

Др Пејтар М. Бундић, ванредни професор  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду  
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

## ПРОЦЕСНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ПРИМЕНУ КЛАУЗУЛЕ О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ: ЗАШТО ЈЕ ТЕШКО РЕЋИ НЕ?\*

**Сажетак:** Међународни уговори о заштити и подстицању улагања представљају својеврсну погодбу којом држава пријема улагања обезбеђује посебну материјалноправну заштиту улагачима друге државе уговорнице, мотивисана жељом за привлачењем стране капиталала. Међутим, корпоративна структура улагања може бити тако организована да се иза заштићене инвестиције, као њен крајњи власник, „крије“ физичко или правно лице којем ипак заштита није намењена. Клаузула о ускраћивању погодности (енгл. *Denial of Benefits Clause*) је инструмент који би требало да држави омогући ускраћивање оваквим улагањима заштићене предвиђене споразумом. У овом раду се разматра примена клаузуле о ускраћивању погодности од стране арбитражних судова, при чему се посебан нагласак ставља на процесна ограничења која су се у досадашњој арбитражној пракси показала као значајна препрека за ефикасну употребу клаузуле у инвестиционим споровима.

**Кључне речи:** клаузула о ускраћивању погодности, инвестициони спор, инвестициона арбитража, надлежност арбитражног суда

### 1. УВОД

У новембру 2018. године, арбитражни суд под окриљем Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (енгл. *International Centre for*

---

\* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

*Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: ИКСИД) донео је одлуку којом одбија приговоре ненадлежности у предмету Мера против Србије (*Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*).<sup>2</sup> Спор против Србије покренуло је кипарско привредно друштво на основу одредаба Споразума између Србије и Црне Горе и Републике Кипар о узајамном подстицању и заштити улагања.<sup>3</sup> Арбитражно веће је прихватило надлежност без обзира на чињеницу што је крајњи власник кипарског тужиоца, посредством друштва регистровано у Панами, држављанин Србије.<sup>4</sup> Аргумент Србије – да циљ и сврха Споразума у питању не могу бити остварени пружањем заштите улагању српског бизнисмена који улаже средства пореклом из Србије, у пословни подухват у Србији<sup>5</sup> – арбитражни суд је одбио, са образложењем да је аргумент у супротности са текстом Споразума.<sup>6</sup>

Случајеви у којима се као тужиоци у инвестиционој арбитражи јављају страна правна лица која су у својини или под контролом држављана тужене државе нису били непознати у пракси ни пре доношења одлуке у предмету Мера против Србије.<sup>7</sup> Могућност да се домаћи улагач „сакрије“ иза правног лица које је основано у иностранству и изведе сопствену државу пред међународни арбитражни суд постоји, пре свега, захваљујући широким дефиницијама појма „улагача“ и „улагања“ у двостраним споразумима о подстицању и заштити улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ) и доминантној неспремности арбитражних судова да прихвате постојање ограничења сопствене надлежности које није изричито прописано релевантним БИТ-овима. Ако оваква одредба дефинише улагача друге државе уговорнице као правно лице основано на њеној територији у складу са прописима ове државе, арбитражни суд се најчешће неће упустити у испитивање порекла капитала тужиоца или питања да ли га фактички контролише друго правно или физичко лице које не би уживало заштиту по БИТ-у. Овакав приступ, иако није лишен контроверзи,<sup>8</sup> правда се схватањем да није на

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

<sup>3</sup> Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 14/2005.

<sup>4</sup> *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*, пасус бр. 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, пасуси бр. 137-139.

<sup>6</sup> *Ibid.*, пасус бр. 150.

<sup>7</sup> Вид. *Tokios Tokeles v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004. Такође, *The Rompetrol Group N. V. v. Romania* (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008. Вид., такође, Маја Станивуковић, Домаћи улагач као тужилац у међународном инвестиционом спору, *Правна ријеч*, 2012, том 9, бр. 33, 127-143.

<sup>8</sup> Вид. Издвојено мишљење (*Dissenting Opinion*) арбитра Проспера Вејла (*Prosper Weil*) у предмету *Tokios Tokeles v. Ukraine*. За критику одлуке арбитражног суда у овом предмету и схватања да заштита у међународној арбитражи треба да буде пружена и инвестицијама

арбитражном суду да наметне ограничења у погледу домаћаја БИТ-а ако такво ограничење није присутно у његовом тексту, те да постоји обавеза овог суда да прихвати надлежност када она проистиче из извора који представља јурисдикциону основу његовог поступања.<sup>9</sup>

Временом су, међутим, у уговорној пракси државе развиле инструменте намењене спречавању домаћих правних и физичких лица или лица која припадају трећим државама да се користе погодностима које би требало да буду резервисане само за улагаче других држава уговорница. Један од инструмената, који се једнако користи у мултилатералним споразумима о заштити улагања и БИТ-овима, јесте клаузула о ускраћивању погодности (енгл. *Denial of Benefits Clause*).<sup>10</sup> Клаузула у питању представља одредбу међународног уговора о заштити улагања која држави уговорници (држави пријема улагања) пружа могућност да ускрати права предвиђена тим уговором (или једним његовим делом) правном лицу које не обавља значајну пословну активност на територији друге државе уговорнице и које је у својини или под контролом лица која су држављани државе пријема или треће државе (државе која није уговорница).<sup>11</sup>

Споразуми који у себи садрже клаузулу о ускраћивању погодности разликују се међусобно у погледу текста клаузуле при чему се, начелно, могу поделити у две групе. Прву чине они чији је превасходни циљ да спрече тзв. *free-riding* ефекат – појаву да се погодностима споразума користе држављани трећих држава, односно држава које нису преузеле реципрочну обавезу према држави пријема улагања.<sup>12</sup> Овакви споразуми ускраћују погодности само држављанима (физичким и правним лицима) држава које нису уговорнице. Карактеристичан пример представља одредба чл. 17 Спо-

---

које контролишу држављани државе пријема види: Сања Ђајић, О циљном тумачењу међународних уговора о заштити страних улагања: од преамбуле до преамбуле, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2015, 586-589.

<sup>9</sup> Вид., *Tokios Tokeles v. Ukraine*, пасус бр. 36.

