

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**Билатерални инвестициони споразуми:
стање и перспективе
(мастер рад)**

Ментор
Проф. др Предраг Цветковић

Студент
Олга Петровић Алексић
Број индекса МО38/20-О

Ниш, 2021.

САДРЖАЈ

I УВОД	1
II БИЛАТЕРАЛНИ ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРАЗУМИ	3
1. Шта је довело до настанка билатералних инвестиционих споразума	3
2. Експанзија билатералних инвестиционих споразума	5
3. Појам и сврха	7
4. Садржина билатералних инвестиционих споразума	9
4.1 Обим примене	10
4.2 Услови уласка стране инвестиције	11
4.3. Генерални стандард третмана	12
4.4 Трансфери	14
4.5 Експропријација	16
4.6 Накнада штете настала због оружаних конфликта или унутрашњих поремећаја	16
4.7 Одговорно пословно понашање	17
4.8 Кишобран клаузула	17
4.9 Решавање спорова	18
III МУЛТИЛАРИЗАЦИЈА БИЛАТЕРАЛНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА КРОЗ КЛАУЗУЛУ НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ	20
1. Клаузула најповлашћеније нације	20
1.1. Структура клазуле најповлашћеније нације	20
1.2 Кодификација клаузула најповлашћеније нације од стране Комисије међународног права	22
1.3 Типови клаузула најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима	25
2. Мултилатерализација материјалне заштите инвеститора	28
2.1. Уношење повољнијих права инвеститора	29
3. Мултилатерализација процесне заштите инвеститора	35
3.1 Заобилажење ограничења приступа повезаних са допустивошћу решавања спорова инвеститора и држава	35
3.2 Мултилатерализација бенефиција без проширења недостатака	38
3.3 Борба да се заснује надлежност на основу клаузуле најповлашћеније нације	41
IV ЗАКЉУЧАК	47
V ЛИТЕРАТУРА	49
VI САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ	55
VII БИОГРАФИЈА	58

I УВОД

Један од главних аспеката глобализације је појава глобалне економије у којој роба, услуге и капитал све више одбацују везе за државама и циркулишу слободно преко граница. Економске активности на глобалном тржишту доносе потребу за правном регулацијом изван националних граница да би се изградила и заштитила прекогранична економска размена и унапредила сарадња. Ово се односи на појаву међународног економског права које укључује међународно трговачко право, међународно монетарно право и међународно инвестиционо право и представља правни темељ за глобалну економију. Док су међународно трговачко и монетарно право нашли своје мултилатерлане режиме кроз успостављање Општег споразума о царинама и трговини, а касније Светске трговинске организације и Међународног монетарног фонда, више покушаја да се успостави мултилатерални инвестициони споразум су пропали. Уместо тога међународно инвестиционо право обухвата тренутно преко 2500 билатералних, регионалних и секторланих инвестиционих споразума. Билатерални споразуми служе за заштиту и унапређење страних инвестиција између држава које су Стране уговорнице тако што додељују разна права страним инвеститорима. Иако се њихов број чини велики, не може да се каже да су то двострани уговори који стоје изоловано и уређују односе две државе. Пре ће бити да су они развили бројна преклапања и структурне везе што је резултирало у релативно униформни режим за међународни инвестициони режим. Један од фактора у креирању униформности у међународним инвестиционим односима и имплементацији мултилатерализма упркос великом броју билатералних инвестиционих споразума је клаузула најповлашћеније нације која улази у сам споразум. Она обавезује државу која додељује третман најповлашћеније нације да прошири на државу прималаца третман додељен трећим државама у случају да је тај третман повољнији него третман из основног споразума. Комплетиран националним третманом, економски аспект третмана најповлашћеније нације је да се направи једнаки терен за све стране инвеститоре тиме што би се забранила дискриминација између инвеститора из различитих држава порекла. Једнака конкуренција је суштинска за функционисање тржишта и помаже да се ефикасије алоцирају ресурси. Клаузуле најповлашћеније нације мултилатерализују и хармонизују ниво инвестиционе заштите према међународном праву у било којој држави домаћину који уређује своје међународне инвестиционе односе на основу третмана најповлашћеније нације. Клаузула најповлашћеније нације има тенденцију да смањи слободан простор за

специфичности у билатералним инвестиционим односима. Уместо да билатерални инвестициони споразуми буду инструменти билатерализма, клаузула најповлашћеније нације их трансформише у инструменте мултилатерализма у међународним инвестиционим односима. Тиме клаузула најповлашћеније нације служи као основ за мултилатерализацију билатералних инвестиционих односа.

Зато ћемо у овом раду прво сагледати како и када су настали билатерални инвестициони споразуми. Затим њихов појам, сврху и структуру. Видећемо које су се одредбе у споразумима издвојиле као најчешће и какву заштиту страним инвестицијама и инвеститорима пружају.

У другом делу рада поклонићемо пажњу клаузули најповлашћеније нације. Њеној структури и покушају кодификације од стране Комисије за међународно право, преко формулације у билатералним инвестиционим споразумима до ефеката које она има када се инкорпорирају материјалне норме из другог споразума, а када се инкорпорирају процедуралне норме. Ту ћемо анализирати случајеве који су се нашли пред међународним арбитражним трибуналима и какве су одлуке они доносили и њихова образложења.

За овај рад су коришћени правно – историјски, правно – теоријски, метод студије случаја и дескриптивни метод.

II БИЛАТЕРАЛНИ ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРАЗУМИ

1. Шта је довело до настанка билатералних инвестиционих споразума

Да бисмо разумели како су настали билатерални инвестициони споразуми (БИТ) морамо да прво разазнамо како се развијао међународни инвестициони режим. Међународно инвестиционо право датира из касног деветнаестог века, за време ког је већина света била организована у европске империје и велике количине западног капитала су одлазиле у иностранство.¹ Спорови између инвеститора и локалних власти у колонијализованим територијама су се решавали у оквиру империјалног правног система и када су били предмет пресуде потпадали су под надлежност империјалних судова.² Империјално право је регулисало пословање широм империја и омогућавало висок ниво слободе и заштите инвеститора да би им олакшало експлоатацију колонијализованих подручја.³ Нису све територије ван Европе биле званично колонијализоване у деветнаестом веку, али због брзе индустријализације и економског раста који се дешавао тада, европски и амерички бизниси су стекли интересе на тим територијама и то је довело до спорова са локалним властима. У неким случајевима ослањајући се на своју војну супериорност, западне силе су наметнуле капитулационе споразуме да би те државе отвориле своје привреде страној трговини и индустрији.⁴ После Другог светског рата, нове независне земље су захтевале већу домаћу контролу над својом привредом и ресурсима, укључујући и решавање инвестиционих спорова пред домаћим судовима засновано на домаћем праву. Током 1960 – их и 1970 – их, земље у развоју су заговарале принцип потпуног суверенитета над природним ресурсима⁵ и предложиле су Нови међународни економски поредак⁶, а оба нису ишла у прилог међународном бизнису и земљама великим извозницама капитала. Касније, исте године донета је Повеља о економским правима и дужностима држава⁷(CERDS) која је била

¹ E.Hobsbawm, *Industry and Empire*. London, 1968, Peneguin, p 129-31.

² A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1915, Macmillan

³ S.K.B.Asante, *Transnational Investment Law and National Development*, Lagos, 1981, University of Lagos, p 24.

⁴ W.R. Johnston, *Sovereignty and Protection: A Study of British Jurisdictional Imperialism in the Late Nineteenth Century*, Durham, 1973, N.C.: Duke University Press, p 29.

⁵ *Resolution on Permanent Sovereignty Over National Resources*, United Nations G.A. Res. 1803 (XVII), UN GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/5217 (1962) 15, 57 AJIL 710

⁶ *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, UN GA Res. 3201 (S-VI), un gaor, 6th Spec. Sess., Supp. No.1, UN Doc A/9559 (1974) 3, 13 I.L.M. 715

⁷ *Charter of Economic Rights and Duties of States*, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 30, at 40, U.N. Doc. A/9946 (1973)

покушај да се ојачају правни принципи који су били темељ Новог међународног економског поретка. Она је државама давала право да национализују, експропријалишу или пренесу власништво на страног имовини, у ком случају прикладна компензација треба да буде исплаћена од државе која је увела мере, узимајући у обзир релевантно право и регулативу, као и све околности које држава сматра релевантним. У сваком случају где је питање компензације изазивало контроверзу, требало је бити решено по домаћем праву државе које врши национализацију и од стране њених судова, уколико није слободно и заједнички уговорена од стране свих држава којих се тиче тај спор да ће се потражити други мирнији начин решавања на основи суверене једнакости држава и у складу са принципом слободног избора средстава. Многе државе у развоју су ово схватиле јако озбиљно и многе експропријације су се и десиле. Када су развијене државе увиделе начин на који државе у развоју користе Повељу, ускратиле су јој законски статус, иако је била изгласана већином у Генералној скупштини. Дакле, велики део двадесетог века, страни инвеститори нису могли да се ослоне на империјално или екстратериторијално право за заштиту, а нису ни имали прави на тужбу против државе на чијој су територији њихова средства била локализована.⁸ Инвестициони спор је био третиран као унутар државни спор и решавао се дипломатским путем или, изузетно, суђењем између две државе. Само је држава порекла инвеститора могла да покрене међународну тужбу против земље домаћина и инвеститор је морао да прихвати исход са којим се сложила његова држава.⁹ Овакво стање није одговарало инвеститорима ни земљама извозницама капитала, али труд да се примене међународни стандарди заштите инвеститора су био је виђен од стране земаља увозница капитала као дискриминаторан према домаћим инвеститорима као и неприхватљив изазов њиховој аутономији. Овде је било неколико покушаја да се на мултилатералном нивоу уведу либерални стандарди заштите инвеститора и тако се заштити међународни бизнис од регулативе државе домаћина. То су били: 1929. Нацрт Конвенције о третману странаца, 1959. Абс – Шавкросов нацрт Конвенције о инвестицијама у иностранству, Уругвајска рунда и предлог мултилатералног инвестиционог споразума као дела Светске трговинске организације и 1998. нацрт Мултилатералног споразума о инвестицијама (МАИ) који је био припремљен од стране Организације за економску сарадњу и развој(OECD). Сви ови предлози били су одбијени од стране земаља у развоју, а неки и од стране развијених

⁸ A.A. Fatouros, *International Law and the Third World*, vol 50 *Virginia Law Review*, 1964, p 783

⁹ M.O. Hudson, *International Tribunals*, Washington, 1994, Carnegie Endowment for International Peace and the Brookings Institution, p.67-9, 198.

земаља. Неуспех да се закључе споразуми о инвестицијама на мултилатералном нивоу говори само о интензитету конфликта између земаља извозница капитала и међународног бизниса против земаља увозница капитала. Ипак то није спречило земље извознице капитала да направе разгранату мрежу инвестиционих споразума који гарантују висок ниво заштите за међународни бизнис.¹⁰

2. Експанзија билатералних инвестиционих споразума

Први билатерални инвестициони споразум је закључила Немачка, која је изгубила све своје стране инвеститоре након што је изгубила Други светски рат, са Пакистаном 1959. За време овог раног периода, највише споразума је закључено између развијених и ново независних држава које¹¹ су иницирале развијене државе, извознице капитала, са фокусом да се обезбеди већи стандард правне заштите и гаранција за инвестиције њихових компанија, него што је то било одређено националним законима земаља увозница капитала, држава у развоју. Током 1980 – их и 1990 – их у свету су се десиле структурне промене које су интензивирале притисак на земље у развоју да привуку страни капитал. Најбитнији фактори су били излазак капитала, тешко добијање међународног кредита, као и криза Трећег света, губитак опције ценкања после пада Совјетског блока и смањена помоћ запада.¹² Када посматрамо ствари из овог угла видимо зашто је све већа покретљивост капитала ставила међународни капитал у јачу позицију да тражи правне концесије од држава домаћина инвестиција. Такође велики притисак је долазио и од стране финансијских институција, како јавних тако и приватних, а и од држава извозница капитала. На пример Светска банка и Међународни монетарни фонд повезују своју процену кредитне способности и усклађености са политиком за ниво отворености ка страним инвестицијама, а земље извознице капитала су везале могућност добијања националног осигурања страних инвестиција за постојање инвестиционог споразума са државом примаоцем. У ери глобализације, приватне стране инвестиције су универзално сматране од стране држава као суштинско оруђе за њихов привредни развој.¹³ До 1991. године било је потписано само 400 билатералних

¹⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2004*, New York: United Nations, 2004

¹¹ Jurgen Voss, *The Protection and Promotion of European Private Investment in Developing Countries*, 18 *Common Market Law Review*. 363-395, p. 363.

¹² *op.cit* 8, Fatouros, p. 795.

¹³ Patrick Dumbery, *Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?*, 2010, *Penn State International Law Review*, p. 678.

споразума, док је током 1990 – их број значајно порастао, до 1996. се број попео на 1000, док данас постоји преко 2500 који су на снази, и повезују више од 170 земаља. Повећање број споразума је донело и повећање директних инвестиција. Са мање од 100 билиона долара у 1980, 2009. је достигнута бројка од скоро 1,6 трилиона долара.¹⁴ Док је прошле године 2020, због кризе са вирусом Covid19 вредност директних страних инвестиција пала на 859 билиона долара, са 1,5 трилиона у 2019. години.¹⁵

Иако стављају рестрикције на суверену сферу контроле државе домаћина, државе настављају да потписују билатералне инвестиционе споразуме због тога што развијене државе сматрају да су они начин да заштите интересе својих мултинационалних корпорација, а државе у развоју их виде као неопходне да привуку приватни капитал из иностранства. Тако су неки трибунали закључили да су билатерални инвестициони споразуми инструменти који одражавају заштиту инвеститора, тако је трибунал у случају *Siemens AG v The Argentine Republic*¹⁶ установила да: *Трибунал треба да се води сврхом споразума која је исказана у његовом наслову и преамбули. На споразуму је да "итити" и "унапређује" инвестиције... Да створи повољне услове за инвестиције и да стимулише приватну иницијативу.*

¹⁴UNCTAD, *World Investment Report 2009*, New York, United Nation Publications 2009

¹⁵ https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2021d1_en.pdf, преузето 07.08.2021.

