

Др Александар Љ. Ђирић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Предраг Н. Цветковић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 339.727.22(4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНОГ РЕЖИМА СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У ПРАВУ ЕУ**

Апстракт: Споразумом из Лисабона дефинисање правног оквира директних страних инвестиција трансферисано је из поља надлежности држава чланица у поље компетенције Европске уније. Описана промена резултат је новог оквира Заједничке трговинске политике ЕУ, проширеног укључивањем правног третмана директних страних инвестиција у предмет ССР-а. Наведена промена утиче на постојећи правни режим директних страних инвестиција у државама чланицама, који је заснован превасходно на правилима билатералних споразума о третману и заштити страних инвестиција. Одговори на отворена питања конкретне примене новог оквира ССР-а, у контексту поделе надлежности између ЕУ и држава чланица, резултирали су Уредбом о установљавању транзиционог режима за билатералне споразуме између држава чланица и трећих земаља. Две су основне групе питања које Уредба уређује: поступак транзиције „спољних билатералних споразума“, уз значајну улогу Комисије, те питање статуса ЕУ (односно Комисије као њене еманације) у поступцима решавања инвестиционих спорова. Примена Уредбе требало би да допринесе имплементацији правила Лисабонског споразума о новим оквирима заједничке трговинске политике, укључујући и стране директне инвестиције, на начин који обезбеђује баланс између потребе ЕУ да оствари ефективну заштиту својих инвеститора

* aciric@prafak.ni.ac.rs

* pepicvetkovic@gmail.com

** Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

у иностранству, са једне, и њеног интереса да очува довољан регулаторни простор за спровођење одговарајуће политике страних директних инвестиција у оквиру Уније, са друге стране.

Кључне речи: Споразум из Лисабона, Заједничка трговинска политика, билатерални споразуми о третману и заштити страних инвестиција, директне стране инвестиције.

1. Увод

Правни режим страних директних инвестиција у праву Европске уније добија на значају након ступања на снагу Лисабонског споразума, којим се мењају Римски споразуми ("Уговор о изменама и допунама Споразума о стварању Европске уније – е. *Treaty on European Union*) и Споразум о оснивању Европске економске заједнице (е. „*Treaty establishing the European Community*” – даље и: „ТЕС”, преименован Лисабонским споразумом у „Споразум о функционисању Европске уније”, е: *Treaty on the Functioning of the European Union*; даље и: *TFEU*).

Релевантним одредбама *TFEU* питање режима страних директних инвестиција (е. „Foreign Direct Investment”, даље и: *FDI*) трансферисано је из поља надлежности држава чланица у искључиву надлежност ЕУ.¹ Описани трансфер резултат је укључивања ФДИ режима у оквир Заједничке трговинске политике (е. „*Common Commercial Policy*”; даље и: *CCP*), за коју је, као поље екстерне акције ЕУ², предвиђена искључива надлежност Уније³ Сама *CCP* је дефинисана кроз чланове 206–207. Споразума о функционисању

1 Видети: „Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon” (2007), Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk, Denmark – 2008 ISBN: 87-87692-72-4 EAN: 978-87-87692-72-4 (свако наредно цитирање *TEU* и *TFEU* биће преузето из горе наведене публикације).

2 “Екстерна акција” Уније уређена је Поглављем 1. Дела V *TFEU*. Наведеним поглављем уређују се принципи и циљеви спољне политике Уније. У Поглављу 2 дела V *TFEU* уређује се питање заједничке трговинске политике. Видети: чл. 205. *TFEU*.

3 Поља искључиве надлежности ЕУ утврђена су чланом 3. *TFEU*. Њиме се предвиђа искључива надлежност Уније у следећим областима: царинске уније, установљавања правила конкуренције неопходних за функционисање унутрашњег тржишта, монтерне политике држава чланица које су прихватиле евро као заједничку валуту, заштиту морских биолошких ресурса, и на крају заједничке трговинске политике (видети чл. 3. ст. 1. а-е *TFEU*). Искључива надлежност Уније претпоставља ексклузивно право регулисања и усвајања правно обавезујућих аката из области која под такву надлежност потпада. Право држава чланица да уређују одређена питања из области која спада

ЕУ (ex чланови 131. и 133. Споразума о оснивању Европске економске заједнице).

Основни разлог за наведено транслатовање правног режима и политике страних директних инвестиција у поље надлежности ЕУ лежи у потреби јачања капацитета Уније да као самостални актер међународних економских односа ефикасно и ефективно штити сопствене интересе. Ојачана политичка легитимација Уније у области *FDI* нужно претпоставља обезбеђење кохерентности правног режима страних директних инвестиција. Тиме се, у контексту регулаторног оквира *FDI*, уводе претпоставке за ефикасније и успешније преговарање ЕУ о инвестиционим споразумима (Ceysens, 2005: 259). Кохерентности регулаторног режима доприноси и симплификација регулаторног оквира кроз јасну поделу надлежности за спровођење политике страних директних инвестиција између Уније, са једне, и држава чланица, са друге стране (Dimopoulos, 2008: 110).

