Начела и стандарди

заштите инвестиција у споразумима о унапређењу и заштити инвестиција
које закључује Босна и Херцеговина

Имајући у виду значајне промјене које је инвестициони режим рефлектован у међународним споразумима о заштити инвестиција доживио у свијету у последњих десет година;

Свјесни огромног броја међународних инвестиционих тужби које су инвеститори поднијели против држава домаћина инвестиције тражећи заштиту права и компензацију по одредбама тих споразума;

Суочавајући се са растућим бројем арбитражних инвестиционих тужби које су инвеститори по споразумима о заштити инвестиција који су на снази покренули против Босне и Херцеговине, као и огромних захтјева за монетарну компензацију по тим тужбама;

Водећи рачуна о најважнијим процесима који су у свијету воде на мултилатералном нивоу у области заштите животне средине, борбе против климатских промјена, глобалног загријавања, енергетске транзиције, остваривања циљева одрживог развоја, заштите људских и радних права и слично, у којима Босна и Херцеговина учествује или је већ преузела обавезе потписивањем уговора или приступањем конвенцијама (попут Енергетске заједнице, Паришког споразума, Агенде 2030 итд.);

Уважавајући потребу Босне и Херцеговине, као државе домаћина инвестиција, за уравнотежењем права и обавеза у споразумима са правима и обавезама инвеститора;

Имајући у виду чињеницу да Босна и Херцеговина има 42[1] споразума о заштити инвестиција који су на снази, који су закључени у периоду од 1995. године до 2011. године, што значи да садрже широке и непрецизне одредбе, немају одредбе о подручјима попут енергетске транзиције, климатских промјена, људских и радних права, корпоративне одговорности и слично;

Свјесни да се ова врста споразума закључује на периоде од више деценија, а да се у случају отказивања заштита постојећих инвестиција продужава за наредни период од десет и више година, укључујући и право на покретање спорова против Босне и Херцеговине у том додатном периоду;

Утврђују се сљедећа начела и стандарди који ће обавезно бити садржани у споразумима о заштити инвестиција о којима Босна и Херцеговина, у складу са процедуром прописаном Законом о поступку закључивања и извршавања међународних уговора („Службени гласник БиХ“, 29/00 и 32/13), буде водила преговоре након њиховог усвајања.

1. ***Заштита инвестиција*** – Имајући у виду чињеницу да су стране инвестиције заштићене у Босни и Херцеговини према законима Босне и Херцеговине, сврха закључивања ових споразума је додатно регулисање права и обавеза инвеститора и њихових инвестиција једне уговорне стране на територији друге уговорне стране. Основни стандарди заштите који су садржани у овим споразумима су: поштен и праведан третман, пуна заштита и безбиједност, третмани недискриминације (национални третман и третман најповлашћеније нације), слобода трансфера, заштита од незаконите експропријације и адекватна компензација. Процедуралним одредбама споразума регулишу се права инвеститора, али и државе домаћина инвестиције да тражи заштиту својих права пред домаћим судовима и међународним арбитражним трибуналима.

2. ***Одрживи развој*** – У септембру 2015. године се Босна и Херцеговина, скупа са 192 државе чланице Уједињених нација, обавезала да ће спровести Агенду 2030 за одрживи развој (Агенда 2030), која се састоји од 17 циљева одрживог развоја и 169 подциљева. Документ Агенда 2030 међу три кључна начека наглашава „интеграцију свих аспеката одрживог развоја, што подразумијева равномјеран економски раст уз заштиту животне средине и природних ресурса, уз истовремено креирање праведног друштва и смањење неједнакости.“ Сходно томе, одрживи развој је једно од основних начела које чини окосницу развоја Босне и Херцеговине у економском, али и сваком другом смислу;

3. ***Промоција инвестиција*** – Промоција инвестиција је важан елемент, али уз придржавање нивоа заштите здравља, безбиједности, радних права, људских

[1] Од овог броја 38 споразума су споразуми закључени са другим државама, два са међународним организацијама (OPIC и OPEC Фонд), те два која су отказана (са Индијом и Италијом на њихов захтјев) али чије се одредбе и право покретања инвестиционе тужбе против Босне и Херцеговине у складу с одредбама тих споразума примјењују додатних 15 односно 5 година.