¹⁶ ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens AG v The Argentine Republic*, Descision on Jurisdiction of 3 August 2004, para 81

3. Појам и сврха

Билатерални инвестициони споразуми су типски¹⁷ међународни уговори, који се најчешће закључују између двеју држава. У почетку су закључивани између развијених држава са једне стране и држава у развоју са друге, али данас су постали универзално прихваћени инструменти за заштиту улагања, које закључују и мање развијене земље међусобно.¹⁸ Овим уговорима, државе уговорнице се узајамно обавезују да ће омогућити улагања држављана друге државе у складу са својим законодавством и да ће таквим улагањима пружити одговарајућу правну заштиту. Већина уговора о унапређењу и заштити улагања садржи одредбе које гарантују улагачу из друге државе уговорнице правичан и поштен третман, пуну заштиту и сигурност улагања. Такође, гарантује се слободан трансфер профита и капитала, као и других новчаних износа који су у вези са улагањем у иностранству, забрањује се експропријација и национализација, као и друге еквивалентне мере, те уводи обавеза промптне, адекватне и ефикасне надокнаде у случају да до експропријације, односно национализације ипак дође.¹⁹

Сврха споразума је да створи симетричну правну везу између две државе, тако што омогућује да свака страна може да инвестира под истим околностима у територију друге стране. У стварности, асиметрија постоји код страна у већини споразума пошто је обично једна страна извор капитала, а друга прималац инвестиционих токова између две државе. Ова асиметрија условљава динамику преговора о закључењу споразума. Ако препознамо да споразуми у суштини дефинишу обавезе које има држава у развоју према инвестицијама из развијене државе, држава у развоју ће увек тежити ка томе да испреговара обавезе које су више генерално одређене него посебне, нејасне него прецизне, и предмет изузетка, а не апсолутне. Док ће држава извозница да тражи гаранције заштите које су прецизне и свеобухватне.²⁰

¹⁷ J.W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing countries*, 24 Int'l L. 655-675. P 662, 1990, Типски споразуми имају неколико сврха. Прво њихова припрема је прилика за земље извознице капитала да простудирају питање заштитне инвестиције, да консултују заинтересовани државни и приватни сектор, и да формулишу националну позицију по том питању. Друго, пошто су земље извознице биле оне које су разрађивале преговарање билатералних инвестиционих споразума, оне виде прототип уговора као начин којим ће да ставе до знања земљама увозницама капитала конкретну идеју какав споразум они желе. И коа треће развијене земље извознице желе колико је то могуће униформност у својим билатералним споразумима, а започињати све преговоре са истим нацртом споразума је добар почетак.

¹⁸ М. Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања, Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића”, Београд, 2010, Правни факултет у Београду, Удружење правника Србије и Црне Горе, стр 514-533, стр 518-519

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Op. cit* 17, str 663.

Једна од најбитнијих одлика и новина коју су донели билатерални инвестициони споразуми односи се на индивидуализацију међународних захтева. У скоро свим споразумима налазимо арбитражну клаузулу која значи проспективни пристанак државе на арбитражу будућих спорова између државе и страних инвеститора. Та индивидуализација је далекосежнија него она у другим споразумима, као што су споразуми о људским правима, зато што инвестициони споразуми обично ограничавају обавезу инвеститора да исцрпи локалне правне лекове, прихватају надокнаду штете као главни начин обештећења, и обезбеђује директно извршење накнаде штете од стране домаћег суда великог броја земаља. Индивидуализација трансформише реципрочну правну везу две државе у регулаторну везу између државе и појединца који подлеже вршењу јавних овлашћења.²¹ Ова трансформација је последица инвестиционе арбитраже као водећег аранжмана, који је одлика приоритизирања заштите инвеститора.

Кроз ово бисмо могли да повежемо и настанак првих билатералних споразума са настанком Центра за решавање инвестиционих спорова (International Center for the Settlement of Investment Disputes – ICSID) који је основан Конвенцијом о оснивању Центра за решавање спорова између држава и држављана других држава уговорница²² која је усвојена 1965., позната и као Вашингтонска конвенција. Центар је основан под окриљем Светске банке, чиме је обезбеђено правно – политичко залеђе његових активности.²³ Формирањем центра требало се постићи дефинисање јасних правних критеријума у циљу деполитизације спорова државе пријема капитала (држава домаћин) и страних инвеститора, односно елиминисања *посредничког ауторитета* државе порекла инвеститора који је у спору са државом домаћином инвестиције.²⁴

ICSID арбитража је данас општеприхваћени метод решавања инвестиционих спорова. У прилог ове тврдње могу се изнети две чињенице:

- а) билатерални споразуми о третману и заштити инвестиција готово без изузетка, и мултилатерални споразуми попут NAFTA²⁵ споразума и Повеље о енергији²⁶,

²¹ Н.Н.А. Van Harten, *The Emerging System of International Arbitration*, Ph. D. Law, London, 2005, London School of Economics

²² *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*

²³ П. Цветковић, *Услови заснивања надлежности Центра за решавање инвестиционих спорова*, *Зборник радова "Liber amicorum Гашио Кнежевић"*, Београд, 2010, Правни факултет, Универзитет у Београду, 578-600, стр. 579.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *North American Free Trade Agreement*, који је замењен новим споразумом који се зове United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), у овом споразуму Chapter 14 се бави регулисањем инвестиција, док је у претходном то био Chapter 11

²⁶ Internet izvor: *Energy Charter Treaty*, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

упућују на арбитражу Центра као искључиви или алтернативни (уз "ad hoc" арбитражу уређену UNICITRAL арбитражним правилима или приватноправне арбитражне институције, попут арбитраже МТК или Арбитраже Института у Стокхолму) форум пред којим се воде спорови државе и страног инвеститора.

- b) квантитативни индикатори, односно број спорова који је решен или се решава у арбитражним поступцима пред ICSID Центром.²⁷

4. Садржина билатералних инвестиционих споразума

Када смо раније навели да тренутно на снази постоји 2500 споразума, човек не може а да се не запита, како садржина толиког боја споразума може да се дефинише. Иако на изглед немогуће, сама чињеница да су они настали из исте побуде развијених земаља извозница капитала да заштите интересе инвеститора из својих јурисдикција, доприноси томе да су се на глобалном плану међународног инвестиционог права изродиле норме које скоро па увек улазе у билатералне споразуме. Те норме и принципи су додатно разрађени кроз праксу арбитража, и данас, сваки инвеститор располаже широком заштитом, док суверена овлашћења државе да регулише ову грану своје привреде постају све ужа. Сваки споразум садржи реципрочне обавезе које је преузела свака од страна уговорница. И сваки споразум пружа инвеститорима различита материјална права, као и могућност да примењују ова права против државе домаћина.²⁸

Сваки споразум садржи преамбулу у којој се наводи циљ споразума, који је углавном да се заштите и унапреде стране инвестиције.²⁹ Преамбула се често користи за тумачење материјалних одредби споразума и та сврха је од значаја. Оне обично истичу везу између погодних услова за инвестирање и ток страних инвестиција, као и пожељност страних инвестиција у државама потписницама.³⁰

Билатерални инвестициони споразуми су обавезујући за државе³¹ и у њима је одређен период на који су закључени (10, 15, 20 година), после којих настављају да буду на снази док једна од страна не упути изричито обавештење о раскиду другој страни. Када се обавештење упути, обично постоји одређени период за који инвестиције које су

²⁷ *Op. cit.* 23, стр 580

²⁸ S.W. Schill, *Enhancing Investment Law's Legitimacy: conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, 52 *Virginia Journal of International Law* 57 (2011-2012) p 94-95.

²⁹ McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration*, 2007, p. 28.

³⁰ R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008, p. 22.

³¹ F. Adleke, *Human rights and international investment arbitration*, *South African Journal on Human Rights*, 2016, p. 50.

направљене пре раскида још увек уживају заштиту из споразума.³² С обзиром да су инвестициони споразуми уговори, њихово тумачење и интерпретација се води Бечком конвенцијом о уговорном праву.³³

4.1 Обим примене

Обим примене споразума се обично налази у члановима којим се дефинишу *инвестиција, држављани, компаније и територија* земаља уговорница. Инвестиција је појам који није дефинисан и обично се у билатералним споразумима наводи набрајањем шта све може да уђе у овај појам, међутим та листа није коначна и на арбитру је да сам процени да ли се нека пословна активност може подвести под појам улагања уколико дође до спора. Као пример ћемо да наведемо Споразум између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања³⁴ где се у члану 1 ставу 1 дефинише улагање:

Израз *улагања* ће означавати сваку врсту средстава која улагач једне Стране уговорнице, улаже на територији друге стране уговорнице у складу са њеним законима, а посебно:

- покретну и непокретну имовину, као и друга стварна права у складу са домаћим законодавством Стране уговорнице на чијој територији се врше улагања, укључујући хипотеке, залог и друга слична права;
- акције, деонице или друге врсте учешћа у компанијама;
- новчана потраживања као и сва друга права која се односе на улагања и имају економску вредност;
- права интелектуалне својине, као што су ауторска права и слична права, патенти, лиценце, индустријски дизајн, трговачки знаци, технички процеси, know-how и good will;
- концесије у складу са домаћим законодавством Стране уговорнице на чијој територији се врши улагање, укључујући концесије за истраживање, вађење и коришћење природних богатстава, као и друга права за обављање економских активности у складу са њеним домаћим законодавством.”

Који инвеститор спада под заштиту споразума је питање од великог значаја за обим примене, јер због асиметрије између државе извознице капитала и државе увознице,

³² T. Gazzini, *Bilateral Investment treaties*, T. Gazzini & E. De Brabandere *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, 2012, p. 113.

³³ The United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Treaty Series, vol. 1155, May 1969

³⁴ Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања, ”Сл. Лист СРЈ- Међународни уговори”, бр.4/96

држава извознице желе што је могуће ширу дефиницију да би обухватиле више својих држављана, док земље увознице желе да је што више ограниче. Јер због генералног пристанка који су дале кроз арбитражну клаузулу излажу се већем броју потенцијалних захтева за одштету и то од стране држављана и компанија који имају мало веза са другом државом потписником. На споразуму је да одреди да ли инвеститор, или компанија или друго правно лице има довољно везе са државом из споразума да би био заштићен споразумом.³⁵ Да би компанија била покривена споразумом, највећи број споразума прописују да друга страна из споразума има један или више од следећих веза са њом:

- a) да је држава место оснивања компаније
- b) да је држава место седишта компаније, главно место обављања делатности
- c) држава чији држављани имају контролу, или значајан интерес, у компанији која прави инвестицију.

Обично се ови услови комбинују па компанија која инвестира мора да испуни барем два услова да би била заштићена споразумом.³⁶

4.2 Услови уласка стране инвестиције

Велики број споразума обавезује потписнице да подрже и креирају повољне услове за инвестиције. Државе извознице капитала су тражиле да се смањи обим потребних одобрења за инвестиције које се налазе под заштитом споразума, као и да се осигура третман на уласку инвестиције у државу који није мање повољан него третман који имају држављани земље домаћина или држављани неке треће државе. Импликације ове одредбе су јасне: У одлучивању о пријему пројекта стране инвестиције, држава домаћин мора да третира захтеве инвеститора друге стране споразума исто као што третира захтеве својих домаћих инвеститора или оних из других земаља.³⁷ У исто време, споразуми који садрже клаузулу о уласку, у доста случајева садрже и клаузулу у којој се наводе сектори у којима стране инвестиције могу да буду забрањене.

³⁵ *Op.cit.* 17, p. 665.

³⁶ *Ibid*, стр. 665 – 666.

³⁷ *Ibid*, стр. 666 – 667.

4.3. Генерални стандард третмана

Једном када је инвестиција направљена, поставља се питање који је то стандард третмана који ће инвеститор да ужива. Обим заштите најчешће обухвата неправичну и недовољну компензацију за експропријацију, неправичан и непоштен третман, порицање правде, и неуспех да се обезбеди стандард националног третман и третман најповлашћеније нације.³⁸ Они често обухватају и гаранције пуне заштите и сигурности.

а) Правичан и поштен третман

Многи споразуми одређују да је на држави да да правичан и поштен третман инвестицијама и инвеститорима на које се односи споразум. То је класична формулација међународног права и зато је веома често била предмет коментара и праксе. У споразумима је ова клаузула формулисана: Инвестицијама треба у сваком тренутку обезбедити правичан и поштен третман и треба да уживају пуну заштиту и сигурност на територији државе домаћина.³⁹ Постоји консензус да се правичан и поштен стандард третмана одређује независно од правних стандарда државе домаћина и не захтева лошу веру на страни државе домаћина да би се позвали на њега.⁴⁰ Бровер и Шил сматрају да правичан и поштен третман би могао да се разуме као: „Владање према владавини права која успоставља основна материјална и процедурална права која се тичу стабилности и предвидивости правног оквира; конзистентност у доношењу одлука државе домаћина; заштита инвеститоровог поуздања односно *легитимних очекивања*, процесна правда и забрана ускраћивања правде; заштита од дискриминације ни арбитрарности; и захтев за транспарентношћу.⁴¹”⁴²

³⁸ *Op. cit.* 29, p. 30.

³⁹ *Ibid.* стр. 200.

⁴⁰ S.W. Schill, *General Principles of Law and International Investment Law*, T Gazzini & E De Brabandere : *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, 2012, p 158.

⁴¹ ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corp v The United Mexican States*, Award, Aug 30, 2000, para 76: у овом случају је трибунал стао на становиште да је обавеза државе транспарентност. Некомпатибилно је са овом обавезом да локална власт одбије дозволу за градњу инвеститору, уолико је федерална држава потврдила да је план могућ.

⁴² C.N. Brower & S.W. Schil, *Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law*, 9 *Chicago Journal of International Law*, 2008-2009, p. 487.

б) Национални третман

Многи билатерални споразуми, са различитим изузецима и квалификацијама, омогућавају да држава домаћин третира инвестицију из државе свог партнера из споразума на исти начин како третира инвестиције својих држављана и компанија. Све државе извознице капитала дају велику важност овом стандарду, који се назива национални третман, и њихови прототипи билатералних споразума је укључују. Док неке државе у развоју, сматрајући да постоји велика разлика у финансијским и технолошким средствима између њихових домаћих компанија и страних мултинационалних компанија, су се бориле да ограниче обим националног третмана. У томе су и на неки начин успеле, па су креирале изузетке, као на пример кад држава домаћин остави одређене секторе привреде да се развијају уз помоћ њених јавних предузећа или приватних компанија.⁴³ Клаузула националног третмана може да се примењује или пре и после уласка инвестиције у државу домаћина или само након уласка инвестиције. Модел у коме се национални третман примењује након уласка инвестиције у државу домаћина је чешћи. Али свакако неки каснији инвестициони споразуми су проширили његову примену и на етапу пре уласка инвестиције кроз комбиновану пре и после уласка клаузулу.⁴⁴

в) Третман најповлашћеније нације

Скоро сви билатерални инвестициони споразуми садрже у себи клаузулу најповлашћеније нације која гарантује да ће инвестиције које су заштићене споразумом имати третман који је барем погодан као онај који држава домаћин додељује инвестицијама држављана и компанија из било које треће државе.⁴⁵ Касније ће бити више речи о овом принципу и какав значај он има за билатералне инвестиционе споразуме и у глобалу за међународни инвестициони режим.

Углавном су у споразумима комбиновани и национални третман и третман најповлашћеније нације, па самим тим страни инвеститор може да бира који стандард третмана би био погоднији за њега. Земље извознице увек желе да обезбеде ова два

⁴³ *Op. cit.* 17, str. 668.

⁴⁴ UNCTAD, *National Treatment*, United Nations Publications, New York and Geneva, 1999, p. 18.

⁴⁵ *Op. cit.* 17, str. 668.

стандарда заштите заједно зато што тако имају сигуран једнак третман са држављанима државе домаћина и са инвеститорима из трећих земаља.