У „предлисабонском периоду“ политика страних директних инвестиција према трећим државама била је доминантно у надлежности држава чланица Уније. Наведена је надлежност реализована кроз закључивање билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција (е. „*Bilateral Investment Treaties*“; даље и: *BITs*; билатерални инвестициони споразуми) или међународних трговинских споразума са посебним инвестиционим поглављима. Надлежности ЕУ кретале су се у ограниченом, Споразумом из Нице утврђеном оквиру: Унија није могла да преговара и самостално закључује споразуме (билатералне, регионалне или мултилатералне) који утврђују принципе третмана и заштите страних инвестиција. Ови су споразуми сматрани мешовитим споразумима (е. *mixed agreements*)⁴ и процедура њиховог закључења подразумевала је сагласност и учешће држава чланица. Резултат описаних околности било је постојање два независна али паралелна правна режима страних директних инвестиција: први је био базиран на одредбама билатералних споразума држава чланица са трећим земљама (даље и: „спољни *BITs*“), те је стога потпадао под надлежност правила међународног јавног права. Са друге стране, постојао је и режим страних инвестиција утврђен комунитарним правом. Овај се режим односио, пре свега, на обезбеђење недискриминације страних

у искључиву надлежност Уније деривира се из овлашћења која Унија даје државама чланицама Уније (видети чл. 2. ст. 1. *TFEU*).

4 Подела на „мешовите“ споразуме (који се закључују у случају подељене надлежности држава чланица и ЕУ) и „чисте“ споразуме (који се закључују у случају да ЕУ има искључиву надлежност) није изведена из примарних извора права ЕУ (*TEU* или *TFEU*). Ради се о тековини интелектуалне праксе *ECJ*. Видети више у: Moerenhout, Pérez, 2010: 18).

инвеститора на територији Уније и на уклањање ограничења и изузетака за слободан трансфер капитала.

Описани паралелизам трајао је до усвајања Лисабонског споразума, којим је установљена нове парадигма *ССР*-а, чија је једна од карактеристика укључивање страних директних инвестиција у оквир заједничке трговинске политике.

За будући режим страних инвестиција у праву ЕУ, од значаја је чињеница да Лисабонски споразум оперише појмовима „страна директна инвестиција“ и „инвестиција“, али их не дефинише. Са друге стране, класична подела инвестиција (уз сва могућа преклапања) подразумева разликовање на *FDI*⁵ и портфолио инвестиције⁶. Ово је разликовање присутно и у билатералним споразумима о заштити и третману страних инвестиција. Изричито укључивање *FDI* у оквир заједничке трговинске политике води закључку да постоје инвестиције које нису „стране директне инвестиције“ и које су као такве изван поља регулација *ССР*-а; наиме, да је постојала

5 Циљ *FDI* је стицање трајног интереса правног субјекта једне државе (директни инвеститор) у правном субјекту под суверенитетом друге државе. Трајни интерес подразумева постојање дугорочног односа између директног инвеститора и предузећа, као и суштински утицај улагача на управљање предузећем. Појавни облици овог утицаја могу бити различити. У *OECD* полазним основама за директне стране инвестиције препоручује се да „директна инвестиција буде дефинисана као предузеће у коме страни инвеститор поседује 10 или више процената редовних акција са правом гласа или по другом основу“ Нумеричка вредност од 10% установљава претпоставку директног инвестиционог односа (енг. “direct investment relationship”), те имплицира закључак о способности инвеститора да утиче на управљање предузећем. Дакле, *FDI* не претпоставља апсолутну контролу страног инвеститора. Видети више у: Soronajah, 2004: 227–228.

6 Портфолио инвестиција реализује се преко међународног тржишта капитала и куповина хартија од вредности. Циљ портфолио инвеститора је генерисање добитка у виду дивиденде, при чему он нема намеру вршења предузетничке активности. За разлику од *FDI*, код портфолио инвестиција долази до раздвајања између управљања и контроле компаније, са једне, и поседовања акција у њему, са друге стране. Портфолио инвестиција не установљава трајан однос, као што је то случај са *FDI*. Реч је инвестицијама које се реализују куповином акција, обвезница или путем зајмова. Портфолио инвеститори немају утицај на управљање предузећем. Односе инвеститора и предузећа у које се инвестира карактерише опортуност и крхкост. Портфолио инвеститори преваходно су заинтересовани за сигурност њиховог капитала, вероватноћу увећања његове вредности и повраћај улога. Они процењују перспективу делатности у коју инвестирају и карактеристике потенцијалне државе домаћина, мењајући правце кретања свог капитала у складу са променама наведених детерминанти. Нестабилности тзв. “портфолио” односа доприносе промене у изгледима за остваривање добити, које су зависне од краткорочних, али и тешко предвидљивих, кретања на финансијским тржиштима (Цветковић, 2005: 31–34).

