

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Марко З. Јовановић

**ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА
ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ
УЛАГАЊА**

докторска дисертација

Београд, 2014

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Marko Z. Jovanović

**STATE RESPONSIBILITY FOR THE
PROTECTION OF FOREIGN DIRECT
INVESTMENTS**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2014

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

	Титула	Име и презиме	Звање	Назив универзитета и факултета
Ментор	Доктор правних наука	Гашо Кнежевић (†)	Редовни професор	Универзитет у Београду, Правни факултет
Члан Комисије	Доктор правних наука	Мирко Васиљевић	Редовни професор	Универзитет у Београду, Правни факултет
Члан Комисије	Доктор правних наука	Маја Станивуковић	Редовни професор	Универзитет у Новом Саду, Правни факултет
Члан Комисије	Доктор правних наука	Небојша Јовановић	Редовни професор	Универзитет у Београду, Правни факултет
Члан Комисије	Доктор правних наука	Јелена Перовић	Редовни професор	Универзитет у Београду, Економски факултет
Члан Комисије	Доктор правних наука	Владимир Павић	Ванредни професор	Универзитет у Београду, Правни факултет

Датум одбране: _____

ИЗЈАВЕ ЗАХВАЛНОСТИ

Један од првих савета који сам добио када сам започео своје докторске студије био је да увек будем свестан да је писање доктората у првом реду вежба стрпљења и концентрације. Данас, пет година касније, убеђен сам у исправност овог савета. Међутим, исто тако сам убеђен и да би ми за окончање рада на овој дисертацији било потребно много више напора, стрпљења и концентрације да у претходном периоду нисам имао велику помоћ и подршку блиских и драгих људи. Зато осећам потребу да на овом месту захвалим онима којима су ме на досадашњем дугачком и изазовном путу формалног оспособљавања за бављење научним радом пратили, храбрили ме и несебично ми помагали.

Моји први професионални и научни кораци не би били једнако успешни да није било визије, поверења и подршке професора др Мирка Васиљевића. Препознавши у мени заинтересованост и, усуђујем се да нескромно претпоставим, потенцијал за научни и педагошки рад, професор Васиљевић се, као тадашњи декан, ангажовао да се 2009. године запослим на Правном факултету, чиме су ми, између осталог, учињене доступним бројне могућности за стручно усавршавање и развој, које сам се трудио да што боље искористим. Осим изузетне захвалности за благодатност коју је према мени исказао у много наврата, а нарочито у последњим фазама припреме овог рада за јавну одбрану, дугујем му и обећање да ћу и у будућем раду настојати да будем на висини његових очекивања.

Искрено сам захвалан професорки др Маји Станивуковић која је, у својству члана комисије за оцену ове дисертације, посветила време и уложила труд да пажљиво прочита радну верзију тезе како би ми својим коментарима и сугестијама помогла да побољшам језик, стил и садржај коначног облика рада.

Велику захвалност дугујем мојим блиским колегама др Владимиру Павићу и др Милени Ђорђевић који су ми, још као студенту, открили лепоте и занимљивости међународног привредног права, побудили моје интересовање за практично и научно бављење том облашћу, научили ме важности тимског рада и посвећено ме упућивали у вештине правничког размишљања и правнонаучног писања. Без њиховог подстицања и подршке моја професионална биографија би у овом тренутку сигурно била сиромашнија за многе ставке. Надам се да нам у наредним годинама предстоје бројни заједнички успеси на многим пољима.

Ова дисертација не би ни у формалном ни у садржинском смислу овако изгледала без великог труда, неисцрпног стрпљења и несебичне помоћи мог пријатеља и колеге Уроша Живковића. Многа размишљања и ставови исказани у овој тези израстали су и обликовали се у нашим честим и дугим разговорима о различитим питањима права страних улагања, а његов допринос техничком уобличавању коначног текста ове тезе био је, без претеривања, пресудан.

Незаменљиву подршку у раду добио сам и од оних који су поднели највећи терет настајања ове дисертације – моје мајке, породице и пријатеља. Хвала им што су

веровали у мене, подржавали ме, имали разумевања за моја бројна одсуствовања и усредсређеност на рад. Надам се да ће им радост коју ће са мном поделити по окончању овог великог посла барем у некој мери надокнадити све оно што сам им у претходном периоду ускратио.