права, животне средине и слично који прописују закони Босне и Херцеговине. Стога, Босна и Херцеговина се неће одрећи или на неки други начин дерогирати прописани степен заштите у тим законима, прописима или стандардима ради подстицања или промоције инвестиције из друге уговорне стране на својој територији. У циљу олакшавања инвестиција, Босна и Херцеговина ће објавити или на други начин учинити доступним своје законе и прописе од опште примјене, као и међународне споразуме који могу утицати на инвестиције инвеститора друге уговорне стране. Исто ће захтијевати и од друге уговорне стране ради заштите права својих инвеститора.

4. ***Одговорно инвестирање*** – Стране инвестиције могу дати позитиван допринос развоју Босне и Херцеговине, али могу и негативно утицати на животну средину, здравље, радна права, људска права или друге јавне интересе. Постојећи споразуми имају врло мало или нимало одредаба којима се утврђује одговорност инвеститора у замјену за заштиту коју добијају. Стога је једно од начела које треба бити садржано у будућим споразумима Босне и Херцеговине обезбјеђење одговорног понашања инвеститора. Ово укључује двије димензије: максимизовање позитивног доприноса који инвеститори могу донијети друштвима („чинити добро“) и избјегавање негативних утицаја („не чинити штету“).

5. ***Право државе да регулише у јавном интересу уз пружање заштите инвестицијама*** – Док споразуми о заштити инвестиција имају за циљ да допринесу повољној инвестиционој клими, пракса је показала да они неизбјежно ограничавају суверенитет држава као уговорних страна у креирању домаћих политика. Имајући у виду растућу забринутост да таква ограничења иду предалеко, посебно ако се комбинују са ефикасном примјеном, одредбе споразума морају обезбиједити да Босна и Херцеговина задржи право да регулише ради остваривања циљева својих јавних политика, укључујући циљеве одрживог развоја (нпр. за заштиту животне средине, унапређење јавног здравља или других друштвених циљева). Заштита права на регулисање такође може бити потребна за спровођење економских или финансијских политика. Истовремено, Босна и Херцеговина ће водити рачуна да обезбјеђење потребног простора за регулисање у јавном интересу не буде покриће за инвестициони протекционизам или неоправдану дискриминацију инвеститора и инвестиција на својој територији.

6. ***Реформисани и модернизирани механизам за рјешавање спорова између инвеститора и државе*** – Арбитражна пракса показује да постојећи механизам за рјешавање спорова између инвеститора и државе има значајне недостатке који су довели у питање и његов легитимитет. Државе тужене у поступцима међународних инвестиционих арбитража забринуте су да их тренутни механизам излаже додатним правним и финансијским ризицима, често непредвиђеним у тренутку када су закључивале споразум о заштити инвестиција и у околностима ван јасних повреда приватне својине, а да неопходно не доноси никакве користи у смислу додатних прилива директних

страних инвестиција. Такође постоји забринутост да се у механизму инвеститорима даје више права у погледу рјешавања спорова него домаћим инвеститорима, да такав механизам води до тзв. „регулаторног захлађења“ (суздржавања од регулисања ради избјегавања могуће тужбе), да резултује недосљедним арбитражним одлукама, те да је недовољан у смислу обезбјеђења транспарентности, избора независних арбитара и гарантовања правилног поступка. Стога, будући споразуми Босне и Херцеговине морају укључивати реформисани механизам у складу са најбољом праксом Европске уније, UNCITRAL Радне групе III и других важнијих реформских форума, а посебно подстицање алтернативних облика рјешавања спорова, прецизирање процедура и обавеза страна у спору и сл.

7. ***Системска конзистентност*** – Вишеструка и вишеслојна природа режима успостављеног мрежом закључених споразума о заштити инвестиција за резултат има празнине, преклапања и недосљедности између потписаних споразума појединачно, између потписаних споразума и других инструмената међународног права који утичу на инвестиције, али и између потписаних споразума и домаћих политика. У контексту Босне и Херцеговине ово се примарно односи на обавезу: 1) да сви споразуми буду међусобно конзистентни, 2) да сви споразуми буду у складу са другим међународно преузетим обавезама (политика ЕУ – ССП, обавезе преузете другим билатералним и мултилатералним споразумима и конвенцијама, посебно у области енергије, климатских промјена, заштите животне средине, радних и људских права и слично), и 3) да сви споразуми буду у складу са политикама Босне и Херцеговине, посебно у области политике директних страних инвестиција.