4.4 Трансфери

Клаузуле о трансферу новца су једне од најбитнијих и за инвеститоре и за државе домаћине. Са једне стране, страни инвеститори разматрају могућност да трансферују добит и капитал и да измирују неопходне стране трошкове слободно да би могли да послују и профитирају од њихове инвестиције, па стога њихове државе кроз преговоре о закључењу споразума стављају притисак да се гарантује неограничени трансфер новца. Са друге стране хронични проблеми са платним билансом многих држава домаћина и њихова потреба да задрже страну валуту да би покривали трошкове за основну робу и услуге смањује њихову могућност и вољу да доделе инвеститорима неограничено право да трансферују новац. Из овог разлога многе државе у развоју имају законе о контроли девизног курса да би регулисале конверзију и трансфер валуте у иностранство.⁴⁶ Ове клаузуле се баве углавном са пет питања:

- а) општа природа права инвеститора да врши трансфер новца
- б) типови плаћања који су садржани у праву трансфера новца
- в) природа валуте са којом плаћање може да се изврши
- г) курс који ће се примењивати
- д) временски оквир у коме држава домаћин мора да дозволи инвеститору да направи трансфер.

Као пример ћемо навести Споразум између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања⁴⁷, члан 11 се односи на трансфере:

1. Свака Страна ће дозволити да сваки трансфер у вези са покривеним улагањем, на и са њене територије, буде слободан и без одлагања. Ови трансфери обухватају:

а) уплате у капитал;

б) добит, дивиденде, камате, капиталне добитке, накнаде за ауторска права, накнаде за управљање, техничку помоћ и друге накнаде, повраћаје у натури и друге износе који произлазе из покривеног улагања;

⁴⁶ *Ibid*, str. 669.

⁴⁷ Закон о поврђивању Споразума између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања, Службени гласник РС- Међународни уговори, број 8/2015-1

в) приходе од потпуне или делимичне продаје покривеног улагања или од потпуне или делимичне ликвидације покривеног улагања;

г) исплате по основу уговора са улагачем или у вези покривеног улагања, укључујући исплате по основу уговора о кредиту;

д) накнаде исплаћене на основу чл. 7. и 10. овог споразума; и

ђ) плаћања која проистичу из Дела Ц овог споразума.

2. Свака Страна ће дозволити трансфер средстава у вези покривеног улагања у конвертибилној валути у којој је извршено улагање, или у другој конвертибилној валути договореној између улагача и заинтересоване Стране. Ако није другачије договорено, трансфер ће бити извршен по девизном курсу који је важећи на дан трансфера.

3. Независно од ст. 1. и 2. овог члана, Страна може, на основу примене домаћег законодавства, у доброј вери и на праведан и недискриминаторан начин, спречити трансфер у вези са:

а) ликвидацијом, стечајем или заштитом права поверилаца;

б) издавањем, трговином или пословањем са хартијама од вредности;

в) кривичним или прекршајним казнама;

г) финансијским извештавањем или чувањем евиденција о трансферима, када је неопходно ради помоћи у спровођењу закона или помоћи финансијским институцијама, или

д) обезбеђењем извршења налога или пресуда у судском или управном поступку.

4. Страна не може захтевати од свог улагача да изврши трансфер, нити га може казнити зато што није извршио трансфер прихода, зарада, профита или других износа који су произашли или који се могу приписати улагању на територији друге Стране.

5. Одредба става 4. овог члана не спречава Страну да, у складу са домаћим законодавством примењеним у доброј вери и на праведан и недискриминаторан начин, донесе меру која се односи на питања регулисана у ставу 3. тач. а)–д) овог члана.

6. Без обзира на одредбе ст. 1, 2. и 4. овог члана, и без ограничења у примени става 5. овог члана, Страна може, у доброј вери и на праведан и недискриминаторан начин, спречити или ограничити трансфер финансијске институције за или у корист огранка или лица повезаних са том институцијом, применом мера које се односе на одржавање безбедности, бонитета, поузданости или финансијске одговорности финансијских институција.

7. Без обзира на одредбу става 1. овог члана, Страна може ограничити трансфер повраћаја у роби у ситуацијама када се овакви трансфери могу ограничити у складу са Споразумом у оквиру Светске трговинске организације и у случајевима који су наведени у ставу 3. овог члана.

4.5 Експропријација

Једна од примарних функција билатералних инвестиционих споразума је да се заштити страна инвестиција од експропријације, национализације или мера које имају циљ који је једнак национализацији или експропријацији. Осим уколико се непосредна или посредна експропријација не спроводи: а) у јавном интересу; б) у законом прописаном поступку; в) на недискриминаторној основи; г) уз плаћање надокнаде.⁴⁸ Клаузула експропријације у зависности од тога како је формулисана може да пружи већи или мањи ниво заштите инвеститора. Највише билатералних споразума када се ради о компензацији користе Хулову формулу (Hull Formula⁴⁹) и по њој компензација мора да буде *промтна, адекватна и ефективна*.⁵⁰

Да би експропријација била промтна компензација мора бити исплаћена што је пре могуће када је експропријација извршена или у разумном временском року. Да би била адекватна мора да одговара новчаној вредности експропријанисаног добра која је обрачуната непосредно пре експропријације. Ефективна је компензација извршена уплатом у слободној конвертабилној валути.

4.6 Накнада штете настала због оружаних конфликта или унутрашњих поремећаја

У већини билатералних споразума може да се нађе и клаузула којом се гарантује да уколико дође до оружаних сукоба, грађанских немира или вандредног стања, укључујући и природне непогоде, да ће држава домаћин на недискриминаторани начин третирати страног инвеститора мерама које усваја или примењује за накнаду штете. Уколико држава домаћин компензује или помаже своје држављане којима је имовина уништена, била би у обавези да на сличан начин помогне и страном инвеститору који потпада под билатерални споразум. Неки споразуми могу да доделе и третман најповлашћеније нације.⁵¹

⁴⁸ *Ibid*, чл. 10.

⁴⁹ *The Hull standard* је добио назив по Секретару Сједињених Америчких Држава Корделу Хулу, који је развио овај стандард у преписци са Мексичком владом као одговор на мексичку национализацију нафтних компанија Сједињених Држава

⁵⁰ *Op.cit.* 17, str. 670.

⁵¹ *Op.cit.* 17, str. 671 – 672.

4.7 Одговорно пословно понашање

Ова клаузула у билатералним споразумима прописује да инвеститори и њихове инвестиције треба да понашају у складу са законима државе домаћина, који укључују законе и регулативе о људским правима, правима домородачког становништва, полној једнакости, животној средини и раду. У канадском моделу Споразума за унапређење и заштиту страних инвестиција (FIPA Model 2021)⁵² у члану 16 је описано одговорно пословно понашање:

1. Стране потврђују да инвеститори и њихове инвестиције треба да се придржавају унутрашњих закона и прописа државе домаћина, укључујући људска права, права домородачког становништва, полну једнакост, заштиту животне средине и рад.
2. Свака страна потврђује значај међународно признатих стандарда, водича и принципа одговорног пословног понашања који су били подржани или су подржани од те Стране, укључујући OECD Водич за мултинационалне корпорације и United Nations Водећа начела о људским правима и бизнису, и треба да охрабри инвеститоре и компаније који послују на њеној територији или који припадају њеној надлежности да добровољно инкорпорирају ове стандарде, водиче и принципе у њихову пословну праксу и унутрашњу политику. Ови стандарди, водичи и принципи се односе на области рада, животне средине, полне једнакости, људских права, односа у заједници и забрану корупције.
3. Свака Страна треба да охрабри инвеститоре или компаније који послују на њеној територији да предузму и одржавају смислено ангажовање и дијалог, у складу са стандардима, водичима и принципима међународно одговорног понашања који су били подржани од те Стране, у вези са домородачким становништвом и локалним заједницама.
4. Стране треба да сарађују на и да олакшају заједничку иницијативу да би промовисали одговорно пословно понашање.

4.8 Кишобран клаузула

Кишобран клаузулом се држава домаћин обавезује да да ће „поштовати све обавезе које је преузела према инвеститору из друге државе уговорнице”.⁵³ Израз „све обавезе” који се јавља у оваквим клаузулама веома је широк и може поред обавеза на основу двостраног споразума у коме се клаузула налази или на основу других међународних

⁵² *Canada's 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model*, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng, преузето 9.8.2021

⁵³ М. Станивуковић, „Кишобран клаузула” у билатералним инвестиционим споразумима (БИТ), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*, Подгорица, 2008, стр. 34.

уговора, да обухвати и обавезе преузете на основу других аката, а посебно на основу дијагоналних уговора.⁵⁴ Уговорне обавезе из дијагоналних уговора стављају се под „заштитни кишобран ВІТ – а.”⁵⁵

4.9 Решавање спорова

Једна од најмоћнијих особина инвестиционих споразума је што они садрже проспективни и генерални пристанак⁵⁶ (који не може једнострано бити опозван) од стране државе домаћина који се односи на све инвестиционе спорове који се тичу инвеститора из државе порекла са којом постоји обавеза решавања спорова.⁵⁷ Они омогућавају да се инвеститори непосредно обрате арбитражи против државе домаћина, и уклањају спорове из надлежности локалних судова државе домаћина. У споразумима преовлађује следеће решење: а) страни улагач и држава пријема дужни су да по избијању спора приступе преговорима ради његовог мирног решавања. Тек по истеку рока за преговоре, једна и друга страна у спору, или само улагач, имају право да поднесу спор на решавање суду или арбитражи.⁵⁸ Обично се страном улагачу даје право избора између три могућности: да спор покрене пред: а) надлежним судом оне стране уговорнице на чијој је територији улагање реализовано, или б) пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону, или в) пред *ad hoc* арбитражом која ће бити формирана у складу са арбитражним правилима UNICITRAL-а⁵⁹.⁶⁰ Поред тога, одредба о решавању ове врсте спорова у већини двостраних уговора, садржи и изјаву да ће арбитражна одлука бити коначна и обавезујућа ни да ће се извршити у складу са законима државе пријема.⁶¹

Специфичан карактер арбитражне клаузуле која је садржана у двостраном споразуму и на тај начин „доступна за употребу” сваком улагачу из друге државе уговорнице, може да доведе до серије тужбених захтева усмерених против исте државе

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, 35 – 36.

⁵⁶ J.J. Coe, *Transparency in the Resolution of Investor-State-Disputes – Adoption, Adaptation and NAFTA Leadership*, 54 *Kansas Law Review*. 2006, p. 1347.

⁵⁷ *Op. cit* 29, p. 5.

⁵⁸ *Op. cit* 53, p. 521.

⁵⁹ United Nations: United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, New York, 2014, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> преузето 10.08.2021

⁶⁰ *Op. cit* 53, p. 521.

⁶¹ *Ibid.*

и заснованих на истим чињеницама, односно истим актима које је та држава предузела према улагањима на својој територији.⁶² Проблем је што се такви тужбени захтеви, поготово ако се виде пред *ad hoc* арбитражама, не могу спојити, нити се може обезбедити јединствена примена права на исто чињенично стање. Иако не постоји обавезујући систем прецедената у споразумној арбитражи, ипак јесте случај да трибунали претходне одлуке генерално узимају у разматрање врло пажљиво.⁶³

Овде се може и поставити питање легитимности решавања спорова од стране приватних арбитража, зато што питања која се јављају пред њима врло често додирују најосетљивије области друштва и доношење одлука у њима. Тако да је интерес јавности врло често у питању када се доносе одлуке. Државе домаћини су посебно забринуте због смањења простора унутрашње политике узрокованог неодређеним стандардима заштите улагања, који су који су представљени делом на неконзистентан начин, од стране међународних арбитража који имају значајну интерпретативну моћ садржаја обавеза из инвестиционих споразума, и који су *de facto* омогућени да делују рестриктивно на политичке изборе који су направљени од стране демократски изабраних законодаваца, а они сами не уживају демократски мандат.⁶⁴

⁶² *Ibid.* стр. 531.

⁶³ *Op. cit.* 29, р. 71,74.

⁶⁴ *Op. cit.* 28, стр. 66.

III МУЛТИЛАРИЗАЦИЈА БИЛАТЕРАЛНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА КРОЗ КЛАУЗУЛУ НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ

1. Клаузула најповлашћеније нације

1.1. Структура клаузуле најповлашћеније нације

У делокруг клаузуле најповлашћеније нације у међународном праву улазе три државе. Једна држава као давалац која улази у однос са другом државом као примаоцем у коме се права и бенефиције дати трећој држави у одређеном контексту дају и држави која је прималац у првом уговорном односу. Последица клаузуле најповлашћеније нације у споразуму између прве две државе је да држава прималац може да се ослони на бенефиције које је држава давалац из првобитног односа дала другој држави уколико су те бенефиције у оквиру примене клаузуле најповлашћеније нације из првобитног споразума. Првобитни споразум који садржи клаузулу најповлашћеније нације је основни споразум зато што садржи основу за инкорпорацију повољнијих услова који су додељени у споразуму државе даваоца и треће стране. Споразум треће стране не модификује везу у првобитном споразуму, између страна основног споразума. Пре ће бити да садржај споразума са трећом страном постаје оперативан путем клаузуле најповлашћеније нације из основног уговора. Клаузула најповлашћеније нације дакле не мења *inter partes* ефекат међународних уговора. Она остварује аутоматску адаптацију споразума без потребе држава из основног споразума да преговарају изнова да би инкорпорирале бенефиције дате трећој држави.⁶⁵ Клаузула најповлашћеније нације дакле спречава државу даваоца да уђе у билатерални споразум који је више преференцијалан у односу на трећу државу и да стави државу примаоца у неповољнији положај.

Бенефиције које долазе од клаузула најповлашћеније нације су уско повезане са бенефицијама из мултилатералних уређења. Прво, третман најповлашћеније нације спречава дисторзију тржишта која долази од наметања неједнаких трансакционих

⁶⁵ S.W.Schill, *Multilateralizing investment treaties through most-favoured-nation clauses*, Berkley Journal of International Law 27(2),496, p 506-507

трошкова који су резултата неједнаких стандарда заштите који се дају инвеститорима из различитих држава.⁶⁶ Друго, третман најповлашћеније нације штити вредност концесија које су направљене између страна из основног споразума. Он одржава погодбу коју су државе достигле тако што спречава било коју од њих да издуби садржај из основног споразума давајући погоднију заштиту трећој држави и тако да направи инвестицију из стране основног уговора мање атрактивном.⁶⁷ Треће, третман најповлашћеније нације прави транспарентнији оквир за међународне инвестиционе односе зато што одбацује неопходност придржавања компликованих, а самим тим и скувих, правила о пореклу капитала како би се утврдио применљив стандард заштите.⁶⁸ Четврто, неvezано за ове примарно економске аспекте, третман најповлашћеније нације има шире импликације на структуру међународних односа у имплементацији третмана једнакости између нација. Он спречава државе да формирају економске савезе на штету и искључење других држава, што би могло да повећа потенцијал за тензије или чак војни конфликт.⁶⁹ У овом контексту третман најповлашћеније нације такође штити мање државе од утицаја већих и моћнијих држава, пошто искључује хегемонско понашање држава у наметању шаблона преференцијалног третмана искључујући друге државе.⁷⁰

Третман најповлашћеније нације тиме раскида са билатерализмом као парадигмом уређења међународних односа тако што проширује права и бенефиције из односа са трећом државом на споразумни однос који садржи клаузулу најповлашћеније нације. На крају, третман најповлашћеније нације има и конституционалну функцију, он задржава државе у мултилатералном оквиру и отежава напуштање стандарда заштите који су прихваћени раније.⁷¹

Клаузуле најповлашћеније нације су инструмент који води према систему који је у суштини мултилатерални иако се базира на билатералним споразумима.

⁶⁶ *Ibid*, p. 508.