И на крају, сасвим посебну захвалност дугујем ономе коме је, недуго пошто је ова дисертација добила свој коначан облик, речима Васка Попе, постао претежак терет који је носио у себи па је напустио камен од кога је био саздан – мом ментору и професору др Гаши Кнежевићу. Од самог почетка мојих докторских студија, професор Кнежевић је веома брижљиво али увек дискретно и ненаметљиво усмеравао моја размишљања ка актуелним питањима права страних улагања, откључавао ми врата међународних научних скупова из ове области али ме пуштао да их сам отварам, учио ме не само праву већ и животу и налазио снаге и концентрације да ишчитава и коментарише раније верзије овог рада чак и у тренуцима када се борио против тешке болести. Бескрајно тужан што неће присуствовати одбрани рада чијем је квалитету садржаја и сам допринео, остајем неизмерно поносан што сам имао срећу и привилегију да ме професор Кнежевић макар и за кратко усмерава на путу мог научног развоја.

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов докторске дисертације	ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА
Резиме	<p>Предмет докторске дисертације представља истраживање правног режима, садржаја и правних последица одговорности државе за заштиту страних директних улагања. У том смислу детаљно се испитују специфичности теоријског одређења одговорности државе за заштиту страних директних улагања, посебности у погледу одређивања меродавног права за различите аспекте одговорности, утицај различитих начина дефинисања појма страног директног улагања на домашај одговорности државе пријемнице за његову заштиту, садржај и дејство конститутивних елемената, односно услова одговорности, начини испољавања услова искључења одговорности у међународном праву заштите страних директних улагања, као и последице постојања одговорности државе пријемнице у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања на њеној територији.</p> <p>Овако постављен предмет истраживања условљен је растућим значајем страних директних улагања за развој националних привредних система, што је међународни тренд у погледу којег наша држава није изузетак. Међутим, настојање да се привуку страна директна улагања није увек праћено довољно пажљивим промишљањем о правним последицама јемстава датих страним улагачима. О томе јасно сведочи изразита хетерогеност садржаја извора међународног права заштите страних директних улагања. Управо утицај те хетерогености међународних и унутрашњих извора права заштите страних директних улагања, као и специфичности које произлазе из хибридне природе међународног права страних улагања на режим одговорности држава пријемница, представљају окосницу проблематике ове дисертације.</p> <p>Сходно томе, општи циљ истраживања представља утврђивање фактора који уобличавају одговорност државе за заштиту страних директних улагања и испитивање њиховог дејства, како би се изучавани институт боље теоријски разумео и правилније практично примењивао. Из овог општег циља проистиче и неколико конкретних задатака истраживања, а то су: давање прегледа и систематизовање извора права у области одговорности државе за заштиту страних директних улагања, утврђивање актуелних тенденција у праву страних улагања у вези са одговорношћу државе за заштиту страних директних улагања, испитивање усаглашености извора права страних улагања на снази у Републици Србији са тим тенденцијама и формулисање предлога за измене правила чија би примена могла да доведе до претераног ширења одговорности државе, односно до немогућности страног улагача да заштити своја легитимна улагачка права и интересе.</p> <p style="text-align: right;">Рад обухвата увод, шест тематских поглавља и закључак. Научну</p>

	<p>грађу чине домаћи и инострани доктринарни радови али и велики број примарних извора: међународних споразума о заштити страних улагања, унутрашњих прописа којима се уређује материја страних улагања, одлуке различитих форума за решавање улагачких спорова. У изради рада коришћен је већи број научних метода, и то: историјскоправни, функционални, позитивноправни, упоредноправни, мултидисциплинарни, као и логичке методе обраде коришћене грађе.</p> <p>Дисертација је заснована на четири основне хипотезе: 1) да институт одговорности државе за заштиту страних директних улагања испољава значајне посебности у односу на концепт одговорности у другим гранама права; 2) да је правни режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања само делимично унификован на глобалном нивоу и да државе појединачно, путем билатералних и мултилатералних међународних уговора, још увек имају велики утицај на уобличавање тог режима; 3) да правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања треба да буду постављена тако да обезбеде уравнотежење легитимних интереса како би он био исплатив за све заинтересоване стране; 4) да режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања успостављен тренутно важећим изворима права који обавезују Републику Србију не гарантује увек потребну равнотежу легитимних интереса учесника улагачког подухвата.</p> <p>Након што је изложене хипотезе проверио кроз научну расправу, аутор у завршном делу дисертације формулише конкретне предлоге за редефинисање правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања у изворима права страних улагања који обавезују Републику Србију, како би међународни улагачки подухвати у нашој држави били уређени правилима која омогућавају постизање равнотеже легитимних интереса свих учесника подухвата, што је вредносна парадигма из које се посматра и критички разматра целокупан корпус правила о одговорности државе пријемнице улагања.</p>
Кључне речи	Страно директно улагање, одговорност, држава пријемница улагања, страни улагач, меродавно право, стандарди третмана, заштита страних улагања, последице постојања одговорности.
Научна област	Правне науке
Ужа научна област	Пословноправна
УДК	346.092