У складу са утврђеним начелима, конкретни стандарди заштите инвестиција у споразумима о којима Босна и Херцеговина буде водила преговоре, укључујући друге релевантне одредбе ће садржавати сљедеће:

Дефиниција инвестиција: Да би била обухваћена споразумом, инвестиција мора, између осталог, бити извршена или стечена у складу са важећим законима уговорне стране домаћина (заштита инвестиције се односи након улагања – пост-естаблисхмент) и мора испуњавати индикативну листу карактеристика, као што су ангажовање капитала или других ресурса, очекивање добити или профита, одређено трајање или преузимање ризика и преко којих инвеститор обавља значајне пословне активности у држави домаћину. Из дефиниције инвестиције су искључена потраживања новца која произилазе искључиво из комерцијалних трансакција за продају роба и услуга, приватни фондови, профтолио инвестиције, финансијски инструменти којима се тргује на нерегулисаном тржишту (фјучерси, свопови, форварди, опције и друге финансијске изведенице) и сл.

Дефиниција инвеститора: Инвеститор је физичко лице које има држављанство и пребивалиште државе поријекла инвеститора у складу са примјењивим прописима. У случају двојног држављанства, сматраће се да инвеститор има држављанство оне државе које је доминантно и ефективно. Инвеститор је и правно лице основано у складу са законом уговорне стране, осим подружница и представништава, које има сједиште укључујући

значајне пословне активности на територији те уговорне стране. Одредба укључује и листу „значајних пословних активности“ инвеститора уговорне стране његове државе поријекла (као што су регистрован уред или управа предузећа, успостављено сједиште предузећа, број и квалификације запослених, стварање промета на подручју уговорне стране државе поријекла и сл.).

Обухват: Заштита инвестиција се односи на мјере државе домаћина инвестиције, а које се односе на инвеститоре и њихове инвестиције које су извршене у складу са законима државе домаћина прије или након ступања на снагу међународног споразума о заштити инвестиција. Међутим, третман, повластице или предности које је Босна и Херцеговина одобрила некој трећој држави по основу споразума о економским интеграцијама (подручја слободне трговине, царинске уније, заједничко тржиште, економска заједница, монетарна унија – нпр. ЕУ) неће бити проширене на инвеститоре и њихове инвестиције обухваћене тим споразумом. Заштита и одредбе споразума се не примјењују на тужбе и спорове који су настали прије ступања на снагу споразума нити на мјере Босне и Херцеговине у области здравственог и пензионог осигурања. Такође, споразум се не односи на било коју обавезу која може настати у односу на специфичне инвестиције инвеститора друге уговорне стране.

Промоција инвестиција: Прописује се да ће уговорне стране подстицати и дозволити узајамне инвестиције у складу са својим домаћим прописима, али не на начин на који би се ослабио или умањио ниво заштите који обезбјеђују домаћи закони, прописи или стандарди о здрављу, безбиједности, раду или заштити животне средине.

Право на регулисање: У преамбули и у цијелом споразуму уводе се додатне формулације како би се уједначили интереси инвеститора и државе домаћина инвестиције, односно право уговорних страна да уређују унутар својих територија. Посебан члан о праву на регулацију потврђује право уговорних страна да регулишу у односу на инвестиције и инвеститоре у циљу постизања легитимних циљева јавних политика, као што су заштита јавног здравља, безбиједност, животна средина или јавни морал, социјална заштита или заштита потрошача или промоција и заштита културне различитости, очување живих и неживих исцрпивих природних ресурса, интегритета и стабилности финансијског система. Сама чињеница да држава регулише, укључујући и модификацију својих закона, на начин који негативно утиче на инвестицију или омета очекивања инвеститора, укључујући његова очекивања добити, не представља кршење обавеза уговорене заштите инвестиција према споразуму. Одлука уговорне стране да не одобри или настави одобравати субвенцију, уколико за то не постоји конкретна обавеза по закону или уговору, неће се сматрати кршењем споразума.

Дефиниција поштеног и праведног третмана: Инвестицијама и повраћају од инвестиција, као и инвеститорима у односу на њихове инвестиције, се одобрава поштен и праведан третман. Мјере или низ мјера које представљају кршење овог стандарда заштите су, између осталог, ускраћивање правде у кривичном, грађанском или управном поступку; кршење правилног поступка, укључујући повреду транспарентности у судским и управним поступцима, дискриминација на незаконитим основама, као што су пол, раса или вјерска увјерења, неиспуњавање легитимних очекивања инвеститора у тачно одређеним

случајевима, принуда, присила или узнемиравање инвеститора и сл. Кршење друге одредбе споразума или другог споразума не представља кршење овог третмана.

Третман „пуне заштите и безбиједности“: Ова одредба се односи на само физичку безбиједност инвеститора и инвестиција.