<sup>10</sup> Клаузула о ускраћивању погодности се релативно ретко јавља у споразумима о заштити улагања. Према подацима Комисије Уједињених нација за трговину и развој мање од десет процената оваквих споразума данас садржи овакву клаузулу. Вид. Loukas Mistelis (Мистелис), Crina Baltag (Балтар), „Denial of Benefits” Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018, 1. Студија је доступна у електронском облику на: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3300618](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300618).

<sup>11</sup> Вид. Jorun Baumgartner (Баумгартнер), *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 116.

<sup>12</sup> Вид. Lindsay Gastrell (Гастрел), Paul-Jean Le Cannu (Лекану), *Procedural Requirements of „Denial of Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*, ICSID Review, Vol. 30, 1/2015, 81; Такође, Маја Станивуковић, *State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising under the Energy Charter Treaty*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2011, 266, 267,

разума о енергетској повељи (*Energy Charter Treaty*), мултилатералног споразума намењеног, између осталог, заштити улагања у енергетском сектору.<sup>13</sup>

*Свака Сирана Уговорница задржава ираво да ускраији иредности овог дела:*

- (1) *Правном лицу, ако су држављани иреће државе власници ипог иравног лица или га кониролуицу и ипо лице не осиварује значајну иословну актиивносћ на иодручју Сиране Уговорнице у којој је организовано; или*

...

Другу групу споразума чине они који круг адресата клаузуле о ускраћивању погодности дефинишу шире. У новијим споразумима о подстицању и заштити улагања погодности се ускраћују и инвеститорима (привредним друштвима) друге државе уговорнице који су под контролом или у својини држављана државе пријема улагања.<sup>14</sup> Такву клаузулу садржи и БИТ између САД и Уругваја (2005):

*Уговорница може ускраијији ипогодности из овог Споразума улагачу друге Уговорнице који је иривредно друштво ие Уговорнице и улагачу ипог улагача ако иривредно друштво не иредузима значајну иословну актиивносћ на иериијорији друге Уговорнице и ако улагач иреће државе или Уговорнице која ускраћује ипогодности иоседује или кониролуице ипо иривредно друштво.*<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Текст овог споразума, као и осталих споразума који се помињу у овом раду, доступан је на специјализованој интернет страници Комисије Уједињених нација за трговину и развој: <https://investmentpolicy.unctad.org/>. Вид., такође, чл. 1113(2) Северноамеричког споразума о слободној трговини (North American Free Trade Agreement) и чл. 13 БИТ-а између САД и Хрватске (1996).

<sup>14</sup> Вид., на пример, чл. 23(1) БИТ-а између Јапана и Аргентине (2018) или БИТ између Аргентине и Уједињених Арапских Емирата (2018).

<sup>15</sup> Члан 17, став 1. Нагласак аутора. Сличну одредбу садрже чл. 9 БИТ-а између Азербједана и Србије (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 8/2011) и члан 19 БИТ између Канаде и Србије (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 8/2015). У оба споразума које је закључила Србија, међутим, текст клаузуле о ускраћивање погодности у верзији на српском језику одступа од оне на енглеском (у случају БИТ-а са Канадом и од текста на француском језику). Док се из верзије текста на енглеском језику може јасно закључити да се ускраћивање погодности односи на друштва друге државе уговорнице које поседује или контролише држављанин државе пријема, из члана 19 БИТ-а са Канадом у верзији на нашем језику, на пример, следи да се клаузула примењује на друштва основана у другој држави уговорници која су у својини или под контролом држављана треће државе или држављана „...Стране којој се ускраћују погодности...“<sup>16</sup>. Овде је у питању очигледна омашка која се, додуше, упорно појављује у текстовима српских БИТ-ова (као пример се може навести и члан 13 став 1 тачка а) новог БИТ са Турском од 2018. године који још увек није ступио на снагу или члан 12 Модел БИТ Србије од 2014. године). Поменућу одредбу би требало тумачити

У извесном броју инвестиционих спорова тужене државе су покушале да се користе клаузулом о ускраћивању погодности. То је довело да настанка арбитражне праксе која показује да су многа питања у вези са применом ове клаузуле још увек проблематична. Нека од њих се односе на процесне претпоставке за употребу ове клаузуле и њено дејство, а друга на тумачење материјалноправних услова за ускраћивање погодности улагачу. Сврха овог рада је да анализира начин на који су арбитражни судови решили питања у вези са процесним претпоставкама за примену клаузуле и да понуди закључак о томе у којој мери је клаузула о ускраћивању погодности ефикасно средство за постизање циља који није изричито прокламован али недвосмислено проистиче из уношења овакве одредбе у споразуме о заштити улагања – да се спречи злоупотреба механизма пружања заштите улагачима од стране субјеката којима таква заштита није намењена. Са тим циљем, у наставку рада се обрађују проблеми који су се до сада најчесталије јављали у арбитражној пракси.

## 2. ДА ЛИ ПОСТОЈИ ОБАВЕЗА ДРЖАВЕ ДА СЕ ПОЗОВЕ НА КЛАУЗУЛУ О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ?

Једно од питања које се нужно јавља у сваком поступку у којем долази у обзир примена клаузуле о ускраћивању погодности јесте да ли клаузула делује аутоматски, тј. да ли се њена примена активира када су испуњени услови дефинисани клаузулом или држава мора да узме активну улогу – да се позове на клаузулу и обавести улагача да су му погодности ускраћене.<sup>16</sup> Одговор зависи од начина на који је клаузула формулисана.<sup>17</sup> Такозване аутоматске клаузуле, које не захтевају то да се државе на њих претходно позову екстремно се ретко појављују у БИТ-овима.<sup>18</sup> Као последица тога, доступна арбитражна пракса односи се само на примену клаузула које су дискреционе

тако да, када је Србија у питању, постоји могућност да се погодности из БИТ-а ускрате не само инвеститорима треће државе који контролишу канадско привредно друштво, већ и онда када је канадско друштво у својини или под контролом српских држављана. Исто важи за релевантне одредбе српских БИТ-ова са Азербејџаном и Турском.

<sup>16</sup> Вид. . L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 13.

<sup>17</sup> Вид. United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2011, 92.

<sup>18</sup> Претрага интернет базе података Конференције Уједињених нација за трговину и развој (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping>) показује да од 2577 споразума садржаних у овој бази, само 9 садржи клаузулу формулисану на овај начин. Интернет страница посећена 19.10.2019. Један од примера овакве клаузуле је одредба члана 14 БИТ-а између Србије и Уједињених Арапских Емирата (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 3/2013) која наглашава да „Привилегије овог Споразума неће бити доступне...“ (енгл. Benefits of this Agreement shall not be available...) одређеном кругу улагача.