намера да и други облици инвестиција буду укључени у оквир *ССР*-а, та би намера имала своју текстуалну еманацију. Из овога се закључује да евентуални будући споразуми закључени од стране Уније у складу са новим овлашћењима из оквира спровођења *ССР*, а који би за предмет регулисања имали режим портфолио инвестиција, не би могли да се сматрају укљученим у оквир *ССР*-а, и остали би мешовити споразуми а не споразуми из оквира заједничке трговинске политике: то јест, то не би били споразуми у искључивој надлежности ЕУ.

2. Карактеристике правног режима ФДИ у контексту заједничке трговинске политике

Кључне одредбе којим је утврђен нови образац *ССР*-а садржане су у члановима 206. (ex члан 131 *ТЕС*) и 207. (ex члан 133 *ТЕС*) ТФЕУ. Овим се члановима стране директне инвестиције укључују у оквир заједничке трговинске политике.

Члан 206. предвиђа да би установљавање царинске Уније требало да допринесе остваривању заједничког интереса кроз хармонизацију развоја светске трговине, прогресивно елиминисање трговинских ограничења и ограничења за стране директне инвестиције.

Члан 207. утврђује да се *ССР* базира на униформним принципима посебно релевантним за: закључивање царинских и трговинских споразума који се односе на трговину робом и услугама и комерцијалне аспекте интелектуалне својине, стране директне инвестиције, потом потребу остваривања једнообразности у мерама којима се уређује либерализација, извозна политика и заштитне трговинске мере, попут оних које се предузимају у случају дампинга и субвенција. Заједничка трговинска политика требало би да се спроводи у складу са принципима и циљевима спољне (екстерне) акције Европске уније.

Оба наведена члана имају своју сврху у контексту нове парадигме правног режима страних директних инвестиција. Члан 206, чини се, промовише либерализацију инвестиционих токова и уклањање баријера за стране директне инвестиције. Члан 207, пак иде корак испред и не ограничава се само на либерализацију већ и на питање правне заштите и обезбеђења одговарајућег третмана страних инвестиција. У прилог овом тумачењу, иде и a contrario анализа: уколико би се *ССР* ограничио само на либерализацију, тиме би се одузео *effet utile* нормама ТФЕУ о укључивању ФДИ у *ССР*, јер би постојећа пракса заштите и обезбеђења одговарајућег третмана

страних инвестиција кроз билатералне споразуме држава чланица остала непромењена (Woolcock, 2010: 24).⁷

Нови оквир *ССР*-а установљава јасну превагу надлежности права ЕУ у односу на правни режим ФДИ, утврђен билатералним инвестиционим споразумима држава чланица. Став о примату комунитарног права над одредбама билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција држава чланица утемељен је и у одлукама Европског суда правде ("*European Court of Justice*", даље и: *ECJ*). Године 2009. Европски суд правде је у три пресуде разматрао однос:

- права, обавеза и одговорности држава чланица утврђених билатералним споразумима о заштити страних инвестиција закључених пре приступања тих држава Унији, са једне, и
- обавеза, одговорности и дужности држава чланица према комунитарном праву, са друге стране.⁸

Заједнички именитељ све три одлуке је да чак и у случају хипотетичких инкопатибилности између *BITs*-ова и комунитарног права, билатерални споразуми морају да буду усклађени са правом ЕУ или стављени ван снаге. Овај приступ објашњава се потребом обезбеђења супремације права ЕУ у односу на међународноправне обавезе држава чланица конституисане пре њиховог чланства у Унији (Lavranos, 2010: 411).

Непосредан повод за укључивање *ECJ* у питање односа спољних *BITs*-ова и комунитарног права била је потреба да се због терористичких напада на Њујорк 11. септембра 2001, а као део „борбе против тероризма“, ограниче фондови за финансирање илегалних активности које су се сматрале терористичким. Европска унија је поступала у складу са резолуцијама Савета безбедности УН, и усвојила низ мера за замрзавање имовине и средстава за која је утврђено да се користе за подршку терористичких активности. Промптна и непосредна примена ових мера била је, међутим,

7 Овоме у прилог иде и тачка 7. Преамбуле Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (више о Уредби видети *infra* у тач. 3. овог рада): „У интересу инвеститора из Уније и њихових инвестиција у треће државе, те у интересу држава чланица које су домаћини страним инвеститорима и инвестицијама, билатерални инвестициони споразуми који спецификују и гарантују услове за инвестирање имају се одржати на снази и прогресивно заменити инвестиционим споразумима Уније, уз обезбеђење високог стандарда инвестиционе заштите“. Видети и члан 1. ст. 2. у коме се изричито наводи да Уредба уређује питање важења одредби билатералних инвестиционих споразума који уређују „инвестициону заштиту“.

8 Видети одлуку у споровима: *Case-205/06, Commission v. Austria* [2009]; *Case-249/06, Commission v. Sweden* [2009]; *Case -118/07, Commission v. Finland*, of 19 November 2009.