Национални третман и третман најповлашћеније нације (MFN): Уговорна страна одобрава инвеститорима друге уговорне стране и њиховим инвестицијама, као и повраћајима од инвестиција, третман који није мање повољан од оног који одобрава у сличним ситуацијама својим сопственим инвеститорима и њиховим инвестицијама и повраћајима од инвестиција или инвеститорима било које треће државе и њиховим инвестиција и повраћајима од инвестиција у односу на управљање, одржавање, коришћење, уживање и располагање инвестицијом на својој територији. Међутим, одобравање националног и MFN третмана се ограничава само на „сличне ситуације“. Процјена „сличних ситуација“ ће се заснивати на укупним околностима које се односе на инвеститора или на инвестицију, укључујући пословни сектор у којем инвеститор дјелује, карактер, природу, циљ, трајање и разлоге мјере. Ради веће правне безбиједности, MFN третман се неће проширити на поступке рјешавања инвестиционих спорова у другим међународним инвестиционим или трговачким споразумима, као и инвестиционим уговорима који се закључују између инвеститора и државе домаћина инвестиције. Материјалне одредбе у другим међународним споразумима саме по себи не представљају „третман“ одобрен према MFN клаузули. MFN и национални третман се не примјењују на поступке јавних набавки, субвенције и грантове, укључујући државне зајмове, гаранције и осигурање, као ни на третман, повластице и привилегије које произилазе из чланства или приступања било којој постојећој или будућој зони слободне трговине, царинској унији, економској унији, заједничком тржишту или сличном међународном споразуму у којем је уговорна страна већ страна или ће то тек постати или споразума о избјегавању двоструког опорезивања или другим аранжманима који се дјелимично или у цјелини односе на питања опорезивање.

Дефиниција директне и индиректне експропријације: Уговорне стране неће извршити директно или индиректно национализацију или експропријацију осим уколико је то у јавну сврху, у складу са прописаном законском процедуром, на недискриминаторан начин те уз плаћање брзе, адекватне и ефективне компензације. Међутим, у новим одредбама се појашњава појам „директне експропријације“ и даље уводи дефиниција „индиректне експропријације“, заједно са листом фактора који се морају узети у обзир за утврђивање постојања индиректне експропријације у сваком случају (као што су економски утицај, трајање мјере, обим у којем мјера која се процјењује спречава остваривање разумних очекивања инвеститора и карактер мјере). Недискриминаторне мјере које се усвајају ради заштите легитимних циљева политика, као што су заштита јавног здравља, сигурност, заштита животне средине, јавни морал, социјална заштита или заштита потрошача те промоција и заштита културне различитости не представљају индиректну експропријацију.

Компензација за губитке: У случају да инвестиција претрпи губитак усљед рата или другог оружаног сукоба, револуције, државног ванредног стања, протеста и сличних догађаја, држава домаћин инвестиције ће у односу на повраћај или компензацију одобрити

третман који није мање повољан у односу на сопствене инвеститоре или инвеститоре било које треће земље што год од тога да је повољније.

Трансфери везани за инвестиције: Уговорна страна ће дозволити, након плаћања порезних и других обавеза, све трансфере који се односе на обухваћену инвестицију, без ограничења или одлагања, у слободно конвертибилној валути и по тржишном девизном курсу на дан трансфера. У оквиру ове одредбе наводи се листа обухваћених трансфера, те се уводи листа ситуација када држава примјењује своје законе на праведан и недискриминаторан начин, а које се не могу тумачити као ограничења трансфера (банкрот, несолвентност, заштита права кредитора, издавање и трговање финансијским дериватима, кривична дјела или прекршаји, праксе преваре, извршење међународних пресуда, усклађивање са законима о опорезивању и др). Детаљније су образложена изузећа која се односе на рестриктивне мјере државе у случају озбиљних потешкоћа у платном билансу или вањских финансијских потешкоћа.

Ускраћивање бенефиција: Уговорна страна може ускратити повластице по споразуму инвеститору или инвестицији друге уговорне стране уколико утврди да је тај инвеститор или инвестиција у својини или под контролом физичког или правног лица треће земље са којом она не одржава дипломатске односе или према којој усваја или одржава мјере за одржавање међународног мира и безбиједности, укључујући заштиту људских права у складу са Повељом Уједињених нација и међународним обавезама. Клаузула о ускраћивању бенефиција неће бити предмет претходног формалног обавјештења.

Суброгација: Уколико дође до преноса права по основу уговора о суброгацији, уговорна страна домаћин инвестиције ће признати другој уговорној страни или њеној агенцији и права која је имао инвеститор у вези инвестиције. Пренесено право или захтјев не може бити већи од оригиналног права или захтјева наведеног инвеститора.