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ *Ibid*

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ M. Bileski, *Der Grundsatz der wirtschaftlichen Gleichberechtigung in den Mandatsgebieten*, 16 *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR)* 214, 1936, 228-229

⁷¹ *Op. cit.* 65, p. 509.

1.2 Кодификација клаузула најповлашћеније нације од стране Комисије међународног права

Након краја Другог светског рата, мултилатерализам се поново појавио као инструмент за уређење међународних односа, како политичких тако и економских.⁷² Са погледом на фаталне последице Другог светског рата, третман најповлашћеније нације се сматрао за начин да се спрече међународни конфликти и да се унапреди светски мир забраном стварања билатералних савеза и прављења блокова у економском контексту који су могући да се прелију у војни конфликт.

Паралелно са новим растућим прихватањем мултилатерализма и третмана најповлашћеније нације, такође се обновио интерес у даље проучавање и кодификовање сврхе и интерпретације клаузуле најповлашћеније нације. За ову сврху је Комисија за међународно право (International Law Commission – ILC)⁷³ почела да ради на функцији и интерпретацији клаузуле најповлашћеније нације 1967. 1978. је доставила Нацрт чланова за клаузуле најповлашћеније нације⁷⁴ Генералној скупштини Уједињених нација и препоручила их као основу за мултилатералне конвенције. Члан 1. Нацрта се односи на то да се Нацрт примењује на клаузуле најповлашћеније нације које су садржане у споразумима између држава. У члану 4. су клаузуле најповлашћеније нације дефинисане као „одредбе споразума где држава преузима обавезу да према другој држави примени третман најповлашћеније нације у договореној сфери односа.” А третман се дефинише чланом 5. као „третман који је додељен од државе даваоца држави примаоцу, или особама или стварима који су у утврђеном односу са том државом, не мање повољан него третман који је држава давалац дала трећој држави или особама или стварима који су у истом односу са трећом државом. У члану 8. се дефинише правна основа за третман најповлашћеније нације а то је да он постоји само на основу клаузуле најповлашћеније нације из споразума који на снази између држава. Право настаје у тренутку када је повољнији третман дат трећој држави (члан 20).

⁷² J. Ruggie, *Multilateralism: The Anatomy of an Institution*, J. Ruggie Multilateralism Matters, Columbia University press, 1993,

⁷³ Комисија за међународно право је тело састављено од експерата који су одговорни да помогну развоју и кодификацији међународног права. Састоји се од 34 лица који су препознати по својем искуству и квалификацијама у међународном праву, који се бирају од стране Генералне Скупштине Уједињених Нација на сваких 5 година.

⁷⁴ *Draft Articles on most-favoured-nation clauses*, text adopted by the International Law Commission at its thirtieth session, 1978. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_3_1978.pdf, преузето 13.08.2021

Чланови 9. и 10. успостављају правила интерпретације за одлучивање да ли одређени третман државе даваоца потпада под обим примене клаузуле најповлашћеније нације.⁷⁵ Члан 9 (1) „Клаузулом најповлашћеније нације држава прималац стиче, за себе или за корист особа и ствари са којима је у одређеној вези, само она права која потпадају под границе предмета клаузуле.” Члан 10(1) указује да „Под клаузулом најповлашћеније нације држава прималац стиче право на третман најповлашћеније нације само ако држава давалац пружи трећој држави третман у оквиру граница предмета клаузуле.” Оба члана подржавају *ejusdem generis* правило⁷⁶, према коме „клаузула најповлашћеније нације може да привуче ствари које припадају истој категорији предмета као оне на које се клаузула односи.”⁷⁷ На пример ако се клаузула најповлашћеније нације односи на тарифне концесије то неће да да право држави примаоцу на повољнији третман када је у питању екстрадиција особа које су осуђене за кривично дело. Одређивање тачног обима предмета клаузуле ће бити потребно за интерпретацију обима клаузуле најповлашћеније нације из основног споразума.

У члану 11 се разјашњава да то што је трећа држава дала одређене концесије да би добила повољнији третман је уобичајено ирелевантно, сем уколико клаузула најповлашћеније нације у основном уговору није изричито формулисана као условна клаузула. Члан 11. дакле успоставља претпоставку у корист безусловности карактер клаузуле највећег повлашћења. Да би се условио третман најповлашћеније нације давањем или реципроцитета или истим уступком као оним који је дала трећа држава, то мора изричито наведено у дотичној клаузули најповлашћеније нације.⁷⁸

Од члана 15. до члана 18. су разјашњења фактора који су небитни за деловање клаузуле најповлашћеније нације. Члан 15. се односи на то да што је трећа држава дала концесију или компензацију је неважно за деловање безусловне клаузуле. Члан 16. појашњава да трећа држава и држава давалац не могу да искључе проширења права по основном уговору између државе даваоца и државе примаоца. Ту се потврђује правило под чланом 34. Бечке конвенције о уговорном праву да међународни уговори „не стварају ни обавезе ни права за трећу државу без њеног пристанка.”⁷⁹ Члан 17. даље

⁷⁵ *Op. cit.* 65, p. 515.

⁷⁶ *Draft Article on most-favoured-nation clauses with commentaries, Commentary to Articles 9 and 10*, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf, p. 27.

⁷⁷ *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 March 1956, 12 Reports of International Arbitral Awards 83, p. 107. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf

⁷⁸ *Op. cit.* 76, p. 36.

⁷⁹ *Op. cit.* 33.

одређује да је неважно да ли је повољнији третман додељен у билатералном или мултилатералном споразуму. У члану 18. се наводи да држава давалац не може да избегне мултилатерализирајући ефекат клаузуле најповлашћеније нације иако је повољнији третман био дат трећој држави као национални третман.

Након што је Комисија предложила усвајање Нацрта Чланова као мултилатералне конвенције Генералној скупштини Уједињених нација, они су само усвојили одлуку 9. децембра 1991. доносећи Нацрт чланова под пажњу Држава Чланица и међувладиних организација на њихово разматрање у таквим случајевима и у мери у којој се чини прикладно, али без њиховог трансформисања у обавезујуће правне инструменте.⁸⁰ Упркос томе, Нацрт чланова Комисије су задржали своју вредност као интерпретативна помоћ за клаузуле најповлашћеније нације, укључујући и оне у инвестиционим споразумима. А чак и да је Нацрт био званично и усвојен од стране држава као међународни споразум, он би углавном успостављао правила за тумачење клаузула најповлашћеније нације да би у том контексту, допринео више правној стабилности и предвидивости.

Напокон, главни разлог зашто се није ишло даље са Нацртом је везан за неслагања која нису око општих принципа интерпретације које Нацрт успоставља, него око друга два ужа питања. Са једне стране су то била питања која су се тичала односа клаузула најповлашћеније нације и царинских унија, регионалних трговних споразума, а са друге стране везе између клаузула најповлашћеније нације и генералног система преференцијала за државе у развоју.⁸¹

Овај Нацрт остаје вредан као смерница за праксу држава и *opinio juris* за опште разумевање и интерпретацију клаузула најповлашћеније нације у међународним уговорима. Он обухвата шта би се могло сматрати обичним значењем клаузуле најповлашћеније нације у смислу члана 31. Бечке конвенције о уговорном праву.⁸²⁸³ Овај

⁸⁰ *Op. cit.* 65, p. 516.

⁸¹ Summaries of the Work of the International Law Commission, *Most-favoured-nation clause (Part One)*, https://legal.un.org/ilc/summaries/1_3.shtml, преузето 14.08.2021.

⁸² Опште правило о тумачењу: 1. Уговор се мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља. 2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата осим текста, увода и укључених прилога: а) сваки споразум који постоји између чланица приликом закључивања уговора; б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључивања уговора а који прихвате остале чланице као инструмент који се односи на уговор. 3. Као и о контексту, водиће се рачуна: а) о сваком доцнијем споразуму између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба; б) о свакој доцнијој пракси у вези са применом уговора којим је епостигнут споразум између чланица у погледу тумачења уговора; в) о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица. 4. Израз се узима у посебном смислу ако се утврди да је таква била намера страна уговорница.

⁸³ *Op. cit.* 65, p. 518.

Нацрт иде у корист разумевању клаузуле најповлашћеније нације као оне која садржи безусловни третман најповлашћеније нације, дефинише њену основну функцију као директно инкорпорирање погоднијег третмана у основни уговор. Како развој клаузула најповлашћеније нације у пракси држава као и у Нацрту показује, оне су тумачене широко и подржавају мултилатерализам као руководећу парадигму за међународне односе.⁸⁴

1.3 Типови клаузула најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима

Постоје многе варијације клаузула најповлашћеније нације у инвестиционим споразумима, али могуће их је класификовати на 3 главна критеријума:

- 1) Да је клаузула најповлашћеније нације стоји сама или је спојена са клаузулом националног третмана или је спојена са неком другом клаузулом у споразуму. а) клаузула стоји сама – Билатерални инвестициони споразум Кине и Бенина (2004)⁸⁵: Ниједна Страна уговорница неће подвргнути инвестиције и активности у вези са инвестицијама инвеститора из друге Стране уговорнице третману који је мање повољан него онај који је додељен инвестицијама и повезаним активностима инвеститора било које треће Државе. б) Некад је клаузула најповлашћеније нације у комбинацији са обавезом националног третмана у билатералним инвестиционим споразумима – Билатерални инвестициони споразум Норвешке и Буркине Фасо (2000)⁸⁶: Свака Страна уговорница ће доделити посебно таквим инвестицијама третман који није ни на један начин мање повољан него онај који **уживају инвестиције њених држављана или држављана било које треће државе**, у сваком случају третман који је најповољнији држави у питању.
2. Да ли клаузула најповлашћеније нације спецификује или не који је третман у питању: а) Већина традиционалних билатералних инвестиционих споразума не спецификује обим примене клаузуле најповлашћеније нације као у претходним

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/440/download> , чл 3.2., преузето 14.08.2021

⁸⁶ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/565/download> , чл 3.2., преузето 14.08.2021

примерима. б) Али постоје и прецизнији споразуми – Билатерални инвестициони споразум Србије и Уједињеног Краљевства и Северне Ирске(2002)⁸⁷: Ниједна Страна уговорница неће на својој територији подвргнути инвеститора из друге Стране уговорнице, што се тиче њиховог **управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховом инвестицијом**, третману мање повољном него онај који је доделила својим инвеститорима или инвеститорима било које треће Државе. в) Као и они у којима клаузула најповлашћеније нације може директно да се односи на правичан и поштен третман – Билатерални инвестициони споразум Швајцарске и Колумбије(2006)⁸⁸: Свака Страна треба да осигура **поштен и правичан третман у оквиру своје територије инвестицијама инвеститора из друге Стране**. Тај третман не треба да буде мање повољан него онај додељен од сваке Стране инвестицијама на њиховој територији од стране њихових инвеститора, или онај додељен од стране сваке Стране инвестицијама на њиховој територији од инвеститора било које треће државе, ако је други третман погоднији.

3. Трећи основ за разликовање клаузула најповлашћеније нације је тај да ли у клаузулу улази критеријум поређења између два страна инвеститора. А све већи број билатералних инвестиционих споразума назначавача да ће поређење бити направљено између инвеститора или инвестиција који су у *сличним околностима или ситуацијама* – Билатерални инвестициони споразума Јапана и Републике Кореје⁸⁹: Свака страна уговорница ће на својој територији омогућити инвеститорима друге Стране уговорнице и њиховим инвестицијама третман не мање повољан него третман који је додељен у **сличним околностима** инвеститорима било које треће државе или њеним инвеститорима, у погледу улагања и пословних активности. СЕТА⁹⁰ – Свеобухватни економски и трговински споразум Канаде и Европске Уније: Свака Страна ће омогућити инвеститору друге Стране или покривеном улагању, третман који није мање повољан него третман који је додељен у **сличним ситуацијама**, инвеститорима

⁸⁷ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4987/download> , чл 3.2, Преузето 14.08.2021

⁸⁸ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/803/download>, чл 4.2, преузето 14.08.2021

⁸⁹ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1727/download> , чл 2.2, преузето 14.08.2021.

⁹⁰ <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-comprehensive-trade-and-economic-agreement-between-canada-and-the-european-union-canada-eu-ceta-2016-sunday-30th-october-2016> , чл 8.7.1, преузето 14.08.2021

трећих држава и њиховим инвестицијама у погледу оснивања, стицања, проширења, понашања, управљања, одржавања, коришћења, уживања и продаје или располагања њиховим инвестицијама на њиховој територији.

Изузеци од примене клаузуле најповлашћеније нације се углавном односе на то да мора да се узме у обзир постојање области које су економски интегрисане које су инкопатибилне са клаузулом највећег повлашћења, као и споразуми о двоструком опорезивању. Резултат ових изузетака је тај да инвеститор заштићен споразумом не може да користи клаузулу најповлашћеније нације да тражи третман који је повољнији као онај додељен од државе даваоца инвеститору из треће државе као дела економски интегрисаног подручја или на основу споразума о двоструком опорезивању.⁹¹ Неки билатерални споразуми директно искључе одређене секторе из обима примене клаузуле најповлашћеније нације, највише „авијацију, рибарство, поморска питања, укључујући спашавање”. Други споразуми додају посебне изузетке као „било какви аранжмани за олакшавање пограничне трговине малих размера у пограничним областима” или „питања у вези са стицањем земљишне имовине.”⁹² Тако да је врло могуће да свака земља испреговара посебне изузетке који ће да јој се уклапају у националну инвестициону политику. И на крају је интересантно да се спомене што све више билатералних споразума садржи општи изузетак који се базира на општем изузетку у Члану XX GATT⁹³а.

Из овога се види да обим и примена клаузула најповлашћеније нације доста зависи од тога како је формулисана.

Временски аспект клаузуле најповлашћеније нације је такође битна за примену третмана најповлашћеније нације, овде разликујемо:

а) Третман најповлашћеније нације након уласка инвестиције у државу: У већини билатералних инвестиционих споразума се страни инвеститор штити након што му је дозвољено да да уђе у територијалну јурисдикцију државе. Када је клаузула највећег повлашћења ограничена на фазу након уласка, држава домаћин задржава слободу да постави посебне захтеве за улазак страног инвеститора. Национални законодавац може да постави дискриминаторна правила, укључујући и ограничења, у вези са уласком и

⁹¹ International Institute for Sustainable Development, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017, p. 6.

⁹² *Ibid.*

⁹³ https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf, преузето 14.08.2021

прихватањем стране инвестиције, или одређене стране инвестиције у територијалну јурисдикцију државе. Али једном када су прихваћене, стране инвестиције не смеју бити предмет дискриминације, без обзира која им је држава порекла.⁹⁴

б) Све је више држава које дају страном инвеститору права још у фази примања да би либерализовале кретање робе и капитала. Канада и Сједињене Државе, затим Европа и Јапан су први били у томе. Али наравно и ту има изузетака, ни једна држава не би могла да се сложи да отвори врата своје привреде страним инвестицијама без минимума заштите. Зато државе резервишу право да заштите одређене секторе или одређене мере које су осетљиве на обавезу третмана најповлашћеније нације (националног третмана) у фази пре уласка.⁹⁵

2. Мултилатерализација материјалне заштите инвеститора

У складу са економским образложењем да се креира једнаки терен за стране инвеститоре из различитих држава порекла и да се направи једнака конкуренција међу њима, клаузула најповлашћеније нације шири примену повољнијих материјалних права и заштиту коју државе домаћини нуде држављанима трећих држава. Ово обухвата не само одредбе у домаћем праву и регулативу чисте административне природе, већ и повољније услове понуђене у споразумима са трећим државама. Према томе, за инвеститоре, клаузула најповлашћеније нације хармонизује правни оквир у коме они воде своју економску активност и креира униформне стандарде заштите инвеститора у било којој држави домаћину која заснива своје инвестиционе споразуме на третману најповлашћеније нације. Овде ћемо да прођемо кроз случајеве где је било дозвољено уношење повољнијих стандарда заштите као и оне где то није случај. Али пракса је, ако не и правило, да се у већини случајева дозвољава. Као и један пример из споразума НАФТА, где државе могу трибунал да вежу својим обавезујућим тумачењем самог споразума, тиме што и државе које нису у спору могу да подносе поднеске трибуналу и у њима искажу која је била њихова намера код уношења одредби у споразуме и шта оне значе.