INFORMATION ON DOCTORAL DISSERTATION

Title of the Doctoral Dissertation	STATE RESPONSIBILITY FOR THE PROTECTION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENTS
Summary	<p>The subject-matter of this doctoral dissertation is the research of legal regime, content and consequences of State responsibility for the protection of foreign direct investments. To that effect, the author examines in detail the elements of theoretical definition of the notion of State responsibility for the protection of foreign direct investments, the specificities with respect to the determination of the law applicable to different aspects of responsibility, the influence of various methods of defining the notion of investment to the scope of responsibility for its protection, the content and effects of elements and preconditions for responsibility, the circumstances excluding the responsibility as well as the legal consequences of responsibility of the host State in case of violation of its obligation to protect foreign direct investments in its territory.</p> <p>This choice of subject-matter of the doctoral dissertation is governed by the increasing importance of foreign direct investments for the development of national economies, which is a world-wide trend also present in Serbia. However, attempts to attract foreign investments are not always accompanied by careful considerations of legal consequences and potential practical repercussions of guarantees given to foreign investors. This is clearly proved by the diversity and heterogeneous content of sources of foreign direct investment law which, along with the specificities caused by the hybrid nature of international regime of investment protection, represent the focus of this dissertation.</p> <p>Accordingly, the general aim of the research is the identification of factors that shape State responsibility for protection of foreign direct investments and the exploration of their effects in order to enable better theoretic understanding and practical application of the rules studied in the thesis. This general aim induces several special aims of the study: providing an overview and describe the system of legal sources of foreign direct investment protection, identifying current tendencies in the law of foreign direct investment with respect to the State responsibility for protection of foreign direct investments, establishing the level of harmonization of sources of foreign direct investment protection applicable in Serbia with the international standards and suggesting the changes of the currently applicable regulatory framework in order to avoid both the overly extension of scope of State responsibility and the impossibility of foreign investors to protect their legitimate rights, interests and expectations.</p> <p>The dissertation consists of an introduction, six chapters and a conclusion. The bibliography used includes domestic and foreign scholarly writings and a large number of primary sources: international investment protection treaties, pieces of national legislation in the field of investment protection and numerous decisions of international investment dispute resolution fora. The methods used to perform the research include historical,</p>

	<p>functional, positive, comparative and multidisciplinary analysis, as well as logical methods of processing the resources used.</p> <p>The hypotheses upon which this work is based are: 1) that the institute of State responsibility for protection of foreign direct investments shows significant particularities when compared to the concepts of responsibility and liability in other branches of law; 2) that the legal regime of State responsibility for the protection of foreign direct investments is only partially unified on a global level and that individual States, by virtue of bilateral and multilateral treaties and agreements, still exercise significant influence over shaping that regime; 3) that the rules on State responsibility for the protection of foreign direct investments need to be formulated so as to provide for the balance of legitimate interests and expectations of all the parties concerned; 4) that the legal regime of State responsibility for the protection of foreign direct investments currently in force in the Republic of Serbia does not always provide for the necessary balance of interests and expectations of all the parties concerned.</p> <p>Upon having critically examined and verified these hypotheses, the author formulates suggestions for redefining rules on State responsibility for the protection of foreign direct investments in the legal system of the Republic of Serbia, so that the international investments in our country become governed by the rules which allow for achieving the balance of legitimate interests of all parties involved, which is the axiological paradigm through which the candidate views and critically examines the entire set of rules on State responsibility for the protection of foreign direct investments.</p>
Key words	Foreign direct investment, responsibility, host State, foreign investor, applicable law, standards of treatment of foreign investment, protection of foreign investment, consequences of responsibility for breach of duty to protect foreign investment.
Scientific Area	Legal sciences
Specific Scientific Area	Business law
UDC	346.092

САДРЖАЈ

СПИСАК СКРАЋЕНИЦА.....	XIV
------------------------	-----

УВОД.....	1
I - Предмет и циљ рада	1
II – Проблематика рада.....	5
III - Оправданост теме истраживања.....	13
IV - Хипотезе, методологија и план рада	15