Питања безбиједности: Одредбе споразума не могу се тумачити на начин да спречавају уговорну страну да предузима мјере у циљу заштите интереса своје безбиједности.

Одрживи развој: Потврђује се да се уговорне стране обавезују да ће промовисати развој међународних инвестиција на начин да допринесу циљевима одрживог развоја. Уводи се нови одјељак споразума који се односи на одредбе о промоцији циљева одрживог развоја, корпоративне друштвене одговорности, те климатских промјена и транзиције чисте енергије. Потврђују се права и обавезе које су у овим областима већ преузете у мултилатералним међународним споразумима, конвенцијама и другим међународним правним актима које је Босна и Херцеговина потписала или којима је приступила.

Рјешавање спорова између инвеститора и државе: Механизам за рјешавање спорова између инвеститора и државе омогућава инвеститору из једне уговорне стране да поднесе захтјев за рјешавање спора (и одговарајућу монетарну компензацију) против друге уговорне стране у којој је извршио инвестицију у случају да сматра да су нека његова права која су му омогућена споразумом угрожена или нарушена дјеловањем или недјеловањем институција државе домаћина. Спор може поднијети по сопственом избору на рјешавање

домаћем суду, те међународној институционалној или *ad hoc* арбитражи. Из обухвата овог механизма се искључују тужбе које се односе на инвестиције извршене кроз лажно представљање, прикривање, корупцију или понашање које представља злоупотребу процеса. Такође се искључују спорови који не би били могући без промјене корпоративне структуре инвеститора која је извршена с главним циљем да би се поднијела тужба. Арбитражним трибуналима се налаже да у раној фази одбаце и захтјеве који су очито неосновани или без законског основа.

Прецизно се прописује поступак који инвеститор мора да слиједи у случају да има неријешено питање или спор са државом домаћином инвестиције као и рокови који се у том поступку морају поштовати (поступак консултација).

Посебно се детаљно дефинише мирно рјешавање спорова, како би се омогућило да прије подношења тужбе, у процесу консултација, као и у било којој фази поступка двије стране могу покушати спор да ријеше мирним путем (преговори, мирење, медијација). Прописује се шта захтјев за мирно рјешавање спора садржи, коме се подноси, који су рокови за рјешавање спора, рокови за застару и сл. Медијација и други начини алтернативног рјешавања спорова, доступни су странама у току цијелог поступка, без утицаја на позицију или права уговорних страна према релевантном споразуму и спроводе се према правилима које договоре стране у спору. Такође је дефинисано поступање арбитражног трибунала за обезбјеђење трошкова, финансирање треће стране, примјењиво право и тумачење, као и транспарентност поступка (*Правила UNCITRAL-а о транспарентности у арбитражи између инвеститора и држава заснована на уговорима*).

Рјешавање спорова између уговорних страна: Спор између уговорних страна који се односи на тумачење или примјену споразума, а који није ријешен кроз консултације или друге дипломатске канале, може бити поднесен, на захтјев једне уговорне стране, на рјешавање путем арбитраже по UNCITRAL-овим Арбитражним правилима, осим уколико се уговорне стране не договоре другачије.

„ЕУ клаузула“: Укључује се одредба која обезбјеђује да у случају да Босна и Херцеговина постане држава чланица ЕУ, обавезе Босне и Херцеговине преузете према релевантном споразуму ће се тумачити и примјењивати на начин досљедан обавезама које произилазе из њеног чланства у Европској унији. Босна и Херцеговина ће предузети потребне кораке у испуњавању ових обавеза.

Трајање и отказивање споразума: Почетни период трајања споразума је 10 година, уз могућност отказивања било када након истека тог иницијалног периода по прописаној процедури, а трајање тзв *„sunset“* клаузуле, тј. периода заштите постојећих инвестиција након отказивања је пет година.

Друга питања: Сва друга питања која нису садржана или поменута у овим стандардима и одредбама, биће уређена у складу са законима у Босни и Херцеговини, обавезама преузетим у другим међународним уговорима, у складу са Бечком конвенцијом о праву међународних уговора (1969.), најбољом праксом у свијету и најбољим интересима Босне и Херцеговине. Приједлози таквих рјешења ће бити детаљно образложени у Основи

за вођење преговора и закључивање појединачног споразума о унапређењу и заштити инвестиција или у захтјеву за измјену Основа за вођење преговора и закључивање појединачног споразума о унапређењу и заштити инвестиција, у складу са законом прописаном процедуром, те у извјештају са преговора.