ограничена принципом слободе трансфера капитала садржаним у спољним БИТс-овима држава чланица.⁹ Описана имплементација мера ограничавања финансирања терористичких група водила је, дакле, истовременом кршењу обавезе држава чланица Уније да обезбеде слободу трансфера капитала (слободу која се штити одредбама билатералних споразума). *Vice versa*, одбијањем да спроведу мере ограничења на које су обавезане правом ЕУ (при чему би то одбијање било у складу са одредбама релевантног билатералног споразума), државе чланице биле би доведене у позицију да се понашају супротно правилима комунитарног права.

Комисија ЕУ препознала је проблем и заузела став да је недостатак јасног основа у билатералним споразумима држава чланица да наметну мере замрзавања новчаних средстава у конфликту са њиховим обавезама као чланица Уније. Свој став Комисија је базирала на одредбама *ex 307 Споразума о Европској заједници* (данас 351 *TFEU*). Наведени члан најпре у ставу 1. предвиђа да чланство у Унији не утиче на међународноправне обавезе које су државе чланице преузеле пре добијања чланства. Са друге стране, став 2. истог члана обавезује државе чланице да елиминишу било какву инкопатибилност између њихових међународноправних обавеза и права Уније. Први став наведеног члана подржава принцип *pacta sunt servanda*, док други став даје предност обавезама које државе имају као чланице Уније. Комисија је дала предност ставу 2, са аргументацијом да право ЕУ изричито предвиђа могућност наметања санкција, док билатерални споразуми држава чланица то не чине. Дакле, корпус међународноправних обавеза држава чланица пре ступања у ЕУ има се тумачити на следећи начин: уколико постоји празнина у тим обавезама, примењују се правила ЕУ (која регулише одређено питање које је *lacuna*е у међународноправним обавезама држава чланица). Управо је то случај са „спољним“ билатералним споразумима о заштити страних инвестиција држава чланица који не садрже одредбе о замрзавању имовине инвеститора због нелегалних активности. *A contra*го, да су овакве одредбе биле присутне у релевантним *BITs*-овима држава чланица, они не би били у супротности са правом ЕУ.¹⁰

9 Слобода трансфера капитала подразумева право инвеститора да слободно располаже својим новчаним средствима. Могућност да држава оспори, ограничи или искључи ово право назива се ризиком трансфера. Ризик трансфера један је од типова некомерцијалних (политичких ризика). Видети више у: Цветковић, 2005: 74–77.

10 Приступ који ограничава примену начела *pacta sunt servanda* из првог става *ex-307. члана Споразума о оснивању ЕЗ*, и који консеквентно води супермацији права ЕУ над међународноправним обавезама држава чланица, укључујући и оне засноване на њиховим споразумима, присутан је у најранијој пракси Европског суда правде (Eimansberger, 2009:421). Видети: Case 10/61, *Commission v. Italy*, [1962] стр. 10.

Поступајући у споровима иницираним због проблема у имплементацији мера за сузбијање терористичких активности, *ЕСЈ* се ослонио на праксу примене члана *ex-307* Споразума о Европској заједници. Та је пракса интерпретирала захтев уклањања „инкопатибилности“ између међународноправних обавеза држава чланица и њихових обавеза заснованих на комунитарном праву као обавезу држава чланица да преговарају и модификују „инкопатибилну обавезу“. У супротном, такав би се споразум имао ставити ван снаге.¹¹ У складу са описаним приступом, покренут је поступак против држава чланица чији су билатерални споразуми о заштити и третману страних инвестиција онемогућавали имплементацију мера замрзавања имовине: Шведске, Аустрије и Финске. Европски суд правде је анализу компатибилности билатералних споразума наведених држава и комунитарног права започео ставом да одредба о слободи трансфера, садржана у спорним БИТс-овима, јесте начелно конзистентна са правом ЕУ.¹² Суд је такође сматрао да одредба члана *ex-307. ст.1.* остаје на снази („неповредивост“ корупса међународноправних обавеза држава чланица заснованих на споразумима закљученим пре приступања Унији; „*pacta sunt servanda*“ одредба), али да чињеница да спорни билатерални споразуми не садрже одредбу о замрзавању средстава представља инкопатибилност са правом Уније у смислу *ex-307. члана* Споразума о оснивању ЕЕЗ. У коначном, *ЕСЈ* је сматрао да право Уније има супермаџију над правом држава чланица. Описани приступ *ЕСЈ*, којим се комунитарно право ставља изнад међународноправних обавеза држава чланица, подржан је одлукама у споровима *Мох плант*¹³ и *Кад*¹⁴.

3. Уредба о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме као комплемент Лисабонском споразуму

Посматрано кроз визуру универзалног регулисања, билатерални споразуми о заштити и третману страних инвестиција представљају кључни извор међународноправног режима *FDI*. У случају ЕУ, више од

11 Видети одлуке у следећим споровима: Case -84/98, Commission v. Portugal [2000]; Case -62/98, Commission v. Portugal [2000]; Case -307/99, OFT Fruchthandelsgesellschaft [2001]; Case T-2/99, T. Port v. Council [2001]; Case T-3/99, Bananatradning v. Council [2001];. Case -203/03, Commission v. Austria [2005]; Case -216/01, Budvar [2003]; Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and Case 476/98, Commission v. UK, Denmark, Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies) [2002].