⁹⁴ *Op. cit* 91, p. 7.

⁹⁵ *Ibid*, p. 8.

2.1. Уношење повољнијих права инвеститора

Коришћење клаузуле најповлашћеније нације да се унесу повољнији услови из билатералног инвестиционог споразума са трећом државом је неоспорно.⁹⁶ Заправо, неколико трибунала је закључило да клаузула најповлашћеније нације директно инкорпорира у основни споразума повољнију материјалну заштиту инвестиција из билатералног инвестиционог споразума државе домаћина и треће државе.

1. MTD v Chile⁹⁷

Прва објављена одлука на основу инвестиционог споразума у којој је клаузула најповлашћеније нације искоришћена да се унесе материјални стандард третмана је била ова. У овом случају је тужилац искористио клаузулу најповлашћеније нације да унесе одредбе из два споразума са трећим државама која се тичу поштовања обавеза и издавања дозвола. Третман најповлашћеније нације и правичан и поштен третман су били садржани у истој клаузули:

Инвестиције направљене од инвеститора било које Стране уговорнице на територији друге стране уговорнице ће добити третман који је правичан и поштен и не мање погодан него онај додељен инвестицијама инвеститора било које треће државе.⁹⁸ Чиле није приговорио на тужиочеве аргументе за уношење, али је трибунал свакако одлучио да клаузула најповлашћеније нације може да се користи на тај начин. Трибунал је заокружио питање „Да ли одредбе Хрватског и Данског билатералног инвестиционог споразума који се баве обавезом да се дају дозволе⁹⁹ након давања одобрења за инвестицију и да се испуне уговорне обавезе, може да се сматра да је део поштеног и правичног третмана”. Трибунал је одговорио да „Трибунал је закључио да, под билатералним инвестиционим споразумом, правичан и поштен стандард третмана треба да буде интерпретиран на начин који је најпогоднији за испуњење циља билатералног инвестиционог споразума да се заштити инвестиција и креирају услови погодни за

⁹⁶ SCC Case No. 080/2004, *Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, Award, Apr. 21, 2006, <https://arbitration.ru/userfiles/file/Case%20Law/Investment%20arbitration/Russia/Berschader%20Russia.pdf>, para 179.

⁹⁷ ICSID Case No. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, Award, May 25, 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>, преузето 15.08.2021.

⁹⁸ Chile – Malaysia BIT (1992), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/690/download>, чл 3.1, преузето 15.08.2021

⁹⁹ *Op. cit* 97, para. 103.

инвестицију. Трибунал је закључио да је то да се укључе као део заштите споразума и Члан 3(1) Данског споразума и Члан 3(3) и (4) Хрватског споразума у сагласности са сврхом.”¹⁰⁰ Дакле трибунал је без неког већег испитивања третмана најповлашћеније нације и правичног и поштеног третмана, стао на становиште да клаузула најповлашћеније нације зато и служи, да обезбеди инвеститору погоднији третман да би се постигла и сама сврха споразума а то је да се заштити инвестиција и креирају погодни услови. Овај став је праћен и у каснијим одлукама арбитража.

2. *Bayindir v Pakistan*¹⁰¹

Овде се тужилац позвао на клаузулу најповлашћеније нације у Билатералном инвестиционом споразуму Турске и Пакистана у две различите сврхе: 1) тврдио је да је Пакистан наводно дао повољнији третман другим уговорницима који су укључени у исти привредни сектор као и тужилац и тако прекршио клаузулу најповлашћеније нације; 2) да унесе клаузулу правичног и поштеног третмана које није било у основном споразуму. Трибунал је применио две различите интерпретативне методе за сваку од ове две тврдње. За прву тврдњу, која је заснована на понашању Пакистана према другим уговорницима, трибунал је анализирао клаузулу најповлашћеније нације и закључио да је клаузула најповлашћеније нације у билатералном инвестиционом споразуму Турске и Пакистана уобичајене формулације, обезбеђује да свака страна примени третман према успостављеној инвестицији који није мање повољан него онај који је додељен у сличној ситуацији инвестицијама или инвеститорима било које треће државе.¹⁰² Трибунал је сматрао мора прво да утврди да ли је Бајиндир био у сличној ситуацији као други инвеститори, то је била чињенична истрага, и оне су морале бити испитане на нивоу уговорних одредби и околности.¹⁰³ Трибунал је одбио ову тврдњу, зато што није био у позицији да спроведе ниједно смислено поређење између различитих ситуација у питању¹⁰⁴ зато што није имао довољно прецизне податке о одредбама и извршењима

¹⁰⁰ *Ibid*, para 104.

¹⁰¹ ICSID Case No. ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, Aug 27, 2009, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>, preuzeto 15.08.2021.

¹⁰² Turkey-Pakistan BIT (1995), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2135/download>, preuzeto 15.08.2021.

¹⁰³ *Op. cit* 101, para 416.

¹⁰⁴ *Ibid*, para 417.

различитих уговора који су били у питању.¹⁰⁵ Пошто није могла да се докаже сличност ситуација, суд није могао да утврди ни повреду третмана најповлашћеније нације.

Када је трибунал одлучивао о уношењу правичног и поштеног третмана кроз клаузулу најповлашћеније нације удаљио се од уске анализе текста. Суд је закључио да је обично значење речи клаузуле најповлашћеније нације показује да стране Споразума нису имале намеру да искључе уношење повољнијих материјалних стандарда третмана који су додељени инвеститорима трећих држава¹⁰⁶ и подржао је закључак са цитирањем МТД случаја.¹⁰⁷ Трибунал је дакле закључио да је уношење дозвољено ако нема директних ограничења клаузуле најповлашћеније нације, овде се ограничења односе на опорезивање и третман који долази из учешћа у царинској унији.¹⁰⁸ Овим споровима у којима је уношење повољнијег третмана заштите било дозвољено можемо да додамо и *White Industries v India*¹⁰⁹, *Al – Warraq v Indonesia*¹¹⁰, *Asian Agricultural Products v Republic of Sri Lanka*¹¹¹, *Rumeli Telekom v Kazakhstan*.¹¹²

3. *Içkale v Turkmenistan*¹¹³

Ова пресуда је била прва у којој је одбијено да се унесе материјални стандард третмана кроз клаузулу најповлашћеније нације на основу тога што клаузула није садржала дозволу за такво уношење. Овај спор је изашао из билатералног инвестиционог споразума Турске и Туркменистана¹¹⁴, и тicao се наводног понашања државе према неколико грађевинска уговора закључених између тужиоца и разних државних ентитета и компанија у државном власништву. Већина тужиочевих аргумената зависила је од позивања на минимум стандарда заштите инвестиција, као што су правичан и поштен третман и третман пуне заштите и сигурности, или кишобран клаузула, све оне које се нису налазиле у билатералном споразуму између Турске и Туркменистана. Материјална

¹⁰⁵ *Ibid*

¹⁰⁶ *Ibid*, para 157.

¹⁰⁷ *Ibid*, para 158.

¹⁰⁸ *Ibid*, para 156.

¹⁰⁹ UNICITRAL, *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, Final Award, Nov 30, 2011.

¹¹⁰ UNICITRAL, *Hesham T.M. Al Warraq v Republic of Indonesia*, Final Award, Dec 15, 2014.

¹¹¹ ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, Final Award, Jun 27, 1990.

¹¹² ICSID Case No. ARB/05/16, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award, jul 29, 2008.

¹¹³ ICSID Case No. ARB/10/24, *Içkale İnşaat Limited Şirketi v Turkmenistan*, Award, Mar 8, 2016, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf, preuzeto 15.08.2021

¹¹⁴ Turkey-Turkmenistan BIT (1992), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4785/download>, preuzeto 15.08.2021

заштита у споразуму између Турске и Туркменистана се односила само на експропријацију и национални и третман најповлашћеније нације, уз одредбе које се односе на улазак и присуство у државу, као и слободан трансфер средстава. Национални и третман најповлашћеније нације су формулисани на познати начин: Свака Страна ће доделити овим инвестицијама, једном кад су направљене, третман не мање повољан него онај додељен у сличним ситуацијама инвестицијама њених инвеститора или инвеститорима било које треће државе, који год да је погоднији.¹¹⁵

Тужилац је желео да искористи ову одредбу као начин да унесе друге стандарде третмана из споразума закључених између Туркменистана и трећих држава. Тужилац се позвао на преовлађујући став о уношењу кроз клаузулу најповлашћеније нације, ослањајући се на раније одлуке Трибунала, да термин третман у клаузули најповлашћеније нације покрива барем материјалну заштиту која је омогућена осталим страним инвеститорима и да таква заштита треба бити унета из другог билатералног инвестиционог споразума.¹¹⁶ Тужилац је тврдио да може да се позове на правичан и поштен третман и друге одредбе које се налазе у споразумима које је Туркменистан закључио са Египтом, Бахреином и Уједињеним Краљевством.¹¹⁷

Туркменистан је приговорио на тужиочев покушај да користи клаузулу најповлашћеније нације да би добио користи других третмана заштите. Тврдио је да је клаузула гаранција недискриминације на основу националности, аналогна са одредбом о националном третману, а не начин за уношење. По мишљењу државе, одредба је садржала компаративну анализу која се заснива на чињеницама, која би разматрала између осталог да ли је инвеститор у сличним околностима и да ли је третман који је додељен држављану државе домаћина или држављану треће државе заправо био повољнији него онај који је добио тужилац.¹¹⁸ Трибунал је стао на страну Туркменистана, проналазећи да одредба о третману најповлашћеније нације не може да се чита у доброј вери, да би се односила на стандарде заштите инвеститора која је укључена у друге инвестиционе споразуме.¹¹⁹ Уместо тога, трибунал је одлучио да одредба гарантује недискриминацију, која захтева упоређивање чињеничних ситуација инвеститора државе порекла и инвеститора треће државе.¹²⁰ Тужилац није тврдио да је

¹¹⁵ *Ibid*, члан II.1

¹¹⁶ *Op. cit* 109, para 315.

¹¹⁷ *Op. cit* 109, para 314.

¹¹⁸ *Op. cit* 109, para 321.

¹¹⁹ *Op. cit* 109, para 329.

¹²⁰ *Op. cit* 109, para 328 – 9.

добрио неповољан третман у ситуацији у којој се налази и инвеститор из треће државе, његов покушај да се позове на одредбу најповлашћеније нације је одбачен у целости. Тумачење суда се заснивало на компарацији, која ограничава примењивост клаузуле на бар два инвеститора различитих националности који су били у сличној ситуацији. Ограничили су се на разлике у стварном третману између инвеститора, а не на теоретске разлике које креира постојање или недостатак одредби у споразумима.

4. *Chemtura v Canada*¹²¹

У овом случају су све три НАФТА државе приговориле покушају тужиоца да унесе слободно стојећу клаузулу правичног и поштеног третмана која се налази у билатералним инвестиционим споразумима Канаде да би се заменио минимални стандард третмана који се налази у НАФТА члану 1105(1).¹²² Поднесак Канаде у овом случају је садржао широку дискусију о елементима одредбе најповлашћеније нације НАФТЕ.¹²³ Канада је овај поступак тужиоца видела као покушај да се стави са стране текст Члана 1103.¹²⁴ и да се ослони на широку интерпретацију сврхе клаузуле најповлашћеније нације уопште.¹²⁵ Прво, Канада је тврдила да термин „третман” како се обично разуме, односи на понашање према ентитету или особи и да ова дефиниција не обухвата општи стандард споразума као што је правичан и поштен третман.¹²⁶ Канада је направила разлику између третмана који је био покривен клаузулом, од стандарда третмана, који потенцијално или теоријски може да резултира у повољнији третман инвеститора друге стране или оне која није Страна. Канада је навела да:

¹²¹ UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Award, Aug 2, 2010.

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf, preuzeto 15.08.2021.

¹²² Свака Страна треба да додели инвестицијама инвеститора друге Стране третман у складу са међународним правом, који укључује правичан и поштен третман и пуну заштиту и сигурност.

¹²³ UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Government of Canada Counter-Memorial, Oct 20, 2008, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8258.pdf>, preuzeto 15.08.2021, para 861 – 911.

¹²⁴ 1. Свака страна треба да додели инвеститору друге Стране третман, који није мање повољан од оног који је доделила, у таквим околностима, инвеститорима било које друге Стране или оне која није Страна у односу на оснивање, стицање, проширење, управљање, понашање, рад и продају или друго располагање инвестицијом.

2. Свака страна треба да додели инвестицији инвеститора друге Стране третман, који није мање повољан од оног који је доделила, у таквим околностима, инвеститорима било које друге Стране или оне која није Страна у односу на оснивање, стицање, проширење, управљање, понашање, рад и продају или друго располагање инвестицијом.

¹²⁵ UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Government of Canada Rejoinder Memorial, Jul 10, 2009, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8260.pdf>, preuzeto 15.08.2021, para 232.

¹²⁶ *Op. cit* 119, para 875 – 76.

Мора да постоји доказ стварног, не хипотетичког повољнијег третмана. Ово не прави клаузулу најповлашћеније нације бесмисленом као што тужилац наводи. Одредба најповлашћеније нације из NAFTE једноставно не дозвољава инвеститору да бира језик који му више одговара из разних инвестиционих споразума Канаде. Тужиочев случај клаузуле најповлашћеније нације ослања се на теоретски аргумент да постоји различити повољнији стандард у канадским инвестиционим споразумима после NAFTE који би се примењивао у сличним околностима на друге стране инвеститоре. У стварности, ни један држављанин из треће државе није добио бољи третман.¹²⁷

Такође Канада је тврдила да тужилац није успео да наведе инвеститора у сличним околностима, него се ослонио само на упоређивање одредби споразума. И да је специфична формулација Члана 1103.¹²⁸ ужа него у одредбама на које се односио МТД случај. На крају Канада је тврдила да термин третман из Члана 1103. треба да се чита у контексту члана 1101(1)¹²⁹, који казује да се Поглавље 11 NAFTA односи на мере донете или одржане од Стране и Члана 201. који дефинише мере као „закон, регулативу, процедуру, услове и праксу.”¹³⁰ По виђењу Канаде, ово значи да је обим примене клаузуле најповлашћеније нације ограничен на акте NAFTA државе у њеној домаћој јурисдикцији, а да споразум између две или више државе не спада у дефиницију мера и није третман за сврху Поглавља 11.¹³¹

И Сједињене Државе и Мексико су поднеле поднесак као стране које нису у спору у овом случају. Мексико се сложио са аргументима Канаде о овом питању и закључио да „обавеза најповлашћеније нације из Члана 1103. не може да мења садржај обавезе правичног и поштеног третмана из Члана 1105(1)¹³².¹³³ Сједињене Државе су назначиле договор између све три NAFTA Стране за примену клаузуле најповлашћеније нације у овом контексту:

¹²⁷ *Op. cit 121*, para 239 – 240.