по својој природи. Имајући то у виду, чињеница констатована у литератури – да арбитражни судови сложено закључују како држава пријема улагања мора да се позове на клаузулу о ускраћивању погодности да би она произвела дејство,<sup>19</sup> не представља велико изненађење.

Потреба да држава активно истакне одбрану засновану на клаузули о ускраћивању погодности први пут је констатована од стране арбитражног суда у предмету Плама против Бугарске (*Plama v. Bulgaria*), у контексту тумачења става 1 члана 17 Уговора о енергетској повељи и као одговор на аргумент Бугарске да примена клаузуле није условљена било каквом активношћу државе:

*„Према гледишту арбитражног суда, постојање „права“ се разликује од његовог коришћења. На пример, уговорна страна може имати право да искористи њужбени захтев у арбитражи; али не може бити арбитраже ако то право не буде искористиено и док се то не догоди. На исти начин, Страна Уговорница има право на основу члана 17(1) Уговора о енергетској повељи да ускрати улагачу погодности из Дела III; али није обавезна да искористи ово право; и могуће је да то никада ни не учини...“<sup>20</sup>*

Овакво гледиште је изричито прихваћено од стране других арбитражних судова који су тумачили клаузулу о ускраћивању погодности из Уговора о енергетској повељи<sup>21</sup> а прећутно и од стране арбитражних судова који су примењивали „дискрециону“ клаузулу присутну у другим споразумима.<sup>22</sup>

### 3. ВРЕМЕНСКО ОГРАНИЧЕЊЕ ЗА КОРИШЋЕЊЕ КЛАУЗУЛЕ О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ

Констатација да је држава дужна да се позове на клаузулу о ускраћивању погодности нужно са собом носи питање до ког тренутка је могуће истицање овакве одбране. Арбитражна пракса је у овом делу неконзистентна. Проблем

<sup>19</sup> Вид. L. Gastrell, P. Le Cannu, op. cit., 82.

<sup>20</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, пасус бр. 155.

<sup>21</sup> Вид., на пример, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia* (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, пасус бр. 456; *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd.* (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, пасус бр. 419; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018, пасуси бр. 234, 235.

<sup>22</sup> Вид. *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016. У овом предмету арбитражно веће расправља, између осталог, о томе да ли су били испуњени услови за валидно позивање Египта на клаузулу о ускраћивању погодности из БИТ-а са САД. Вид. пасус бр. 131 и даље.

је у томе што наведено питање најчешће није нормирано у споразумима о заштити улагања и што одговор на њега зависи од схватања о томе да ли ускраћивање погодности може да има ретроактивно дејство и да ли утиче на надлежност арбитражног суда. Сва ова питања се у суштини сведе на једно основно: може ли тужена држава да се позове на ускраћивање погодности у арбитражном поступку, односно онда када је улагач већ покренуо арбитражу?

У овом погледу најрестриктивније тумачење усвајају арбитражни судови формиран под окриљем Уговора о енергетској повељи. Међутим, ни они не нуде једнообразно тумачење. Арбитражно веће у предмету Плама против Бугарске је закључило да потенцијални инвеститор, приликом доношења одлуке о улагању, мора на разуман начин бити обавештен о томе да ли је држава пријема одлучила да му ускрати погодности које се односе на материјалноправни третман његовог евентуалног улагања.<sup>23</sup>

Слично томе, арбитражни суд у предмету Кан против Монголије (*Khan v. Mongolia*) се позива на прокламовани циљ Уговора о енергетској повељи – стварање предвидивог правног оквира за улагања у области енергетике – како би оправдао прихватање гледишта заузетог у спору Плама против Бугарске да ускраћивање погодности од стране државе није могуће након што је тужилац већ извршио улагање.<sup>24</sup>

За разлику од претходне две одлуке, арбитражно веће је у предмету Аском против Казахстана (*Ascom v. Kazakhstan*) закључило да се члан 17 Уговора о енергетској повељи може применити само уколико се држава на њега позове *пре насипанка сјора*, што је Казахстан пропустио да уради.<sup>25</sup> Веће је одбрани тужене државе заснованој на клаузули о ускраћивању погодности посветило само један пасус у образложењу арбитражне одлуке и није понудило никакву анализу у погледу закључка о тренутку до којег је могуће ускраћивање погодности.

Свеобухватна анализа питања до ког момента је могуће ускраћивање погодности на основу члана 17 Уговора о енергетској повељи се јавља у скорашњој арбитражној одлуци донетој у предмету НекстЕра против Шпаније (*NextEra v. Spain*).<sup>26</sup> У овом случају је спор проистекао из одлуке Шпаније да измени систем државних субвенција за соларне електране које су биле у

<sup>23</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, пасус бр. 161.

<sup>24</sup> Вид. *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia* (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, пасуси бр. 426-429.

<sup>25</sup> *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan* (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013, пасус 745. Нагласак аутора.

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

својини два шпанска привредна друштва. Међутим, структура улагања је била таква да су шпанска привредна друштва била у својини другог друштва основаног у Шпанији, а његов власник је било холандско привредно друштво које је, посредством још једне компаније основане у Холандији, контролисало матично друштво са седиштем у САД.<sup>27</sup> Као тужиоци пред арбитражним судом ИКСИД су се јавила два холандска привредна друштва, захваљујући одредбама Уговора о енергетској повељи које статус улагача дају правним лицима организованим у складу са правом државе уговорнице која имају у својини или контролишу улагање, директно или индиректно.<sup>28</sup> Оваква структура улагања је омогућила Шпанији да се позове на клаузулу о ускраћивању погодности и да оспори постојање надлежности арбитражног суда, услед недостатка пристанка тужене државе на арбитражу са правним лицима која у крајњој инстанци контролишу лица треће државе (САД) и која не предузимају значајну пословну делатност у другој држави уговорници (Холандија).<sup>29</sup>

Арбитражни суд је прво анализирао испуњеност материјалноправних услова за примену клаузуле о ускраћивању погодности и закључио да су холандски тужиоци заиста били под контролом лица треће државе (САД).<sup>30</sup> Међутим, приликом разматрања другог услова (постојање „значајне пословне делатности“), арбитражно веће је нашло да не мора да пружи одговор на то да ли је услов испуњен, због чињенице да се Шпанија није на време позвала на клаузулу.<sup>31</sup>

Из образложења арбитражне одлуке следи да држава пријема улагања може да се позове на клаузулу из члана 17 Уговора о енергетској повељи најкасније у тренутку у којем су испуњена два кумулативна услова: а) држава је свесна да јој структура улагања омогућава ускраћивање погодности улагачу и б) улагач је исказао своју намеру да се користи одредбама које му пружају заштиту.