12 Видети § 26 и 27. одлуке у спору Case C-249/06 Commission v. Sweden [2009]

13 Видети одлуку у спору Case -459/03, Commission v. Ireland, [2006]

14 Видети одлуку у спору Case -402/05 P и Case -415/05 P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, [2008].

50 година билатерализам је био метод уређивања међународноправног инвестиционог режима држава чланица. Лисабонски споразум то мења на начин описан у тач. 1. и 2. овог рада. Број од око 1200 спољних билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција говори о значају питања њиховог даљег режима у светлу новог концепта заједничке трговинске политике и укључивања *FDI* у њен оквир.

Постоји бојазан држава чланица у погледу начина и мере имплементације постојећих билатералних инвестиционих споразума. Наиме, њихова измена или раскидање угрожавају стабилност правног система регулисања страних директних инвестиција. Разлог ове сензитивности лежи у чињеници да билатерални инвестициони споразуми представљају део мреже споразума који чине систем Међународног трговинског права. Клаузула највећег повлашћења (е. „*Most Favoured Nation Treatment Clause*“) „мултилатерализује“ правни режим страних директних инвестиција, тиме што права, обавезе и одговорности утврђене једним билатералним споразумом, дејством наведене клаузуле постају индиректна садржина другог билатералног инвестиционог споразума (видети више у Ђирић, 2010: 133–146). Систем билатералних инвестиционих споразума је, дакле, у тој мери међузавистан да је немогуће мењати га фрагментарно, без последица.¹⁵

Лисабонски споразум није отклонио недоумице у односу на горе наведено питање. Покушај у том правцу је усвајањем Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (даље и: Уредба; „транзициона Уредба“).¹⁶ Ова је Уредба у коначном тексту усвојена 12. децембра 2012. године, а на снагу је ступила 9. јануара 2013. године. Њено доношење резултат је компромиса између Парламента и Комисије, са једне, и Савета ЕУ, са друге стране.

Уредба је ступила на снагу јануара 2013. године и дала је одређена разјашњења.

Две су групе питања које отвара наведена Уредба. Прва се тиче процедуре спровођења поступка транзиције, њених носилаца и карактеристика.

15 Празнина у Лисабонском споразуму у односу на питање статуса билатералних споразума о заштити страних инвестиција држава чланица, препозната је врло рано. Тако је наглашено да се ради о процесу који ће иритирати и екстерне и интерне аспекте политичке сензитивности (унутрашњу и екстерну политичку сензитивност (Бунгенберг, 2008: 12).

16 Назив Уредбе на енглеском гласи: „The regulation by the EP and the Council concerning “establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries”.

Друга се односи на утицај Уредбе на процедуру решавања инвестиционих спорова као важан сегмент инвестиционоправне заштите (поред материјалноправне и заштите путем осигурања).¹⁷

3.1. Поступак транзиције

Уредба установљава постепени, транзициони систем за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава (постепеност се изражава кроз фразу „прогресивна замена“, е. „*progresive replacement*“) ¹⁸.

Уредба разликује три групе спољних билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција.

Прву групу (даље и: група 1) чине споразуми закључени у „пред-лисабонском периоду“ (пре ступања на снагу Споразума из Лисабона, 1. 12. 2009. године). Овим споразумима уподобљени су споразуми које је закључила држава чланица након ступања на снагу Лисабонског споразума, али пре приступања Унији (једини такав пример у овом часу је Република Хрватска).

Другу групу (даље и: група 2) чине споразуми закључени између 1. децембра 2009. (датум ступање на снагу Лисабонског споразума) и 9. јануара 2013. године (датум ступања на снагу Уредбе).

Трећу групу чине споразуми које државе могу закључити у будућности. За њихово закључење постоји процедура предвиђена Уредбом.

У спровођењу процедуре „прогресивне замене“ из Уредбе кључну улогу има Комисија.¹⁹

Први корак у процедури транзиције је обавеза држава чланица да Комисију обавесте о својим постојећим „спољним“ билатералним инвестиционим споразумима (чл. 2. Уредбе). Комисија публикује листу нотификованих билатералних споразума (чл. 4. Уредбе). Нотификовани споразуми могу бити из групе 1 (пред-лисабонски споразуми закључени пре 1. децембра 2009, односно пре дана ступања на снагу Лисабонског споразума) и из групе 2 (у периоду 1. децембар 2009 – 9. јануар 2013, пре ступања на снагу Уредбе; видети члан 12. Уредбе). Прво публикување у смислу члана 4.

17 Видети више у: Цветковић, 2005: стр. 97 *passim*.

18 Принцип прогресивне замене јавља се већ у Преамбули Уредбе: „мада билатерални инвестициони споразуми остају обавезујући за државе чланице према правилима међународног јавног права уз њихову прогресивну замену споразумима Уније о идентичном питању ... (заштити и третману страних инвестиција: оп. аут).

19 Видети тач. 17. Преамбуле Уредбе.

