисије да примјена механизма рјешавања спорова између инвеститора и државе који је уведен БИТ-ом угрожава јединство и дјелотворност правног поретка Уније. Овај став, у случају *Achmea*, није подржао поступајући општи правобранилац, за разлику од Суда правде Европске уније чија је пресуда фаворизовала ставове Комисије и дала снажан замах у правцу стављања страних инвестиција под стриктну контролу Уније, а што је у великој мјери утицало и утиче на положај Интра-ЕУ БИТ-ова.

На положај Интра-ЕУ БИТ-ова утиче и чињеница да пресуда Суда правде, без обзира што формално представља „завршену ствар“, ипак оставља много питања без одговора, а самим тим и много простора за различита тумачења. Пресуда, као ни Споразум о престанку БИТ-ова, не нуди конкретан одговор шта ће бити са интра ЕУ БИТ-овима у складу са којима се воде поступци који су активни на дан 6. марта 2018. године и предмет су прелазних мјера које предвиђају структурисани режим дијалога фокусиран на рјешавање спора или приступ националним судовима чак и ако је истекао рок прописан националним правом. Они не нуде одговор ни на питање шта ће бити са поступцима који су покренути послије 6. марта 2018. године и који су означени као спорни будући да арбитражна клаузула садржана у интра-ЕУ БИТ-овима, сходно пресуди и споразуму, не може представљати правну основу за арбитражне поступке. Такође, због непостојања временског ограничења и прелазног периода, неизвјесни су и положај и судбина интра-ЕУ БИТ арбитража које су у току.

У сваком случају, показује се неопходним да се институционално дјеловање Уније непрекидно одвија у тежњи да се постигне компромис за доношење непосредно примјењивог секундарног извора права, у сврху конзистентног регулисања положаја интра-ЕУ БИТ-ова.

Коришћена литература

- Alter Cédric, Leung Wing Cheung Su-Yi, „Post-Achmea Investment Treaty Arbitration: A Departure from the EU-centric Approach“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (ed. Dirk De Meulemeester), Alphen aan den Rijn, 2019.
- Anderer Carrie, „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, Nr. 3/2010, доступно на адреси: <https://core.ac.uk/download/pdf/228601018.pdf>, 3. 3. 2021.
- Glavina Monika, „To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020.
- Драгишић Радмила, *Институиуи унапријеђене сарадње у функцији ‘европеизације’ норми међународној приватној права*, Бања Лука, 2018. (Dragišić Radmila, *Institut unaprijeđene saradnje u funkciji ‘evropeizacije’ normi međunarodnog privatnog prava*, Banja Luka, 2018)
- Драгишић Радмила, *Номотехника кроз призму преузимања права Европске уније*, Бања Лука, 2021. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)
- Zarra Giovanni, „Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs“, *American Review of International Arbitration*, Vol. 25, Nr. 3–4/2014, доступно на адреси: <https://arbitrationlaw.com/library/arbitrability-disputes-rising-intra-eu-bits-aria-vol-25-nos-3-4-2014>, 1. 4. 2021.
- István Nagy Csongor, „Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back“, *German Law Journal*, Vol. 19, Nr. 4/2019.
- Láštík Erik, „Get the Balance Right: Institutional Change in Slovakia during the EU Accession and Membership“, *Sociológia*, Vol. 38, Nr. 6/2006, доступно на адреси: <https://www.sav.sk>, 15. 3. 2021.
- Martínez Estévez Jaime, Otis Rodner James, „BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has Been Denounced“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, Nr. 4/2012.
- Moarbes Charbel, „Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union“, *International Legal Materials*, Vol. 20, Nr. 1/2021.
- Павић Владимир, „Будућност заштите страних улагања у Србији након случаја Achmea“, *Harmonius*, 2018. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)

- Павићевић Вања, „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији: нови погледи* (ур. Сања Јелисавац Трошић), Београд, 2019. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)
- Ruggero Di Bella Danilo, „The Origins of BITs: Bilateral Conventions of Establishment (BCEs)“, *Opiniojuris*, 2020, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2020/05/20/re-...>, 3. 10. 2020.
- Salacuse Jeswald, „BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries“, *The International Lawyer*, Vol. 24, Nr. 3/1990, доступно на адреси: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=til>, 1. 10. 2021.
- Sauvant Karl, Chiswick-Patterson Michael, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008.
- Станивуковић Маја, „Арбитража између државе и улагача на основу споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића* (ур. Мирко Васиљевић), Београд, 2006. (Stanivuković Maја, „Arbitražna između države i ulagača na osnovu sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića* (ur. Mirko Vasiljević), Beograd, 2006)
- Stoyanov Matie, „European Commission seeks termination of five EU Member States’ intra-EU bilateral investment treaties“, 2015, доступно на адреси: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/european-commission-seeks-termination-of-five-eu-member-states-intra-eu-bilateral-investment-treatie>, 11. 4. 2021.
- Schill Stephan W., „The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization“, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46, Nr. 2/2019.
- Hlavačka Svätopluk, Wágner Róbert, Riesberg Annette, *Health care systems in transition: Slovakia*, WHO Regional Office for Europe on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2004, доступно на адреси: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/95938/E85396.pdf, 17. 3. 2021.
- Williams Benjamin, „Qualifying Achmea: Investor-State Arbitration, Jurisdictional Conflict and EU Decision-Making“, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, Nr. 1/2021.

Radmila DRAGIŠIĆ

**PhD Student at the University of Banja Luka Faculty of Law, Deputy
Director of the Republic Secretariat for Legislation, Bosnia and
Herzegovina**

IMPACT OF THE ACHMEA CASE ON THE POSITION OF INTRA-EU BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

Summary

In this paper, through the application of analytical and synthetic methods, where content analysis and comparative analysis occupy a central place, the Achme case is considered as a selected example from the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. The case is being considered to find out about its impact on the position of Intra-EU bilateral investment agreements and its potential to establish legal certainty in the absence of explicit provisions in European organization law governing the relationship between EU-Intra BITs and European Union law. The paper also analyzes the Agreement on the Termination of Bilateral Investment Agreements of 5 May 2020 between European Member States, which followed the Achmea case and represents the continuation of institutional action of the Union in the direction of repealing Intra-EU BITs.

Key words: *Jurisprudence. – Achmea Case. – Arbitration. – Investments. – BIT Arbitration.*

Датум пријема рада: 3. 11. 2021.

Датум исправке рада: 24. 2. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 4. 2022.