У конкретном случају, веће је закључило да су шпанске власти биле упознате са структуром улагања током 2009. године, када су се упустиле у преговоре са америчком компанијом у вези са улагањем у соларну индустрију и када им је саопштено да ће инвестицијом управљати холандска привредна друштва.<sup>32</sup> Шпанија је охрабривала компаније из НекстЕра групе да изврше улагање, без било каквог наговештаја да би им заштита предви-

<sup>27</sup> Ibid., пасуси бр. 93-96.

<sup>28</sup> Вид. чл. 1(6) и 1(7) Уговора о енергетској повељи.

<sup>29</sup> NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, пасуси бр. 213, 214.

<sup>30</sup> Ibid., пасус бр. 252.

<sup>31</sup> Ibid., пасус бр. 261.

<sup>32</sup> Ibid., пасус бр. 264.

ђена Уговором о енергетској повељи могла бити ускраћена.<sup>33</sup> Такође, током марта 2012. године, званичници шпанске Владе су примили писмо упућено од стране потпредседника америчке матичне компаније, у којем се Шпанија упозорава да су холандска друштва-ћерке улагачи који уживају права на основу поменутог споразума и да имају намеру да своја права заштите и покретањем арбитраже.<sup>34</sup> Према гледишту арбитражног суда, у овом тренутку је Шпанија стекла могућност да се позове на клаузулу о ускраћивању погодности.

Образложење арбитражне одлуке у овом предмету не нуди конкретан закључак о року у којем је држава била обавезна да инситира на ускраћивању погодности улагачу, већ сугерише да правовременост приговора зависи од тога да ли је држава пријема поступала у доброј вери. Наиме, након што је Шпанија упозорена на могућност покретања арбитраже, пружила је додатна уверавања улагачима да ће њихова права бити поштована и на клаузулу о ускраћивању погодности се позвала тек у септембру 2015. године, у поднеску којим оспорава надлежност арбитражног суда.<sup>35</sup> Одлагањем коришћења ове одбране у периоду дужем од три године, према закључку арбитражног већа, Шпанија је изгубила право да се на клаузулу позове у арбитражном поступку.<sup>36</sup>

Требало би имати у виду да одлука у предмету НекстЕра не одриче изричито могућност да тужена држава „активира“ право ускраћивања погодности након покретања арбитражног поступка, под условом да су се услови о којима арбитражно веће говори стекли тек након што је спор покренут. У овом смислу се тумачење члана 17 Уговора о енергетској повељи приближава начину на који арбитражни судови изван нормативног контекста овог споразума тумаче поменуту клаузулу. У извесном броју одлука, наиме, временско ограничење о којем је реч се посматра знатно флексибилније, посебно у поређењу са одлукама као што су Плама против Бугарске или Кан против Монголије.

У предмету Пак Рим против Ел Салвадора (*Pac Rim v. El Salvador*), арбитражни суд под окриљем ИКСИД је тумачио клаузулу о ускраћивању погодности из Споразума о слободној трговини између Централне Америке, Доминиканске Републике и САД (*Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America*).<sup>37</sup> Арбитражни

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid., пасус бр. 265.

<sup>35</sup> Ibid., пасус бр. 266 и 263.

<sup>36</sup> Ibid., пасуси бр. 268, 269.

<sup>37</sup> Члан 10.12. став 2: Под резервом члана 18.3. (Обавештења и обезбеђивање информација) и 20.4. (Консултације), Уговорница може ускратити погодности из овог поглавља улагачу друге Уговорнице који је привредно друштво те друге Уговорнице и његовом ула-

суд је нашао да, у складу са Арбитражним правилима ИКСИД, тужена држава може да се позове на клаузулу „најкасније у року који је одређен за подношење одговора на тужбу.“<sup>38</sup> Одлука је заснована на чињеници коју је арбитражни суд констатовао раније,<sup>39</sup> да се клаузула о ускраћивању погодности из овог споразума односи на ускраћивање свих погодности из поглавља које се односи на улагања, укључујући ту и право на покретање арбитраже. Због тога је, према схватању суда, једино могуће тумачење да тужена држава може да се позове на ускраћивање погодности до тренутка који је арбитражним правилима одређен као последњи рок за изношење приговора ненадлежности арбитражног суда. Приликом тумачења датог проблема, арбитражни суд се ослонио и на поднеске које су поднеле државе уговорнице које нису биле стране у спору (САД и Костарика) у којима се истиче да би клаузула о ускраћивању погодности била лишена практичног дејства уколико би се од државе захтевало да је искористи пре покретања арбитраже, будући да ова држава најчешће није у стању да сазна организациону структуру улагања нити да прати њене помене пре избијања спора.<sup>40</sup>

Сличан закључак у погледу тренутка до којег се држава може позвати на клаузулу о ускраћивању погодности донео је арбитражни суд у предмету Јулисис против Еквадора (*Ulysseas v. Ecuador*).<sup>41</sup> Имајући у виду то да се релевантна клаузула из БИТ-а између САД и Еквадора односила на могућност ускраћивања свих погодности на основу овог споразума, укључујући право на покретање арбитраже, тужена држава је могла да се позове на клаузулу од тренутка када је тужилац покушао да се користи овим правом (од тренутка покретања арбитраже), све до тренутка у којем је, према примењеним правилима поступка, наступио последњи рок за оспоравање надлежности арбитражног суда.<sup>42</sup>

Закључак арбитражног суда у наведеном спору изричито је прихватило и арбитражно веће у предмету Рурелек против Боливије (*Rurelec v. Bolivia*).<sup>43</sup> И у овом случају се могућност ускраћивања погодности из клаузуле присутне у БИТ-у између САД и Боливије односила на све погодности из спо-

---

гању, ако то привредно друштво не предузима значајну пословну активност на територији било које Уговорнице, осим Уговорнице која ускраћује погодности, и ако лица државе која није Уговорница или лица Уговорнице која ускраћује погодности, поседују или контролишу то привредно друштво.