Уредбе учињено је маја 2013. године. На листи споразума о којима су државе „нотификовале“ Комисију налази се и 21 билатерални споразум о заштити и третману страних инвестиција, који се примењују између Србије и држава ЕУ (најстарији је споразум између СФРЈ и Француске, и датира из 1974. године; најновији су са Данском и Португалом, оба из 2009. године). Интересантно је да Мађарска није нотификовала споразум са СРЈ из 2001. године који је ступио на снагу 2005. године.²⁰ Дакле, потенцијално сви ови уговори могу бити предмет „прогресивне замене“.

Када је реч о групи 1, други корак је евалуација нотификованих ВITs-ова. Комисија има право и дужност да евалуира нотификоване споразуме. Ова евалуација има за циљ да испита да ли испитивани споразум представља озбиљну препреку („serious obstacle“) за преговоре или закључивање будућих инвестиционих споразума ЕУ и треће државе (државе са којом је закључен ВITs који је нотификован; видети чл. 5. Уредбе). Комисија евалуацију врши уз сарадњу са државом чланицом која је закључила билатерални споразум у питању.²¹ Уколико Комисија установи да одредбе билатералног споразума представљају „озбиљну препреку“ за преговоре или закључивање билатералног споразума са трећим државама, Комисија започиње трећу фазу: консултације са државом чланицом. Консултације не могу трајати дуже од 90 дана. Након 60 дана од окончања консултација Комисија може да индицира одговарајуће мере које држава чланица треба да предузме да би уклонила „озбиљне препреке“ за преговоре и закључивање ВITs-а Уније и треће државе у питању (држава са којом је држава чланица закључила „спољни“ ВITs пре ступања на снагу Лисабонског споразума).

Када се ради о групи 2, други корак је оцена постојећег ВIT-а у светлу критеријума из члана 9. ст. 1. Реч је критеријумима који се тичу процене да ли су одредбе постојећег ВIT-а из групе 2:

- у конфликту са правом ЕУ;
- сувишне с обзиром на то да је Комисија дала препоруку да отвори преговори Уније са трећом државом о закључивању билатералног инвестиционог споразума Уније и те државе, у складу са чланом 218 TFEU;

20 Листа је дата у документу „List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries (1)“ (2013/C 131/02).

21 Описана дужност кооперације државе чланице рефлексивна је обавеза држава да сарађују у остваривању циљева Уније, садржане у члану 4. 3. TEU.

- конзистентне са принципима и циљевима спољне (екстерне) акције Уније, елабориране у складу са општим одредбама из Дела V поглавља 1 TFEU;
- представљају озбиљну препреку за преговоре или закључивање ВITs-ова са трећим државама.

Комисија може донети неколико одлука.

Прво, уколико није испуњен ниједан од критеријума из члана 9. ст. 1. Уредбе, Комисија може дати одобрење за измену постојећег или закључивање новог ВIT-а са трећом државом.

Друго, Комисија може да захтева од државе чланице да укључи или искључи из преговора и потенцијалног билатералног споразума било коју клаузулу чије је укључивање или отклањање непоходно да се осигура конзистентност са инвестиционом политиком Уније или правом ЕУ (видети чл. 9. ст. 2. Уредбе). Комисији у поступку давања овлашћења асистира Комитет за инвестиционе споразуме (видети члан 16. ст. 2. Уредбе).

Када се ради о трећој групи споразума (измене постојећих споразума или закључивање нових споразума након ступања на снагу Уредбе), постоји обавеза државе да у писаној форми обавести Комисију о намери да измени постојећи или закључи нови уговор. Обавештење у писаној форми мора да прати одговарајућа документација са индикацијом одредби о којима се има преговарати. Нотификација мора да уследи најкасније пет месеци пре почетка формалних преговора државе чланице и треће државе. Комисија у циљу давања овлашћења за преговоре примењује критеријуме из члана 9. ст. 1. Уредбе.²²

Чини се да Уредба у великој мери оставља дискрецију Комисији да оцењује услове за измену постојећих или закључивање нових билатералних споразума. Описана дискреција рефлектује се кроз екстензивно примењивање методе регулисања путем правних стандарда. Пример наведеног приступа су:

- коришћење израза „предузимање свих неопходних мера“ (тач. 11. Преамбуле ову обаезу намеће државама чланицама у циљу елиминисања инкопатибилности у постојећим „спољним“ ВITs-овима са правом ЕУ);
- утврђивање стандарда постојања „озбиљне препреке“ као разлога за измену или укидање постојећих билатералних споразума (видети члан 6. Уредбе).

²² Видети члан 8. Уредбе.

У коначном, интерпретативно „управљање“ садржином и дометом примене наведених правних стандарда зависиће од Комисије, односно, у случају спора, од приступа који заузму правосудни органи ЕУ: Генерални суд (бивши Суд прве инстанце) и Европски суд правде.

3.2. Утицај Уредбе на процедуру решавања инвестиционих спорова

Транзициона Уредба бави се и улогом Комисије у процедури решавања спорова према постојећим билатералним споразумима и намеће одређене обавезе државама чланицама.