¹²⁸ *Op. cit 120*.

¹²⁹ Ово поглавље се примењује на мере које су усвојене или одржане од Стране у вези са:

(а) инвеститором друге Стране

(б) инвестицијама инвеститора друге стране на територији Стране

(в) у складу са члановима 1106 и 1114, инвестицијама на територији Стране

¹³⁰ *Op. cit 119*, para 875-76.

¹³¹ *Ibid*, para 878.

¹³² Свака страна треба да додели инвестицијама инвеститора друге Стране третман у складу са међународним правом, укључујући правичан и поштен третман и пуну заштиту и сигурност

¹³³ UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Submission of Mexico Pursuant Article 1128 of NAFTA, Jul 31, 2009, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8244.pdf> preuzeto 16.08.2021, para 2-5.

Све три Стране су касније потврдиле, кроз накнадне поднеске коментаришући интерпретацију, да обавеза најповлашћеније нације из Члана 1103. не мења материјални садржај обавезе правичног и поштеног третмана из Члана 1105(1).¹³⁴

У овој пресуди је трибунал потврдио да се NAFTA државе чврсто противе коришћењу клаузуле најповлашћеније нације на овај начин али је одбио да пресуди за ово питање.

3. Мултилатерализација процесне заштите инвеститора

За разлику од мултилатерализације материјалне заштите инвеститора, када се ради о примени клаузуле најповлашћеније нације на решавање спорова, имамо велику дебату у академским круговима, и праксу трибунала која није уједначена. Тренутни став судске праксе је да клаузула најповлашћеније нације дозвољава да се инкорпорирају повољнији третман допустивост тужбе инвеститора, али не дозвољава инвеститорима да прошире основ надлежности за арбитражу на основу шире сагласности државе домаћина у билатералном инвестиционом споразуму са трећом државом.

3.1 Заобилажење ограничења приступа повезаних са допустивошћу решавања спорова инвеститора и држава

Приступ арбитражи за инвеститоре у међународним инвестиционим споразумима обично захтева испуњење неких услова. Неки захтевају преговоре између држава домаћина и инвеститора пре подношења захтева арбитражи, неки захтевају пролазак времена чекања пре арбитраже или исцрпљење локалних правних лекова. Док ова ограничења служе да се спроведе мирно решавање спорова и да се дозволи домаћем судском систему да исправи противправно понашање, домаћи правни лекови и период чекања могу да отежају спровођење права додељених билатералним инвестиционим споразумом и одложе ефикасно решавање спора. У овом случају трибунали су се нашли пред питањем да ли клаузула најповлашћеније нације дозвољава инвеститору да се ослони на краћи период чекања из инвестиционог споразума са трећом државом или да уклони захтев да се примене локални правни лекови за одређено време пре иницирања арбитраже инвеститора и државе.

¹³⁴ UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Submission of the United States of America, Jul 31, 2009, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8238_1.pdf, preuzeto 15.08.2021, para 5.

Сматра се да инвеститор може да заобиђе ова ограничења ослањајући се на повољније одредбе приступа решавања спорова из билатералног споразума државе домаћина и треће државе. У овом погледу сматра се да клаузула најповлашћеније нације мултилатерализује приступ арбитражи из инвестиционог споразума.

1. *Maffezini v. Spain*¹³⁵

Maffezini v. Spain је била прва ICSID одлука која је применила клаузулу најповлашћеније нације да заобиђе ограничење пре арбитраже тако што је дозволила инвеститору да се ослони на краћи период чекања из једног од инвестиционих споразума државе домаћина и треће државе. Трибунал је одлучивао да ли је инвеститор из Аргентине у Шпанији везан периодом чекања од 18 месеци пре иницирања арбитраже из билатералног инвестиционог споразума Аргентине и Шпаније или може да се ослони на основу клаузуле најповлашћеније нације на повољније услове приступа из билатералног инвестиционог споразума Шпаније и Чилеа, који је захтевао период чекања од 6 месеци.¹³⁶ Трибунал се окренуо интерпретацији Члана 4 билатералног инвестиционог споразума Аргентине и Шпаније, где после гаранције правичног и поштеног третмана следи у параграфу 2:

У свим питањима која су предмет овог споразума, овај третман неће бити мање повољан него онај који је свака Страна дала инвестицијама које су направљене на њеној територији од стране инвеститора трећих држава.¹³⁷

Шпанија је у свом одговору приговарала заобилажењу на основу тога што повољнији билатерални инвестициони споразум са трећом државом је *res inter alios acta* и да зато инвеститор не може да се позове на њега. Додатно, према *ejusdem generis* принципу, сва питања из Члана 4(2) се односе на материјална питања или материјалне аспекте третмана који је додељен инвеститору а не на процедурална или питања надлежности.¹³⁸

Трибунал је одбио да ограничи клаузулу најповлашћеније нације на материјалну заштиту инвестиција. Уместо тога, он је разјаснио да клаузула најповлашћеније нације повезује основни споразум са билатералним инвестиционим споразумима Шпаније и

¹³⁵ ICSID Case No. Arb/97/7, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Award, Nov 13, 2000

¹³⁶ ICSID Case No. Arb/97/7, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Jan 25, 2000, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>, preuzeto 15.08.2021, para 38 – 64.

¹³⁷ *Ibid*, para 38.

¹³⁸ *Ibid*, para 41.

трећих држава и дозвољава инвеститору да заобиђе мање повољне услове из основног споразума под два услова. Прво, да билатерални инвестициони споразум са трећом државом не би конституисао *res inter alios acta*, споразум са трећом страном и основни споразум треба да се односе на исти предмет.¹³⁹ Ово се показало као непроблематично с обзиром да се оба споразума односе на узајамно унапређење и заштиту инвестиција. Друго, у оквиру истог питања које регулишу споразуми у питању, *ejusdem generis* правило би служило да се ограничи обим клаузуле најповлашћеније нације. Под овим правилом клаузула најповлашћеније нације само привлачи преференцијални третман који се односи на предмет клаузуле саме, који зависи од тога како је формулисана сама клаузула, а њен предмет може да буде формулисан уже него предмет споразума.¹⁴⁰ На основу овога Трибунал је нагласио важност решавања спорова инвеститора и држава у заштити од неприкладног мешања држава, истакао уочене предности у односу на решавање спорова пред домаћим судовима и нагласио да процесно извршење и материјална права под модерним билатералним инвестиционим споразумима су нераскидиво повезани.¹⁴¹ Трибунал је закључио, упркос тога што нема изричитог решавања спорова унутар клаузуле најповлашћеније нације, да је *ejusdem generis* правило задовољено:

Ако споразума са трећом страном садржи одредбу о решавању спорова која пружа повољнију заштиту инвеститорових права и интереса него она из основног споразума, таква одредба се може проширити на бенефицијара клаузуле најповлашћеније нације ако су оне у потпуности компатибилне са *ejusdem generis* принципом.¹⁴²

Трибунал је ипак донео неке изузетке у својој анализи: Питање принципа, бенефицијар клаузуле не би требало да може да заобиђе разматрања јавне политике коју су стране уговорнице замислиле као темељне услове за прихватање споразума у питању, посебно ако је бенефицијар приватни инвеститор, као што је обично случај. Обим клаузуле може бити она ужи него што се чини на први поглед.¹⁴³

Трибунал је направио неисцрпну листу у којој је препознао могуће изузетке јавне политике у примени клаузуле најповлашћеније нације када је у питању решавање спорова између инвеститора и држава и одлучио да следећа ограничења приступа и њихови модалитети неће моћи да се заобиђу:

¹³⁹ *Ibid*, para 45.

¹⁴⁰ *Ibid*, para 46 – 56.

¹⁴¹ *Ibid*, para 54 – 55.

¹⁴² *Ibid*, para 56.

¹⁴³ *Ibid*, para 62.

1. Исцрпљење локалних правних лекова (то конституше фундаментално правило међународног права)
2. Виљушка на путу – клаузула која спречава инвеститора да иницира међународну арбитражу где је због истог разлога већ покренута домаћа процедура или обрнуто (ово би сметало коначности решеног спора)
3. Сагласност са одређеним арбитражним форумом
4. Успостављање високо институционализованог система арбитраже.¹⁴⁴

Без обзира на изузетке, одлука Maffezini трибунала да дозволи у принципу заобилажење клаузуле чекања је убедљиво.

То није само подржано формулацијом клаузуле најповлашћеније нације у питању, такође је у складу са економским образложењем клаузуле најповлашћеније нације да се створи једнак терен за стране инвеститоре из различитих држава порекла. Тиме што би било могуће да се одређена обавеза из инвестиционог споразума лакше или брже изврши, ставља инвеститоре у неједнак положај. Разлике у механизмима за извршење намећу различите трошкове инвеститорима на основу њихове националне припадности, и треба као и материјална заштита страних инвестиција, да буду мултилатерализовани клаузулом најповлашћеније нације.

3.2 Мултилатерализација бенефиција без проширења недостатака

У спору *Siemens v Argentina*¹⁴⁵ се отишло даље него у Maffezini одлуци и ојачана је примена клаузуле најповлашћеније нације дозвољавањем инвеститору да инкорпорира бенефиције из билатералног инвестиционог споразума са трећом државом без обавезе да буде везан рестриктивнијим одредбама које су садржане у том споразуму.¹⁴⁶

Након што је користио локлане правне лекове, тужилац је иницирао арбитражу пре него што је период чекања од осамнаест месеци из билатералног инвестиционог споразума Немачке и Аргентине протекао. Да би превазишао овај захтев, инвеститор се позвао на клаузулу најповлашћеније нације да би користио период чекања од шест месеци из билатералног инвестиционог споразума Аргентине и Чилеа.¹⁴⁷ Поред тога што

¹⁴⁴ *Ibid*, para 63.

¹⁴⁵ ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, Award, Jan 17, 2007.

¹⁴⁶ ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, Decision on Jurisdiction, Aug 3, 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>, preuzeto 15.08.2021, para 32 – 110.

¹⁴⁷ *Ibid*, para 60 – 78.

је оспорила примену клаузуле најповлашћеније нације на питања везана за решавање спорова између инвеститора и држава¹⁴⁸, она је такође упутила да за разлику од Maffezini случаја, овде је употребљена строжа формулација Члана 3. Немачко – аргентинског билатералног инвестиционог споразума: 1) Ниједна од Страна уговорница неће доделити на својој територији инвестицијама држављана или компанија друге Стране уговорнице или инвестицијама у којима имају удела, мање повољан третман него третман додељен инвестицијама њихових држављана или компанија или инвестицијама држављана и компанија треће државе. 2) Ниједна Страна уговорница неће на својој територији држављанима или компанијама друге Стране уговорнице доделити мање повољан третман активности везаних за инвестицију него што је доделила својим држављанима и компанијама или држављанима и компанијама треће државе.¹⁴⁹

Аргентина је додала да су одредбе о решавању спорова посебно преговаране од случаја до случаја и да зато не би могле да се заобиђу клаузулом најповлашћеније нације.¹⁵⁰ Додатно, захтев да се спор упути домаћим судовима за време периода чекања конституише суштински елемент изузетне понуде надлежности која је дата у инвестиционом споразуму¹⁵¹ и из тог разлога је имуна на заобилажење третманом најповлашћеније нације. На крају, Аргентина је закључила да ако тужилац може да се ослони на краћи период чекања из билатералног инвестиционог споразума Аргентине и Чилеа, требао би да буде везан и одредбом виљушка на путу из споразума која захтева да чилеански инвеститор направи коначни и обавезујући избор између домаће процедуре и међународне арбитраже. Бенефиције из споразума са трећом државом не треба да се примењују под третманом најповлашћеније нације без њихових ограничења и недостатака.¹⁵²

Трибунал је одбио аргументе Аргентине. Прво указао је на то да клаузула најповлашћеније нације у питању обухвата било који третман страних инвеститора и самим тим укључује приступ решавању спорова између инвеститора и државе.¹⁵³ Друго, Трибунал се позвао на структуру споразума и назначио да су Стране уговорнице изричито навеле изузетке третмана најповлашћеније нације, који не укључују решавање спорова.¹⁵⁴ На крају трибунал се позвао на предмет и сврху споразума да би разјаснио

¹⁴⁸ *Ibid*, para 46 – 59.

¹⁴⁹ *Ibid*, para 82.

¹⁵⁰ *Ibid*, para 50.

¹⁵¹ *Ibid*, para 57.

¹⁵² *Ibid*, para 119.

¹⁵³ *Ibid*, para 82 – 86.

¹⁵⁴ *Ibid*

намеру Страна уговорница да креирају повољне услове за инвестиције и стимулишу приватну иницијативу.¹⁵⁵ Трибунал је закључио да:

Споразум сам, заједно са многим другим споразумима о заштити инвестиција, има особени додатак посебног механизма решавања спорова који није обично отворен за инвеститоре. Приступ овим механизмима је заштита понуђена споразумом. Она је део третмана страних инвеститора и инвестиција и предност која је доступна кроз клаузулу најповлашћеније нације.¹⁵⁶

Када се изјашњавао на аргумент Аргентине да би инвеститор такође требало да прихвати мање повољни третман повезан са решавањем спорова под билатералним инвестиционим споразумом Аргентине и Чилеа, тачније виљушком на путу, Трибунал је отишао даље од Maffezini одлуке и закључио да: Ово разумевање примене клаузуле најповлашћеније нације би било поражавајуће за намеравани резултат клаузуле који је да хармонизује бенефиције са којим се сложила страна са оним који се сматра повољнијим а који је додељен другој страни. То би натерало страну која тражи бенефиције из споразума да размотри предности и недостатке тог споразума у целини а не само бенефиције. Трибунал препознаје да може имати смисла предлог, пошто је споразум испреговаран као целина, да би друге стране бенефитирале од њега, треба такође да буду прихвате недостатке. Недостаци могу да буду trade off за тражене предности. Како год ово није значење клаузуле најповлашћеније нације. Како само име каже, оно се везује само за повољнији третман.¹⁵⁷

Све у свему, став Трибунала илуструје да клаузула најповлашћеније нације не само да може да направи једнаку конкуренцију, него може да има и самостални ефекат мултилатерализације. Трибунал је увећао потенцијал клаузуле најповлашћеније нације као инструмента мултилатерализације тако што је дозволио да се унесе бенефиција из споразума са трећом државом независно од концесија које је држава домаћин дала у споразуму са трећом државом. Дозволио је инвеститору да изабере бенефиције из споразума са трећом државом без узимања у обзир да су ти споразуми производ билатералне погодбе. Клаузула најповлашћеније нације у Siemens случају функционише као инструмент мултилатерализма који селективно проширује бенефиције и илуструје снажно опадање значаја билатералних погодби инвестиционих споразума.

¹⁵⁵ *Ibid*, para 81.

¹⁵⁶ *Ibid*, para 102.

¹⁵⁷ *Ibid*, para 120.