<sup>38</sup> Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, пасус бр. 4.85.

<sup>39</sup> Ibid., пасус 4.4.

<sup>40</sup> Ibid., пасуси бр. 4.85., 4.53., 4.56.

<sup>41</sup> Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.

<sup>42</sup> Ibid., пасус бр. 172.

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

разума, укључујући право на покретање арбитраже, те је арбитражни суд закључио да је позивање на клаузулу у приговору ненадлежности који је поднела Боливија учињено на време.<sup>44</sup> Важно је напоменути да се образложење у овом случају дотиче и питања које је арбитражно веће у спору Пак Рим разматрало у контексту сврхе и циља клаузуле о ускраћивању погодности: да ли је упутно и практично оствариво од државе захтевати да испитује испуњеност услова за примену клаузуле пре него што је спор са улагачем настао и пре него што је арбитражни поступак покренут:

*„Чињеница је да би било неубичајено за државу да испитује да ли су претпоставке из члана XII испуњене у односу на улагача са којим није ни у каквом спору. У таквом случају, обавештавање о ускраћивању погодности би – само по себи – било виђено као нејурисдицкони и неоснован акт, суврошан промоцији спорних улагања. Са друге стране, испуњеност наведених услова није стипична и може се мењати из дана у дан, што значи да ће држава моћи да процени да ли су ти услови испуњени и да одлучи да ли ће ускраћивање погодности из споразума у конкретном спору, само након што је спор већ настао.“<sup>45</sup>*

Наведене одлуке показују да могућност ефикасне употребе клаузуле о ускраћивању погодности након покретања арбитраже зависи од начина на који је конкретна клаузула формулисана у споразуму о заштити улагања. У свакој одлуци у којој је овакво позивање на клаузулу прихваћено као благовремено, одредба о ускраћивању погодности се односила не само на материјалноправни третман улагача, већ и на право коришћења процесног механизма. Логика је јасна – ако клаузула обухвата право да се покрене поступак пред арбитражним судом, могућност ускраћивања се „активира“ тек када се улагач користи овим правом.<sup>46</sup> Са друге стране, ако је клаузула формулисана тако да се односи само на ускраћивање материјалноправног третмана, као што је то случај са чланом 17 Уговора о енергетској повељи, логичан је закључак да ускраћивање погодности коришћења процесног механизма дефинисаног споразумом није могуће након што је наводна повреда субјективног права већ наступила.

Једина одлука која одступа од устаљене праксе у овом погледу је донета у предмету Ампал против Египта (*Ampal v. Egypt*).<sup>47</sup> Арбитражно веће је

<sup>44</sup> Ibid., пасус бр. 382.

<sup>45</sup> Ibid., пасус бр. 379.

<sup>46</sup> Вид. Ibid., пасус бр. 376.

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

у овом предмету тумачило клаузулу о ускраћивању погодности из Протокола уз БИТ-а између САД и Египта која је предвиђала могућност ускраћивања свих погодности на основу БИТ-а укључујући, према томе, и право на покретање арбитраже.<sup>48</sup> Иако је веће претходно закључило да Египат није искористио клаузулу на начин утврђен у БИТ-у због тога што је пропустио да, у складу са текстом клаузуле, затражи консултације са другом државом уговорницом пре него што је обавестио тужиоца о ускраћивању погодности,<sup>49</sup> те није постојала обавеза већа да разматра да ли је позивање Египта на клаузулу било благовремено, арбитражно веће је ипак закључило да позивање тужене државе на клаузулу о ускраћивању погодности није могуће након покретања арбитраже.<sup>50</sup> Објашњење за овакав закључак заснива се на ставу да се услови за постојање надлежности арбитражног суда ИКСИД морају посматрати у тренутку регистрације захтева за арбитражу, те да је једнострано повлачење пристанка државе на арбитражу након тог момента забрањено чланом 25 став 1 ИКСИД Конвенције.<sup>51</sup> Овакав закључак арбитражног суда несумњиво одступа од широко прихваћеног схватања да инструмент који садржи пристанак државе на арбитражу (БИТ) може да садржи ограничења тог пристанка, тј. да сам пристанак може да буде условљен испуњеношћу одговарајућих претпоставки. У том смислу, констатација да није испуњен услов под којим је држава дала пристанак за арбитражно решавање спора не би могао да се тумачи као једнострано и накнадно повлачење сагласности.<sup>52</sup>

Пракса закључивања двостраних споразума о подстицању и заштити улагања показује да су државе постале свесне проблема у вези са одређивањем тренутка до којег је могуће позивање на клаузулу. Наиме, у свим досадашњим споровима који су се тicali примене клаузуле о ускраћивању погодности, арбитражни судови су били присиљени да констатују како у самом тексту клаузуле није решено питање до ког тренутка је могуће њено активирање. У појединим новијим БИТ-овима, међутим, ово питање је изричито решено. Тако, на пример, члан 11 БИТ-а између Аустралије и Уругваја (2019)

<sup>48</sup> Ibid., пасус бр. 133.

<sup>49</sup> Ibid., пасуси бр. 145-161.

<sup>50</sup> Ibid., пасус бр. 167.

<sup>51</sup> Ibid., пасус бр. 168.

<sup>52</sup> Вид., на пример, у контексту клаузуле о ускраћивању погодности одлуку арбитражног суда у *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, пасус бр. 4.90. Вид., такође, *Yas Banifatemi* (Банифатем), *Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses*, у књизи: *Y. Banifatemi* (ed.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, New York, 2018, 257. Ауторка наводи да одлука арбитражног суда у овом предмету одступа и од текста Протокола уз БИТ између САД и Египта који јасно указује да је дејство клаузуле такво да она искључује надлежност арбитражног суда, у случају да су испуњени у њој садржани услови, без обзира на то да ли су улагач и тужена држава већ дали пристанак на арбитражу.

наглашава да је ускраћивање погодности на основу споразума могуће „у било ком тренутку.“<sup>53</sup> Још су јасније одредбе члана 13 БИТ-а између Аргентине и Уједињених Арапских Емирата (2018) и члана 35 БИТ-а између Белорусије и Индије (2018) које наглашавају да је ускраћивање погодности могуће у било ком тренутку и након покретања процесног механизма за заштиту права предвиђеног споразумима.