Прво, државе чланице имају обавезу да Комисију информишу о спору (чл. 13а Уредбе),

Друго, државе чланице имају обавезу да предузму све неопходне кораке да би осигурале да Комисија може да учествује у процедури решавања спорова (чл. 13б Уредбе).

Горе наведене обавезе отварају питање њиховог поштовања од стране држава чланица када се ради о учешћу Комисије у споровима пред Центром за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (е. „*International Center for Settlement of Investment Disputes*“; *ICSID* центар). Реч је о институцији која важи за репрезентативану и општеприхваћену институцију решавања инвестиционих спорова (Ђирић, 2010: 354–358.)²³

Европска унија није страна уговорница *ICSID* конвенције којом је основан Центар. Како члан 67. Конвенције предвиђа да само државе имају право да јој приступе,²⁴ чланство Уније у *ICSID*-у захтевало би измену Конвенције, што је комплексан подухват у политичком, правном и организационом

²³ *ICSID* центар основан је Конвенцијом о оснивању Центра за решавање спорова између држава и држављана других држава уговорница, усвојеном 1965. године. Његове чланице су државе чланице Светске банке које су земље уговорнице Конвенције. Државе које нису чланице Светске банке могу се придружити Центру уколико су потписале Статут Међународног суда правде, уз двотрећинску одлуку Административног савета којом се држава позива да приступи Конвенцији. Оснивањем *ICSID* центра учињен је напредаку процедуралној заштити страног инвеститора. Најважније карактеристике *ICSID*-а су: његова независност од домаћег правног система; „институционална подршка“ коју ужива као тело под окриљем Светске банке; инвестициони спорови као искључиви предмет рада центра. Бивша СФРЈ је конвенцију ратификовала 1967. године. СР Југославија је ратификовала Конвенцију 2006. (видети „Сл. лист СЦГ бр. 2/2006).

²⁴ „Ову конвенцију могу потписати државе чланице Банке. Њу може такође потписати свака друга држава потписница Статута Међународног суда правде, коју Административни савет одлуком донетом већином од две трећине чланова буде позвао на потписивање“ (чл. 67. *ICSID* конвенције).

смислу. Изостанак Уније из Конвенције не значи да је она била без одређеног модалитета учешћа у споровима пред *ICSID* центром: потреба да се спорови решавају ефикасно и у складу са правилима меродавног билатералног споразума, условила је да су арбитраже *ICSID*-а у прошлости позивале Комисију да учествује у поступку у својству *amicus curiae* (Levine, 2011: 204, *passim*).

У пуној снази, питање иступања Комисије у споровима пред *ICSID*-ом (у капацитету који је већи од *amicus curiae*) отвара се имајући у виду да Уредба наглашава нужност учешћа Комисије у споровима у којима је једна од страна држава чланица ЕУ. Наиме, Уредбом се предвиђа обавеза државе да предузму „неопходне мере“ да би Комисија учествовала у процедури решавања спора (видети члан 13. ц Уредбе). У контексту решавања спора пред *ICSID* центром саме државе чланице хипотетички могу да траже сагласност инвеститора за учешће Комисије у спору. Међутим, судбина овог захтева потпуно је у дискрецији инвеститора који може да га одбије без образложења.²⁵ Уколико га (што је мало вероватно, осим у случају екстерног и снажног политичког притиска) прихвати, Комисија може имати могућност да се изјашњава кроз писане опсервације, односно да присуствује и учествује у усменим расправама.

Препреку за учешће Комисије у поступку пред *ICSID* центром чини и право арбитраже да установи поверљивост спроведене процедуре и исходовањих докумената.²⁶ У таквом случају би држава чланица била спречена да информира Комисију о садржини и току поступка чиме би поступала супротно својој обавези предузимања „неопходних мера“ за обезбеђење учешћа Комисије у процедури решавања спорова. Уколико би пак поступила у складу са Уредбом, држава чланица би прекршила обавезу конфиденције, што би потенцијално имало озбиљне реперкусије за позицију државе у конкретном поступку. Могуће превазилажење описане тешкоће лежи у измени постојећих *BITs*-ова у смислу омогућавања учешћа Комисије у поступку пред *ICSID* центром.

4. Закључак

Усвајање Уредбе о установљавању транзиционог режима за билатералне инвестиционе споразуме држава чланица и трећих држава показује да су политичке институције Уније у стању да постигну компромис о политици страних директних инвестиција. Примена Уредбе требало би

²⁵ *ICSID Arbitration Rules, Rule 32 (2)*. Available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

²⁶ *ICSID Arbitration Rules Rule 39(1)*.