3.3 Борба да се заснује надлежност на основу клаузуле најповлашћеније нације

Док су арбитражни трибунали прихватили да примене клаузулу најповлашћеније нације да би се заобишла процедурална ограничења допустивости арбитраже између инвеститора и државе, остаје дебата да ли исти резон може да се примени да се прошири надлежност трибунала из споразума. Ово је питање да ли клаузула најповлашћеније нације може да се искористи да се инкорпорира повољнији пристанак на арбитражу који је дала држава домаћин у билатералном инвестиционом споразуму са трећом државом. То може да се односи на ситуације где неки билатерални инвестициони споразуми не садрже пристанак на решавање спорова између државе и инвеститора уопште, где други споразуми то дозвољавају, где неки билатерални инвестициони споразуми државе домаћина ограничавају решавање спорова на одређене тужбене захтеве, док други укључују већи спектар тужбених захтева, и где различити билатерални инвестициони спорови укључују различите начине решавања спорова.

1. *Salini v Jordan*¹⁵⁸

У овом спору Трибунал је одбио да прошири своју стварну надлежност да би одлучивао о чисто уговорним потраживањима и одбио је тврдњу инвеститора да клаузула најповлашћеније нације из билатералног инвестиционог споразума Италије и Јордана може да унесе шири пристанак на арбитражу из билатералних инвестиционих споразума Велике Британије и Јордана и Сједињених Држава и Јордана. Ови споразуми дозвољавају инвеститорима да утуже не само кршење билатералног инвестиционог споразума, већ и кршење уговорних обавеза из уговора инвеститора и државе.¹⁵⁹ Док билатерални инвестициони споразум Италије и Јордана у Члану 9(2) казује да уколико су инвеститор и ентитет неке Стране уговорнице у свом уговору одредили начин решавања спорова, тај начин ће се применити.¹⁶⁰

¹⁵⁸ ICSID Case No. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Award, Jan 31, 2006.

¹⁵⁹ ICSID Case No. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, Nov 9, 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>, preuzeto 17.08.2021, para 102.

¹⁶⁰ *Ibid*, para 66.

Након разматрања претходних одлука међународних судова и трибунала, Трибунал је одбио да клаузула најповлашћеније нације у питању може да инкорпорира шири пристанак државе домаћина на арбитражу из повољнијих споразума са трећим државама у питању. Фокусирао се на намере уговорних страна билатералног инвестиционог споразума:

Трибунал сматра да су околности овог случаја другачије. Члан 3 билатералног инвестиционог споразума Италије и Јордана не укључује ни једну одредбу која проширује обим примене на решавање спорова. Он не предвиђа „сва права и питања која улазе у овај споразум.” Даље, тужилац није доставио ништа из чега би се могло закључити да је заједничка намера страна била да се клаузула најповлашћеније нације примењује на решавање спорова. Баш напротив, намера је исказана Чланом 9(2) билатералног инвестиционог споразума да желе да искључе надлежност ICSIDa из уговорних спорова између инвеститора и ентитета Стране уговорнице да би се тај спор решио у складу са процедуром која је наведена у инвестиционом уговору.¹⁶¹

Додатно Трибунал је поменуо ризик „куповине споразума” као још један аргумент за обијање примене клаузуле најповлашћеније нације да се инкорпорирају шири основи надлежности из билатералног споразума државе домаћина и треће државе.¹⁶² Трибунал овде није потврдио да клаузула најповлашћеније нације не може да прошири надлежност трибунала из споразума, образложио је да би такав ефекат могао да се разматра уколико инвеститор покаже и докаже да су Стране уговорнице намеравале да се клаузула најповлашћеније нације примени на питање решавања спорова. За Трибунал, показатељ да је таква намера недостајала је одредба Члана 9(2) у споразуму која упућује уговорне спорове на форум који је одређен уговором.

2. *Plama v Bulgaria*¹⁶³

Прихватајући приступ у *Salini v Jordan*, Трибунал у овом спору је одбио да прошири своју надлежност на основу клаузуле најповлашћеније нације у билатералном инвестиционом споразуму Бугарске и Кипра. Овај споразум је ограничавао тужиоца на

¹⁶¹ *Ibid*, para 118.

¹⁶² *Ibid*, para 115.

¹⁶³ ICSID Case No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, Award, Aug 27, 2008.

арбитражу спорова који се тичу компензације за експропријацију¹⁶⁴, док други билатерални инвестициони споразуми Бугарске дозвољавају инвеститорима да иницирају арбитражу инвеститора и државе за било коју повреду споразума. Иако се сложио са резултатом, образложењем и упозорењем у *Mafezzini* одлуци да клаузула најповлашћеније нације не треба да дозволи куповину споразума која ремети, трибунал се удаљио од *Mafezzini* у успостављању своје анализе на претпоставци да основни споразум мора довољно јасно да стави до знања да постоји намера да се клаузула најповлашћеније нације примени на питање решавања спорова инвеститора и државе.¹⁶⁵ Док је намера Страна уговорница када је питање интерпретације клаузуле најповлашћеније нације било споредно питање, Трибунал је нагласио да је за надлежност потребан пристанак државе домаћина на арбитражу.

Након што је узео у обзир распрострањеност арбитраже инвеститора и држава, Трибунал је стао да становиште: Овај феномен (распрострањеност арбитраже) не одузима основни услов за арбитражу: пристанак страна на арбитражу. То је добро успостављен принцип, како у домаћем тако и у међународном праву, да таква сагласност треба да буде јасна и недвосмислена. У оквиру билатералних инвестиционих споразума, сагласност за арбитражу даје држава унапред за све инвестиционе спорове који потпадају под билатерални инвестициони споразум, а инвеститор даје пристанак касније уколико то жели.¹⁶⁶ У одлучивању да ли пристанак државе домаћина на арбитражу може бити инкорпориран клаузулом најповлашћеније нације из споразума, Трибунал је то анализирао аналогно са ситуацијом у комерцијалној арбитражи, кад стране које нису уговорнице могу да буду везане за арбитражу на основу укључивања споразума о арбитражи по референци:

Референца мора да буде таква да намера страна да унесу одредбе о арбитражи из другог споразума је јасна и недвосмислена. Клаузула која гласи да третман који није мање повољан него третман додељен инвестицијама инвеститора трећих држава у члану 3(1) билатералног инвестиционог споразума Бугарске и Кипра, не може да се каже да је типична инкорпорација референцом која се појављује у обичним уговорима. Креира се сумња да ли¹⁶⁷ упућивање на остале документе(у овом случају друге билатералне

¹⁶⁴ ICSID Case No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, Feb 8, 2005, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>, preuzeto 17.08.2021, para 26.

¹⁶⁵ *Ibid*, para 222 – 223.

¹⁶⁶ *Ibid*, para 198.

¹⁶⁷ *Ibid*, para 200.

инвестиционе споразуме које је закључила Бугарска) јасно и недвосмислено укључује референцу на одредбе о решавању спорова из тих споразума.

По виђењу трибунала, клаузула најповлашћеније нације не би задовољила „јасно и недвосмислено” захтев да се потврди надлежност, уколико то јасно није исказано. Трибунал је додао да ако су се стране у свом билатералном инвестиционом споразуму сложиле за одређени механизам решавања спорова, као што је билатералном инвестиционом споразуму Бугарске и Кипра (*ad hoc* арбитража), не може да претпостави да су клаузулом најповлашћеније нације мислили да механизам за решавање спорова може да се замени за неки други (ICSID). Једно је да се дода третману који се налази у споразуму повољнији третман из другог споразума, а сасвим друго да се замени процедура која је испреговарана од стране страна сасвим другачијим механизмом.¹⁶⁸ На крају се трибунал осврнуо на то, да би примена клаузуле најповлашћеније нације када се ради о решавању спорова довела до особитог ефекта:

Инвеститор би имао опцију да бира одредбе из разних билатералних инвестиционих споразума. Када би то било тако држава домаћин би се, иако није пристала, сусрела са великим бројем пермутација одредби о решавању спорова из разних билатералних споразума које је закључила. Такво хаотично стање би заправо била контрапродуктивно за хармонизацију и не може да се сматра да је то намера Страна уговорница.¹⁶⁹

Дакле главни разлог Трибунала да одбије да прошири надлежност на основу клаузуле најповлашћеније нације у билатералном инвестиционом споразуму је захтев да сагласност државе домаћина треба да буде јасна и недвосмислена. Рата је формулисао концептуални приступ интерпретацији клаузуле најповлашћеније нације у супротности са Maffezini случајем:

Принцип са више изузетака какав је наведен у Maffezini случају треба да буде другачији принцип са једним јединим изузетком:

Одредба најповлашћеније нације у основном споразуму не инкорпорира референцом одредбе о решавању спорова у целости или делом које су у другом споразуму, сем ако клаузула најповлашћеније нације из основног уговора не оставља сумњу да су Стране уговорнице желеле да их инкорпорирају.¹⁷⁰

¹⁶⁸ *Ibid*, para 209.

¹⁶⁹ *Ibid*, para 219.

¹⁷⁰ *Ibid*, para 223.

3. RosInvestCo v Russia¹⁷¹ – прихватање да се успостави надлежност на основу клаузуле најповлашћеније нације

У супротности са случајевима које смо образложили стоји ова одлука која је дозволила да се мултилатерализује шири пристанак на арбитражу државе домаћина који је дат у билатералном инвестиционом споразуму са трећом државом уз помоћ клаузуле најповлашћеније нације. Суочен са арбитражном клаузулом из основног споразума која је била ограничена на спорове за износ или исплату компензације за експропријацију¹⁷², Трибунал је утврдио надлежност за спорове који се односе на друге разлоге за тужбу на основу клаузуле најповлашћеније нације из билатералног инвестиционог споразума Русије и Велике Британије. Клаузула најповлашћеније нације из споразума¹⁷³:

(1) Ни једна Страна уговорница неће на својој територији подвргнути инвестиције или повраћај инвеститора друге Стране уговорнице третману мање повољном него оном који је доделила инвестицијама или повраћају инвеститорима било које треће државе.

(2) Ни једна Страна уговорница неће на својој територији подвргнути инвеститоре друге стране уговорнице, што се тиче управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховом инвестицијом, третману мање повољаном него оном који је доделила инвеститору било које треће државе.

Суд је одлучио да не би могао да инкорпорира шири пристанак Русије из билатералног инвестиционог споразума Данске и Русије зато што могућност упућивања на међународну арбитражу у поређењу са решавањем спорова пред домаћим судом не утиче директно на инвестицију.¹⁷⁴ Али зато Трибунал сматра да шири пристанак према држављанима треће државе да се спорови око законитости експропријације изнесу пред арбитражу тиче тужиоцевог права на коришћење и уживање његове инвестиције и зато може да се инкорпорира као повољнији третман који је додељен инвеститорима из члана 3(2) билатералног инвестиционог споразума Русије и Велике Британије.¹⁷⁵ Даље се наводи да ако је ефекат клаузуле најповлашћеније нације да прошири заштиту из инвестиционог споразума трансфером заштите која је додељена у другом споразуму¹⁷⁶,

¹⁷¹ SCC Case No V079/2005, *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, Final Award, Sept 12, 2010.

¹⁷² SCC Case No V079/2005, *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, Oct 1, 2007, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>, preuzeto 17.08.2021, para 105.

¹⁷³ *Ibid*, para 23.

¹⁷⁴ *Ibid*, para 128 – 9.

¹⁷⁵ *Ibid*, para 130.

¹⁷⁶ *Ibid*, para 131.

не види разлог да се не прихвати то и у контексту процедуралних клаузула као што је арбитражна клаузула. Баш напротив, могло би да се сматра да ако се примењује на материјалну заштиту, требало би још више да се примени на једину процедуралну заштиту.¹⁷⁷ Трибунал је узео у обзир и постојање изричитих изузетака од клаузуле најповлашћеније нације Члан 7¹⁷⁸ билатералног инвестиционог споразума као показатељ да је клаузула најповлашћеније нације од Страна уговорница схваћена широко и да укључује све питања из основног споразума, уколико нису изричито искључена.¹⁷⁹

Трибунал је дакле прихватио да клаузула најповлашћеније нације у вези са ширим пристанком на арбитражу у билатералном инвестиционом споразуму са трећом државом, може да буде основ надлежности инвестиционог трибунала из основног уговора, и тако је доделио свеобухватни мултилатерализирајући ефекат клаузули најповлашћеније нације који укључује материјалну заштиту инвестиција и арбитражу инвеститора и државе. Ова одлука је контрадикторна владајућем ставу Трибунала у *Salini, Plama, Telenor*¹⁸⁰ и *Berschader*¹⁸¹

Без обзира на тренутни раскорак, клаузула најповлашћеније нације треба да се разуме широко као мултилатерализација не само материјалних права инвеститора и питања допустивости приступа, већ као и мултилатерализација надлежности арбитраже која је инкорпорисана у ширем пристанку државе домаћина у инвестиционом споразуму са трећом државом. Њихова широка формулација, њихов економски смисао успостављања равноправне конкуренције, предмет и сврха билатералних инвестиционих споразума да унапреде и заштите стране инвестиције и позитивни утицај третмана најповлашћеније нације на повиновање држава домаћина обавезама из споразума, подржавају примену клаузуле најповлашћеније нације.

¹⁷⁷ *Ibid*, para 132.

¹⁷⁸ *Ibid*, para 134 Члан 7 Изузеци:

Одредбе чланова 3 и 4 овог споразума не треба да се тумаче као обавеза Стране уговорнице да прошири инвеститорима друге бенефиције или било који други третман, преференцијални положај или привилегију која је исход: (а) постојеће или будуће царинске уније, организације за међусобну економску помоћ или слични међународни споразум, било мултилатералан или билатералан, којем је Страна уговорница Страна или ће можда постати; (б) било који међународни споразум или споразум везан у целости или већим делом за опорезивање или било која домаћа легислатива везана у целости или већином за опорезивање

¹⁷⁹ *Ibid*, para 135.

¹⁸⁰ ICSID Case No. Arb/04/15, *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, Sep 13, 2006.

¹⁸¹ SCC Case No. 080/2004, *Vladimir Berschader and Moise Berschader v The Russian Federation*, Award, Apr 21, 2006.

IV ZAKЉUČAK

Клаузуле најповлашћеније нације у инвестиционим споразумима утичу на мултилатерализацију билатералних инвестиционих односа између држава. Као и у међународном трговачком праву, третман најповлашћеније нације у инвестиционом контексту има за циљ стварање недискриминаторних услова за инвеститоре из различитих држава порекла као предуслов за равноправну конкуренцију међу њима. Оне желе да спрече поремећај тржишта тако што забрањују конкурентске недостатке за извесне инвеститоре на основу разлика у обиму заштите инвестиција који билатерални инвестициони споразум са њиховом државом нуди. Арбитражни трибунали су прихватили да клаузула најповлашћеније нације инкорпорира повољнију материјалну заштиту инвеститора из билатералних инвестиционих споразума са трећим државама и креирају униформни ниво заштите инвестиција за све инвеститоре на које се примењује третман најповлашћеније нације. Слично, инвестициони трибунали су униформно прихватили да клаузула најповлашћеније нације дозвољава да се заобиђе ограничење приступа арбитражи инвеститора и државе, тачније мање повољан период чекања, ако билатерални инвестициони споразум са трећом државом садржи повољније услове. Супротно, примена клаузуле најповлашћеније нације да се инкорпорира шири пристанак на арбитражу из билатералног споразума са трећом државом је наишао на знатан отпор. Ослањајући се на аналогију са комерцијалном арбитражом која захтева „јасан и недвосмислен” пристанак, арбитражна праска је са једним изузетком, одбила да примењује клаузулу најповлашћеније нације као основ за надлежност инвестиционих трибунала. Искључивање клаузуле најповлашћеније нације од примене на питања надлежности је супротно смислу третмана најповлашћеније нације а то је да се креира једнаки терен за инвеститоре из различитих држава порекла и прави тензију са предметом и сврхом инвестиционог споразума. Боље речено, важност арбитраже државе и инвеститора као решавање спорова и механизам усклађености за унапређење и заштиту страних инвестиција заговара широку примену клаузуле најповлашћеније нације која укључује и питање надлежности. Ово не одбацује основни захтев да држава мора да пристане на арбитражу или било који други механизам за решавање спорова по међународном праву. Уместо тога, пристанак који је дала у другом споразуму се проширује на основу клаузуле најповлашћеније нације на бенефицијара те клаузуле.