#### 4. НАЧИН ОБАВЕШТАВАЊА УЛАГАЧА О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ И ДЕЈСТВА КЛАУЗУЛЕ

Са питањем тренутка у којем држава може да се позове на клаузулу ускраћивања погодности тесно су повезана два додатна питања. Прво се тиче начина на који држава ставља улагачу до знања да је активирала клаузулу. Друго се односи на дејство ускраћивања погодности – да ли ускраћивање делује ретроактивно или само за будућност?

Ако држава може да се користи правом које јој даје клаузула и након покретања арбитражног поступка, не постоји потреба посебног обавештавања улагача о томе да су му ускраћене погодности из споразума који представља јурисдикциону основу арбитраже: будући да тужена држава може да се позове на клаузулу најкасније у поднеску којим оспорава надлежност арбитражног суда, тужилац ће бити обавештен о томе да је клаузула активирана у контексту арбитражног поступка.

Са друге стране, ако клаузула о ускраћивању погодности захтева да се држава на њу позове пре него што је улагач извршио улагање (Плама против Бугарске и Кан против Монголије) или пре него што је спор поводом улагања настао (Аском против Казахстана), логичан је закључак да држава мора обавестити улагача да је клаузула активирана и да су му погодности ускраћене. Арбитражни суд у предмету Плама против Бугарске лаконски одбацује аргумент да је улагач унапред обавештен о могућности да му погодности буду ускраћене на основу једноставне чињенице да је текст члана 17 Уговора о енергетској повељи доступан свим потенцијалним улагачима и пре него што је улагање извршено. Арбитражни суд је закључио да одредба у питању у најбољем случају представља само „половично обавештење“, те да је потребно да држава обавести, на погодан начин, улагача да је одлучила да му ускрати погодности.<sup>53</sup> Као примере за обавештавање на погодан начин образложење одлуке наводи: обавештење садржано у службеном гласилу, усвајање законске одредбе у пропису којим се регулишу страна улагања или размена писама са потенцијалним улагачем.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, пасус бр. 157.

<sup>54</sup> *Ibid.*

Одлука арбитражног суда у предмету Плама против Бугарске је значајна из још једног разлога. Она успоставља гледиште у погледу дејства ускраћивања погодности који касније следе други арбитражни судови приликом тумачења релевантне клаузуле из Уговора о енергетској повељи. Реч је о ставу да ускраћивање погодности не може деловати ретроактивно, тј. да се може односити само на период након што је држава обавестила улагача о ускраћивању погодности.<sup>55</sup> Арбитражно веће оправдава овакав закључак позивањем на сврху и циљ Уговора о енергетској повељи (успостављање стабилног правног оквира у циљу промивисања дугорочне сарадње у енергетском сектору) и истиче да би ускраћивање материјалноправних погодности након што је улагач већ одлучио да реализује свој пословни подухват било у супротности са његовим легитимним очекивањима: потенцијални улагач би могао да реализује улагање привучен обећаним погодностима, само да би му те погодности биле накнадно ускраћене, на основу онога што арбитражни суд назива ретроактивном применом клаузуле.<sup>56</sup>

Доктрина о забрани ретроактивног дејства ускраћивања погодности прихваћена је, на пример, у предметима Јукос против Русије (*Yukos v. Russia*),<sup>57</sup> Лиман против Казахстана (*Liman v. Kazakhstan*)<sup>58</sup> и Аском против Казахстана.<sup>59</sup> Извесно одступање од оваквог тумачења представља одлука у спору НекстЕра против Шпаније. У овом предмету се арбитражни суд не изјашњава изричито о томе да ли ускраћивање погодности може деловати ретроактивно, али се из образложења може закључити да оно није искључено ни у погледу спора који је већ настао, под условом да се држава позове на клаузулу у тренутку када је била упозната са могућношћу да улагач поднесе тужбу на основу одредаба Уговора о енергетској повељи.<sup>60</sup>

Схватање о забрани ретроактивног дејства ускраћивања погодности је критиковано у правној доктрини. Један од разлога за критику се односи на схватање да је „накнадно“ позивање државе на клаузулу о ускраћивању погодности у супротности са легитимним очекивањима улагача. Истиче се да када потенцијални улагач реализује улагање на начин који клаузула о ускраћивању погодности настоји да спречи, он не може разумно стећи легитимно

<sup>55</sup> Ibid., пасус бр. 162.

<sup>56</sup> Ibid., пасуси бр. 161, 162.

<sup>57</sup> Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia, пасус бр. 458.

<sup>58</sup> Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010, пасус бр. 225.

<sup>59</sup> Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, пасус 745.

<sup>60</sup> Вид. NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, пасуси бр. 264-266.

очекивање да му погодности неће бити ускраћене.<sup>61</sup> Потенцијално још важнија замерка оваквом гледишту односи се на његове практичне импликације – тумачење према којем обавештење о ускраћивању погодности делује само за будућа улагања или будуће спорове са улагачем ефективно лишава клаузулу о ускраћивању погодности сваког практичног значаја. Већина држава нема на располагању инструменте који би им омогућили да прате структуру свих страних улагања на својој територији,<sup>62</sup> те до сазнања о томе ко контролише привредно друштво које се јавља као улагач могу да дођу тек у тренутку када је спор већ настао и арбитража покренута.<sup>63</sup>

Када је реч о одлукама донетим изван контекста Уговора о енергетској повељи, у већини одлука се прихвата да ускраћивање погодности има дејство у погледу спора који је већ настао. Овакво, „ретроактивно“ дејство клаузуле се најчешће не помиње изричито,<sup>64</sup> већ оно проистиче из схватања да тужена држава може да „активира“ клаузулу у тренутку када је арбитражни поступак поводом улагања већ покренут. Када се клаузула о ускраћивању погодности односи на све погодности из споразума, тј. када обухвата и право на покретање арбитраже, тешко може бити речи о њеној ретроактивној примени у правом смислу ове речи. Наиме, услови из клаузуле су део јурисдикционе погодбе између улагача (тужиоца) и тужене државе и унапред су познати обема странама у спору. Улагач је већ у тренутку реализације улагања свестан услова под којима ужива заштиту према БИТ-у, а посебно тога да му она може бити ускраћена ако реализује улагање на начин описан у клаузули о ускраћивању погодности.<sup>65</sup> У овом погледу, према томе, примена клаузуле у питању није ништа више ретроактивна од примене других одредаба БИТ-а које садрже услове за прихватање надлежности – на пример, да ли тужилац може да се сматра „улагачем“ а његов пословни подухват „улагањем“.