да допринесе имплементацији правила Лисабонског споразума о новим оквирима заједничке трговинске политике (који укључују и стране директне инвестиције) на начин који обезбеђује баланс између потребе ЕУ да оствари ефективну заштиту својих инвеститора у иностранству, са једне, и њеног интереса да очува довољан регулаторни простор за спровођење одговарајуће политике страних директних инвестиција у оквиру Уније, са друге стране. Правни режим утврђен Уредбом, у великој мери, почива на претпоставци политичке подршке за њено спровођење. Таквом политичком хабитусу не мањка легитимација, али му недостаје предиктабилност и стабилност. Наведеном закључку у корист иде и значајна улога правних стандарда у самој структури Уредбе, потом кључна али у великој мери дискрециона улога Комисије у њеном спровођењу, те непотпуно уређена питања последица примене Уредбе на норме постојећег међународно-правног режима страних директних инвестиција, пре свега правила о решавању спорова пред *ICSID* центром. Чини се да ће овај баланс морати да буде контролисан и усмераван интерпретацијама Општег суда и *ECJ*.

Литература

Bungenberg, M. (2008). *The Common Commercial Policy After Lisbon*, [Electronic version]. Paper presented at the Hebrew University of Jerusalem, 14 July 2008. Преузето 20. 05. 2009. http://micro5.msc.huji.ac.il/%EБиasei/documents/Lisbon_Papers/iasei_bungenberg.doc ;

Dimopoulos, A. (2008). The Common Commercial Policy after Lisbon: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 4 (4). 101–129;

Eilmansberger, T. (2009). Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review*. 46 (2). 383–430;

Lavranos, N. (2010). New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 9(3). 409–441;

Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. *Berkeley J. Int'l L*. 29. 200–224;

Moerenhout, T, Pérez Aznar, F. (2010). *Competence Shift on fFDI from the EU member States to the EU*. [Electronic version]. Преузето 20. априла 2013. <http://graduateinstitute.ch> ;

Sornorajah, M. (2004). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press;

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право – општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;

Цветковић, П. (2005). *Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш;

Ceyskens, J. (2005). Towards a Common Foreign Investment Policy?—Foreign Investment in the European Constitution. *Legal issues of economic integration*. 259–291;

Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon (2007). Publisher: Foundation for EU Democracy Printed at Notat Grafisk. [Electronic version]. Преузето 1. фебруара 2014. http://www.eudemocrats.org/fileadmin/user_upload/Documents/Reader_friendly_til_netnet.pdf ;

Woolcock, S. (2010). EU trade and investment policymaking after the Lisbon treaty. *Intereconomics*. Vol. 45 (1). 22–25.

Прописи

Закон о ратификацији Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 2. 2006;

ICSID Arbitration Rules, Rule 32 (2). Доступно на: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf. на дан 1. фебруар 2014;

List of the bilateral investment agreements referred to in Article 4(1) of Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, доступно на адреси <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=EN> на дан 1. фебруар 2014;

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, доступно на адреси <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0040:0046:En:PDF> на дан 1. фебруар 2014.

Судска пракса (доступна на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>).

Case 10/61 *Commission v. Italy* [1962] ECR 1, 23;

Case 812/79 *Attorney-General v. Burgoa* [1980] ECR 2787;

Case C-62/98 *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5171;

Case C-84/98, *Commission v. Portugal* [2000] ECR I-5215;

Case C-466, 467, 468, 469, 471, 472, 475 and 476/98 *Commission v. UK, Denmark Sweden, Finland, Belgium, Luxemburg, Austria and Germany, (Open skies)* [2002] ECR I-9519;

Case C-307/99 *OFT Fruchthandelsgesellschaft* [2001] ECR I-3159;

Case C-216/01 *Budvar* [2003] ECR I-1361;

Case. C-203/03 *Commission v. Austria* [2005] ECR I-935;

Case C-459/03 *Commission v. Ireland* [2006] ECR I-4635

Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351.

Case C-205/06 *Commission v. Austria* [2009] ECR I-1301;

Case C-249/06 *Commission v. Sweden* [2009] ECR I-1335;

Case C-118/07 *Commission v. Finland*, of 19 November 2009;

Case T-2/99 *T. Port v. Council* [2001] ECR II-2093;

Case T-3/99 *Bananatrading v. Council* [2001] II-2123.

Aleksandar Ćirić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Characteristics of the FDI Legal Regime in the EU Law

Summary

Once the Lisbon Treaty entered into force on 1 January 2009, the regulatory competences over Foreign Direct Investments (FDI) were transferred from the Member States to the European Union. The change was instituted as a result of a new EU Common Commercial Policy (CCP) framework, which was extended by including the legal treatment of foreign direct investment into the CCP regulatory scope. The effect of this development has a dual paradigm: first, the above change affects the existing legal regime of foreign direct investment in the Member States, which is primarily based on the rules of Bilateral Investment Treaties (BITs) concluded by those States; second, the new CCP format calls for a precise regulation of some open questions and issues pertaining to its implementation in the post-Lisbon FDI regulation process by means of secondary legislation of the Union. The second paradigm is reflected in the effort to address the outstanding issues of the concrete implementation of the new CCP framework in the context of division of competences between the EU and the Member States. This effort resulted in issuing the Draft Regulation establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. The directions for future development of the FDI regime in the light of the extended CCP framework are also contained in the case law generated by EU judicial bodies.

Key words: Treaty of Lisbon, Common Commercial Policy, bilateral agreements on the treatment and protection of foreign investments, FDI.