Дебата о обиму клаузуле најповлашћеније нације и њеној примени на питање надлежности приказује и борбу билатерализма и мултилатерализма као водећег уређења

за међународне инвестиционе односе. Док је рестриктивна интерпретација клаузуле најповлашћеније нације види билатералне инвестиционе споразуме као *quid pro quo* погодбу, шири приступ је близак стварању мултилатералног оквира за глобалну економију која се базира на недискриминацији и униформним правилима за инвеститоре у сваком аспекту везаном за инвестиције.

Према томе, све док се не постигне консензус на међународном нивоу да се створи мултилатерални оквир за регулисање инвестиционих односа, клаузула најповлашћеније нације ће да буде водећа идеја процеса мултилатерализације и конституисање нормативни основ за развој мултилатерализације међународног инвестиционог права.

V ЛИТЕРАТУРА

Литература на домаћем језику:

1. М. Станивуковић, ”Кишобран клаузула” у билатералним инвестиционим споразумима (БИТ), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*, Подгорица, 2008.
2. М. Станивуковић, ”Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања, Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића”, Београд, 2010, Правни факултет у Београду, Удружење правника Србије и Црне Горе, стр. 514 – 533.
3. П. Цветковић, *Услови заснивања надлежности Центра за решавање инвестиционих споразума*, Зборник радова ”*Liber amicorum Гашио Кнежевић*”, Београд, 2010, Правни факултет, Универзитет у Београду, стр. 578 – 600.

Литература на страном језику:

4. A.A. Fatouros, *International Law and the Third World*, vol 50 *Virginal Law Review*, 1964.
5. A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915.
6. C.N. Brower & S.W. Schil, *Is arbitration a threat or a boon to the legitimacy of international investment law*, 9 *Chicago Journal of International Law*, 2008 – 2009.
7. E. Hobsbawm, *Industry and Empire*. London, 1968, Peneguin, p. 129 – 31.
8. F. Adleke, *Human rights and international investment arbitration*, *South African Journal on Human Rights*, 2016.
9. H.H.A. Van Harten, *The Emerging System of International Arbitration*, *Ph. D. Law*, London, London School of Economics, 2005.
10. International Institute for Sustainable Development, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development, 2017.
11. J. Ruggie, *Multilateralism: The Anatomy of an Institution*, J. Ruggie Multilateralism Matters, Columbia University press, 1993.

12. J.J. Coe, *Transparency in the Resolution of Investor-State-Disputes – Adoption, Adaptation and NAFTA Leadership*, 54 *Kansas Law Review*. 2006
13. J.W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing countries*, 1990, 24 *Int'l L.* 655 – 675.
14. Jurgen Voss, *The Protection and Promotion of European Private Investment in Developing Countries*, 18 *Common Market Law Review*. 363 – 395.
15. M. Bileski, *Der Grundsatz der wirtschaftlichen Gleichberechtigung in den Mandatsgebieten*, 16 *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR)* 214, 1936.
16. M.O. Hudson, *International Tribunals*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace and the Brookings Institution, 1994, p.67 – 9.
17. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration*, 2007.
18. P. Dumberry, *Are BITs Representing the “New” Customary International Law in International Investment Law?*, *Penn State International Law Review*, 2010.
19. R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2008.
20. S. W. Schill, *Enhancing Investment Law’s Legitimacy: conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, 52 *Virginia Journal of International Law*, 57 (2011 – 2012).
21. S.K.B.Asante, *Transnational Investment Law and National Development*, Lagos, University of Lagos, 1981.
22. S.W. Schill, *General Principles of Law and International Investment Law*, T Gazzini & E De Brabandere: *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, 2012.
23. S.W.Schill, *Multilateralizing investment treaties through most-favoured-nation clauses*, *Berkley Journal of International Law* 27(2), 2009.
24. T. Gazzini, *Bilateral Investment treaties*, T. Gazzini & E. De Brabandere *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*, 2012.
25. The United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Treaty Series, vol. 1155, May 1969.
26. W.R. Johnston, *Sovereignty and Protection: A Study of British Jurisdictional Imperialism in the Late Nineteenth Century*, Durham, 1973, N.C.: Duke University Press

Законска регулатива и случајеви из праксе:

27. *Charter of Economic Rights and Duties of States*, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR , 29th Sess., Supp. No. 30, at 40, U.N. Doc. A/9946 (1973)
28. *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, UN GA Res. 3201 (S-VI), un gaor, 6th Spec. Sess., Supp. No.1, UN Doc A/9559 (1974) 3, 13 I.L.M. 715
29. ICSID Case No. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Award, Jan 31, 2006.
30. ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, Award, Jan 17, 2007.
31. ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens AG v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction of 3 August 2004, para 81
32. ICSID Case No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, Award, Aug 27, 2008.
33. ICSID Case No. Arb/04/15, *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, Award, Sep 13, 2006.
34. ICSID Case No. ARB/05/16, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award, jul 29, 2008.
35. ICSID Case No. ARB/87/3, *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, Final Award, Jun 27, 1990.
36. ICSID Case No. Arb/97/7, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Award, Nov 13, 2000.
37. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corp v The United Mexican States*, Award, Aug 30, 2000
38. *Resolution on Permanent Sovereignty Over National Resources*, United Nations G.A. Res. 1803 (XVII), UN GAOR, 17th Sess., Supp. No. 17, UN Doc. A/5217 (1962) 15, 57 AJIL 710.
39. SCC Case No V079/2005, *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, Final Award, Sept 12, 2010.
40. SCC Case No. 080/2004, *Vladimir Berschader and Moise Berschader v The Russian Federation*, Award, Apr 21, 2006.
41. UNCTAD, *National Treatment* , United Nations Publications, New York and Geneva, 1999.

42. UNCTAD, *World Investment Report 2004*, New York: United Nations, 2004.
43. UNICITRAL, *Hesham T.M. Al Warraq v Republic of Indonesia*, Final Award, Dec 15, 2014.
44. UNICITRAL, *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, Final Award, Nov 30, 2011.
45. Закон о поврђивању Споразума између Републике Србије и Канаде о подстицању и заштити улагања, Службени гласник РС – Међународни уговори, број 8/2015-1
46. Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања, ”Сл. Лист СРЈ- Међународни уговори”, бр.4/96

Интернет извори:

47. *Canada’s 2021 Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) Model*, интернет извор: https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=eng
48. Chile – Malaysia BIT (1992), интернет извор: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/690/download>
49. *Draft Article on most-favoured-nation clauses with commentaries, Commentary to Articles 9 and 10*, интернет извор: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf
50. *Draft Articles on most-favoured-nation clauses*, text adopted by the International Law Commission at its thirtieth session, 1978, интернет извор: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_3_1978.pdf
51. *Energy Charter Treaty*, интернет извор: <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>
52. ICSID Case No. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v Republic of Chile*, Award, May 25, 2004, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>

53. ICSID Case No. ARB/02/13, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, Nov 9, 2004, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>
54. ICSID Case No. ARB/02/8, *Siemens A.G. v. The Argentina Republic*, Descision on Jurisdiction, Aug 3, 2004, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>
55. ICSID Case No. ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, Feb 8, 2005, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>
56. ICSID Case No. ARB/03/29, *Bayaindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, Aug 27, 2009, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>
57. ICSID Case No. ARB/10/24, *İçkale İnşaat Limited Şirketi v Turkmenistan*, Award, Mar 8. 2016, интернет извор: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf
58. ICSID Case No. Arb/97/7, *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, Jan 25, 2000. интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>
59. SCC Case No V079/2005, *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, Oct 1, 2007, интернет извор: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>
60. SCC Case No. 080/2004, *Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, Award, Apr. 21,2006, интернет извор: <https://arbitration.ru/userfiles/file/Case%20Law/Investment%20arbitration/Russia/Berschader%20Russia.pdf>
61. Summaries of the Work of the International Law Commission, *Most-favoured-nation clause (Part One)*, интернет извор: https://legal.un.org/ilc/summaries/1_3.shtml
62. *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, 6 March 1956, 12 Reports of International Arbitral Awards 83, интернет извор: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf
63. Turkey-Pakistan BIT (1995), интернет извор: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2135/download>

64. Turkey-Turkmenistan BIT (1992), интернет извор:
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4785/download>
65. UNCTAD, *World Investment Report 2009*, New York, United Nation Publications,
https://unctad.org/system/files/official-document/diaeiainf2021d1_en.pdf
66. UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Award, Aug 2, 2010, интернет извор: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf
67. UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Government of Canada Counter-Memorial, Oct 20, 2008, интернет извор:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8258.pdf>
68. UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Government of Canada Rejoinder Memorial, Jul 10, 2009, интернет извор:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8260.pdf>
69. UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Submission of Mexico Pursuant Article 1128 of NAFTA, Jul 31, 2009, интернет извор:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8244.pdf>
70. UNICITRAL, *Chemtura Corporations v Government of Canada*, Submission of the United States of America, Jul 31, 2009, интернет извор:
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8238_1.pdf
71. United Nations: United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Arbitration Rules (with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)*, New York, 2014, интернет извор:
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>
72. Интернет извор: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/440/download>
73. Интернет извор: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/803/download>
74. Интернет извор: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-comprehensive-trade-and-economic-agreement-between-canada-and-the-european-union-canada-eu-ceta-2016-sunday-30th-october-2016>
75. Интернет извор: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf

VI SAŽETAK

Један од главних аспеката глобализације је појава глобалне економије у којој роба, услуге и капитал све више одбацују везе за државама и циркулишу слободно преко граница. Док су међународно трговачко и монетарно право нашли своје мултилатерлане режиме кроз успостављање Општег споразума о царинама и трговини, а касније Светске трговинске организације и Међународног монетарног фонда, више покушаја да се успостави мултилатерални инвестициони споразум су пропали. Уместо тога међународно инвестиционо право обухвата тренутно преко 2500 билатералних, регионалних и секторланих инвестиционих споразума. Иако се њихов број чини велики, не може да се каже да су то двострани уговори који стоје изоловано и уређују односе две државе. Пре ће бити да су они развили бројна преклапања и структурне везе што је резултирало у релативно униформни режим за међународни инвестициони режим. Један од фактора у креирању униформности у међународним инвестиционим односима и имплементацији мултилатерализма упркос великом броју билатералних инвестиционих споразума је клаузула најповлашћеније нације која улази у сам споразум. Клаузуле најповлашћеније нације у инвестиционим споразумима утичу на мултилатерализацију билатералних инвестиционих односа између држава. Као и у међународном трговачком праву, третман најповлашћеније нације у инвестиционом контексту има за циљ стварање недискриминаторних услова за инвеститоре из различитих држава порекла као предуслов за равноправну конкуренцију међу њима. Дебата о обиму клаузуле најповлашћеније нације и њеној примени на питање надлежности приказује и борбу билатерализма и мултилатерализма као водећег уређења за међународне инвестиционе односе. Док је рестриктивна интерпретација клаузуле најповлашћеније нације види билатералне инвестиционе споразуме као *quid pro quo* погодбу, шири приступ је близак стварању мултилатералног оквира за глобалну економију која се базира на недискриминацији и униформним правилима за инвеститоре у сваком аспекту везаном за инвестиције. Према томе, све док се не постигне консензус на међународном нивоу да се створи мултилатерални оквир за регулисање инвестиционих односа, клаузула најповлашћеније нације ће да буде водећа идеја процеса мултилатерализације и конституисаће нормативни основ за развој мултилатерализације међународног инвестиционог права.

Кључне речи: билатерални инвестициони споразум, клаузула најповлашћеније нације, арбитража, мултилатерализација материјалне заштите инвеститора,

мултилатерализација процесне заштите инвеститора, мултилатерализација, заштита инвеститора, држава домаћин, држава порекла, инвестиција

SUMMARY

Bilateral investment treaties: state and perspectives

One of the main aspects of globalization is the emergence of a global economy in which goods, services and capital are increasingly rejecting ties to states and circulating freely across borders. While international trade and monetary law found their multilateral regimes through the establishment of the General Agreement on Tariffs and Trade, and later the World Trade Organization and the International Monetary Fund, several attempts to establish a multilateral investment agreement failed. Instead, international investment law currently includes over 2,500 bilateral, regional and sectoral investment treaties. Although their number seems large, it cannot be said that they are bilateral treaties that stand isolated and regulate the relations between the two countries. Rather, they have developed a number of overlaps and structural links that have resulted in a relatively uniform regime for the international investment regime. One of the factors in creating uniformity in international investment relations and the implementation of multilateralism despite the large number of bilateral investment agreements is the most-favored-nation clause that enters into the agreement itself. The most-favored-nation clauses in investment agreements affect the multilateralization of bilateral investment relations between states. As in international trade law, the treatment of the most favored nation in the investment context aims to create non-discriminatory conditions for investors from different home countries as a precondition for equal competition between them. The debate on the scope of the most-favored-nation clause and its application to the issue of jurisdiction also shows the struggle between bilateralism and multilateralism as the leading arrangement for international investment relations. While a restrictive interpretation of the most-favored-nation clause sees bilateral investment agreements as a quid pro quo agreement, the broader approach is close to creating a multilateral framework for a global economy based on non-discrimination and uniform rules for investors in every investment aspect. Therefore, until an international consensus is reached to create a multilateral framework for regulating investment relations, the most-favored-nation clause will be the leading idea of the multilateralization process and will constitute the normative basis for the development of multilateralization of international investment law.

Keywords: bilateral investment treaty, most-favored-nation clause, arbitration, multilateralizing substantive investment protection, multilateralizing procedural investment protection, multilateralization, investor protection, host country, home country, investment

БИОГРАФИЈА

Олга Петровић Алексић рођена је 01.10.1996 у Нишу. Основну школу „Ратко Вукићевић“ у Нишу завршила је 2011. године као носилац дипломе „Вук Караџић“. Гимназију „Светозар Марковић“ друштвено-језички смер завршила је 2015. године као носилац дипломе „Вук Караџић“. Основне академске студије на Правном факултету у Нишу уписала је школске 2015/2016 године. Дипломирала је дана 03.10.2019. године, са просечном оценом 8,60 чиме је стекла стручно знање дипломирани правник. Мастер академске студије уписала је школске 2020/21, на Правном факултету Универзитета у Нишу, на општем смеру, ужа трговинско-правна област. Свој приправнички стаж стаж обавља у Нишу у адвокатској канцеларији адвоката Јелене Алексић. Од страних језика истиче знање енглеског и немачког језика.