---

<sup>61</sup> Вид. Mark Feldman (Фелдман), *Denial of Benefits After Plama v. Bulgaria*, у књизи: M. Kinnear (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, 474

<sup>62</sup> Вид. Rachel Thorn (Торн), Jennifer Doucleff (Дуклеф), *Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor“*, у књизи: M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2008, 26.

<sup>63</sup> Вид. став Костарике изнет у контексту тумачења одредбе члана 10.12. став 2. Споразума о слободној трговини између Централне Америке, Доминиканске Републике и САД у предмету *Pac Rim Cauman LLC v. Republic of El Salvador*, пасус бр. 4.53.

<sup>64</sup> Изузетак у овом смислу представља одлука у предмету *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador* (пасус бр. 173) у којој се наводи да „Арбитражни суд не види валидне разлоге да искључи ретроактивна дејства.“

<sup>65</sup> *Ibid.*

## 5. ДА ЛИ СЕ КЛАУЗУЛА О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ ОДНОСИ НА НАДЛЕЖНОСТ АРБИТРАЖНОГ СУДА ИЛИ НА МЕРИТУМ СПОРА?

Текст и место у структури споразума о заштити улагања које клаузула заузима пресудно утичу и на још једно питање – да ли се приговор заснован на клаузули ускраћивања погодности односи на надлежност арбитражног суда или на меритум спора? Одговор на ово питање има велики практични значај, будући да само одлука арбитражног суда о надлежности подлеже накнадном преиспитивању у оквиру одговарајућег процесног механизма.<sup>66</sup> У овом погледу, још ниједан арбитражни суд који је био у прилици да одлучује о примени клаузуле о ускраћивању погодности из Уговора о енергетској повељи није нашао да она утиче на његову надлежност. Разлог је, поново, то што ова клаузула омогућава држави уговорници да ускрати улагачу погодности које се односе на материјалноправни третман, а не обухвата ускраћивање права на приступ процесном механизму.<sup>67</sup>

За разлику од тога, арбитражи судови који су одлучивали на основу споразума о заштити улагања у којима је клаузула обухватала право на ускраћивање *свих* погодности из споразума, дошли су до супротног закључка. Тако је арбитражно веће у предмету Пак Рим против Ел Салвадора констатовало да је пристанак тужене државе на арбитражу дат „под резервом“ клаузуле о ускраћивању погодности из Споразума о слободној трговини између Централне Америке, Доминиканске Републике и САД.<sup>68</sup> Из тога нужно следи закључак да успешно позивање на клаузулу значи и то да је арбитражни суд лишен надлежности за поступање у конкретном спору. Идентичну позицију је зазео арбитражни суд у предмету Рурелек против Боливије:

*„Сваки ѡуи када БИТ садржи клаузулу о ускраћивању ѡгодности, ѡрисѡанак државе на арбиѡражу је условљен и може се ускраћивати, ѡод условом да су испуњене одређене објективне ѡређионости које се односе на улагача. Сви улагачи су свесни да оваква могућност ускраћивања ѡстоји, ѡако да легитимна очекивања не могу бити изневерена ускраћивањем ѡгодности.“<sup>69</sup>*

Последица ускраћивања погодности, према изричитом ставу арбитражног већа, јесте то да је арбитражни суд лишен надлежности за конкретни

<sup>66</sup> L. Mistelis, C. Baltag, op. cit., 18.

<sup>67</sup> Вид., на пример, Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd, пасус бр. 411.

<sup>68</sup> Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, пасус бр. 4.90.

<sup>69</sup> Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, пасус бр. 372.

спор.<sup>70</sup> Овакво схватање је прихваћено и у другим одлукама које су донете изван контекста Уговора о енергетској повељи.<sup>71</sup>

## 6. ИНКОРПОРИСАЊЕ УСЛОВА ИЗ КЛАУЗУЛЕ О УСКРАЋИВАЊУ ПОГОДНОСТИ У ПОЈАМ УЛАГАЧА

Клаузула о ускраћивању погодности би требало да омогући да се правима из инструмента у којем је клаузула садржана користе само субјекти којима су она и намењена. Још један начин да се овај резултат оствари јесте да се услови који чине садржину клаузуле о ускраћивању погодности унесу у појам улагача у релевантном споразуму. Такво решење користи, на пример, типски нацрт БИТ Србије (2014), које Министарство трговине, туризма и телекомуникација користи као полазну основу за закључивање БИТ-ова са другим државама. Приликом дефинисања појма „улагача“ у смислу БИТ-а, у нацрту се истиче, поред осталог, да се под улагачем сматра:

*„Иправно лице основано или на дружи начин иправоваљано орјанализовано у складу са важећим законима и ипроисима једне Сиране уговорнице, које има седиште на итеријорији ије Сиране уговорнице као и суишиинску иословну актиивност и које улаже на итеријорији друје Сиране уговорнице, иод условом да није неиосредно или иосредно у већинској својини држављана друје Сиране уговорнице.“<sup>72</sup>*

Без обзира што ова одредба не садржи све елементе који су иначе предвиђени клаузулом о ускраћивању погодности,<sup>73</sup> идеја која стоји иза овако одређеног појма улагача је јасна – из круга заштићених субјеката се искључују правна лица друге државе уговорнице која не обављају пословну активност на територији те државе и која су у својини, барем посредно, држављана државе пријема улагања.

<sup>70</sup> Ibid., пасус бр. 381.

<sup>71</sup> Вид., *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, пасус бр. 172. Такође, *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama* (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017, пасус бр. 288; *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*, пасуси бр. 162-173.

<sup>72</sup> Нацрт Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања (2014). Нагласак аутора. Текст нацрта је доступан на: <https://mtt.gov.rs/download/Nacrt%20sporazuma%20o%20uzajamnom%20podsticanju%20i%20zastiti%20ulaganja.pdf>.

<sup>73</sup> Из појма „улагача“ нису искључена правна лица друге државе уговорнице која су под контролом држављана државе пријема, нити она која су у својини или под контролом држављана трећих држава.

Овакво решење има две очигледне предности за тужену државу у пољењу са класичном клаузулом о ускраћивању погодности. Прво, наведени услови су део појма од којег недвосмислено зависи надлежност арбитражног суда *ratione personae*. Чињеница да је, на пример, тужилац правно лице које је у индиректној својини држављанина тужене државе јасно елиминише постојање пристанка државе на арбитражу, при чему је арбитражни суд лишен потребе да решава питања која се иначе јављају у контексту примене клаузуле о ускраћивању погодности, као што су: дејство ускраћивања погодности (ретроактивно или само за будућност), потреба да постоји претходно обавештавање улагача о активирању клаузуле или питање до ког тренутка је могуће позивање на клаузулу.

Друга предност је практичног карактера. У складу са општеприхваћеним правилом да странка која износи тврдње у поступку носи терет њиховог доказивања, држава која се позива на то да су испуњени услови предвиђени клаузулом о ускраћивању погодности мора то и да докаже у арбитражном поступку.<sup>74</sup> Са друге стране, ако су услови за ускраћивање погодности инкорпорисани у појам улагача, тужилац (улагач) је тај који мора да докаже испуњеност јурисдикционих услова за поступање арбитражног суда.<sup>75</sup> Пребацивање терета доказивања на овакав начин, са тужене државе на тужиоца, знатно олакшава њен положај у поступку.

## 7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Клаузула о ускраћивању погодности може да има практичан значај само ако је тужена држава у стању да активира ускраћивање погодности након што је улагач већ покренуо арбитражни поступак. Анализа арбитражне праксе показује да је ова могућност условљена, пре свега, начином на који је клаузула формулисана и њеним местом у структури извора који чини основ надлежности арбитражног суда. Због тога би, приликом преговора о закључивању споразума о подстицању и заштити улагања са другим државама, било упутно имати у виду неколико фактора.

Кључна ствар у овом погледу је прецизирање временског оквира за употребу клаузуле. Формулације које државама уговорницама дају право да се на клаузулу позову у било ком тренутку или чак и изричито предвиђају да је ускраћивање погодности могуће и након покретања механизма за

---

<sup>74</sup> Вид., на пример, *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, пасус бр. 166: „Арбитражни суд се слаже са тужиоцем да терет доказивања да су испуњени услови за ускраћивање погодности према БИТ-у сноси тужени, као странка која истиче конкретну одбрану у односу на надлежност арбитражног суда.“

<sup>75</sup> Вид. *Y. Vanifatemi*, *op. cit.*, 234, 235.

решавање спорова, отклањају сваку дилему у погледу благовремености употребе клаузуле.

Следећи фактор који би требало узети у обзир приликом формулисања релевантне клаузуле је то да ли се могућност ускраћивања погодности односи само на материјалноправни третман или на сва права из БИТ-а (или мултилатералног споразума о заштити улагања). Ако клаузула обухвата све погодности понуђене улагачу релевантним споразумом, ускраћивање погодности погађа и право улагача да активира процесни механизам заштите и лишава арбитражни суд надлежности. Логична последица ове чињенице је да тужена држава може да активира клаузулу све до тренутка до којег јој је, у складу са релевантним процесним правилима, дозвољено да оспорава надлежност арбитражног суда. Арбитражни судови који су до сада тумачили клаузуле о ускраћивању погодности оваквог типа, са изузетком арбитражног већа у предмету Ампал против Египта, не гледају на ускраћивање погодности након покретања арбитраже као на накнадно повлачење сагласности државе за арбитражно решавање спора, већ наглашавају своју обавезу да испитају да ли су испуњени услови под којима је та сагласност претходно дата.

Коначно, једно од решења које може имати значајне предности за тужену државу јесте уношење услова који иначе чине саставни део клаузуле о ускраћивању погодности у дефиницију улагача присутну у међународном споразуму о заштити улагања. Тиме се овим условима недвосмислено даје јурисдикциони карактер, елиминише се потреба за претходним обавештавањем улагача о томе да су му ускраћене погодности предвиђене споразумом, те се на њега пребацује терет доказивања у погледу постојања надлежности *ratione personae* арбитражног суда.

## ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

- Сања Ђајић, О циљном тумачењу међународних уговора о заштити страних улагања: од преамбуле до преамбуле, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015.
- Loukas Mistelis, Crina Baltag, „Denial of Benefits” Clause in Investment Treaty Arbitration, Queen Mary University of London School of Law, Legal Studies Research Paper No. 293/2018.
- Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Lindsay Gastrell, Paul-Jean Le Cannu, Procedural Requirements of „Denial of Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, *ICSID Review*, Vol. 30, 1/2015.
- Маја Станивуковић, State – Investor Disputes Connected to Foreign Investment in the Nuclear Energy Sector: a Review of the Two Cases Arising Under the Energy Charter Treaty, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2011.

- Маја Станивуковић, Домаћи улагач као тужилац у међународном инвестиционом спору, *Правна ријеч*, 2012, том 9, бр. 33.
- United Nations Conference for Trade and Development, Scope and Definition, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York and Geneva, 2011.
- Yas Banifatemi, Taking Into Account Control Under Denial of Benefits Clauses, у књизи: Y. Banifatemi (ed.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, New York, 2018.
- Mark Feldman, Denial of Benefits After *Plama v. Bulgaria*, у књизи: M. Kinneer (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Rachel Thorn, Jennifer Doucleff, Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of „Investor”, у књизи: M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2008.

#### Арбитражне одлуке:

- Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018.
- Tokios Tokeles v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004.
- The Rompetrol Group N. V. v. Romania* (ICSID Case NO. ARB/06/3), Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008.
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.
- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia* (PCA Case No. 2005-04/AA227), Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.
- Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. and CAUC Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd.* (PCA Case No. 2011-09), Decision on Jurisdiction, 25 July 2012.
- Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/1), Award, 16 May 2018.
- Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.
- Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan* (SCC Case No. V 116/2010), 19 December 2013.
- NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/11), Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.
- Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012.
- Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador* (PCA Case No. 2009-19), Interim Award, 28 September 2010.
- Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia* (PCA Case No. 2011-17), Award, 31 January 2014.

*Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.  
*Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/07/14), Award, 22 June 2010.  
*Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama* (ICSID Case No. ARB/16/34), Decision on Expedited Objections, 13 December 2017.

Остали извори:

Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Кипар о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 14/2005).  
Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о заштити и узајамном подстицању улагања (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 8/2011).  
Споразум између Републике Србије и Канада о подстицању и заштити улагања (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 8/2015).  
Споразум између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 3/2013).  
Нацрт Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања Републике Србије (2014).

Интернет базе података:

База међународних уговора о подстицању и заштити улагања Комисије Уједињених нација за трговину и развој: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

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

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

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

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

Датум пријема рада: 14.12.2019.