ГЛАВА I

ПОЈАМ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА	19
I - Постављање проблема	19
II - Формално одређење одговорности државе за заштиту страних директних улагања... 20	
1. Субјекти одговорности.....	21
2. Правна природа правила о одговорности.....	29
III - Материјално одређење одговорности државе за заштиту страних директних улагања..... 33	
1. Основ одговорности	33
1.1 Правна природа обавезе заштите страних директних улагања	33
1.2 Кривица.....	37
1.3 Штета	40
2. Функција одговорности државе за заштиту страних директних улагања.....	46
2.1 Кредибилност јемства заштите улагачких права.....	46
2.2 Прилагођеност правила о одговорности сврси и циљевима страних улагања.....	48
2.3 Прилагођеност правила о одговорности потребама привредног система државе пријемнице	50
IV - Синтеза – Покушај одређења појма одговорности државе за заштиту страних директних улагања	54

ГЛАВА II

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА.....	57
I - Постављање проблема	57
II - Начини одређивања меродавног права.....	59

1. Аутономија воље.....	60
1.1. Садржај аутономије воље.....	61
1.1.1. Избор међународног права	62
1.1.2. Избор заједничке примене међународног и унутрашњег права	63
1.1.3. Избор унутрашњег права	66
1.1.4. Уговор изолован од права	72
1.2. Ограничења аутономије воље.....	74
2. Тачке везивања у одсуству аутономије воље.....	77
III - Релевантност међународног права.....	84
1. Међународни уговор као извор права страних улагања	85
1.1. Мултилатерални међународни уговори.....	85
1.1.1. Универзални мултилатерални међународни уговори	85
1.1.2. Регионални мултилатерални међународни уговори.....	89
1.2. Билатерални међународни уговори.....	93
2. Међународни обичај као извор права страних улагања.....	96
3. Општи правни принципи	111
4. Извори „меког“ нормативитета	114
5. Пракса форумā за решавање улагачких спорова	116
IV - Релевантност унутрашњег права	118
1. Унутрашње право као унилатерални механизам заштите страних директних улагања.....	118
2. Унутрашње право у функцији примене међународног права	121
V – Синтеза – Модел одређивања меродавног права у погледу одговорности државе за заштиту страних улагања	127

ГЛАВА III

СТРАНО ДИРЕКТНО УЛАГАЊЕ КАО ОБЈЕКТ ЗАШТИТЕ	129
I - Постављање проблема	129
II - Различити облици страних улагања	132
1. Директна улагања	133
2. Портфолио улагања	136
III - Међународни стандарди у дефинисању појма страног директног улагања	138
1. Стандарди праксе форумā за решавање улагачких спорова у дефинисању појма страног улагања.....	140
1.1 Трајање улагања.....	144
1.2 Улагачки ризик.....	145
1.3 Суштинско ангажовање улагачевих средстава	148
1.4 Допринос развоју државе пријемнице	150

2. Тренутак успостављања обавезе заштите страног директног улагања	153
3. Територијални домашај одговорности	156
IV - Појам страног директног улагања у изворима права страних улагања који обавезују Републику Србију.....	162
1. Проблем неусклађених дефиниција појма страног улагања у унутрашњим изворима права	162
2. Проблем широке дефиниције појма улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања	166
3. Проблем територијалног домашаја одговорности Републике Србије за заштиту страних директних улагања	172
V - Синтеза – Смернице за дефинисање појма страног директног улагања	175

ГЛАВА IV

ЕЛЕМЕНТИ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА.....	178
I - Постављање проблема	178
II - Самостално одређење обавезе заштите страних директних улагања.....	179
1. Забрана незаконите експропријације	179
1.1 Услови за дозвољеност експропријације.....	180
1.2 Облици експропријације	183
1.2.1 Директна и индиректна експропријација	183
1.2.2 Потпуна и делимична експропријација	188
1.2.3 Моментална и „пузећа“ експропријација	190
1.2.4 Експропријација ствари и експропријација права	191
2. Обавеза поштеног и правичног третмана страног директног улагања.....	194
2.1 Формулисање обавезе поштеног и правичног третмана.....	195
2.2 Одређивање садржаја обавезе поштеног и правичног третмана.....	198
2.2.1 Обавеза испуњавања легитимних очекивања	199
2.2.2 Обавеза чињења правног режима релевантног за страна улагања стабилним и транспарентним	200
2.2.3 Право на правичан поступак за остваривање и заштиту улагачких права	202
2.2.4 Обавеза поштовања принципа савесности и поштења.....	203
2.2.5 Забрана дискриминације и одсуство арбитражности у третману страног улагача.....	204
2.2.6 Обавеза уздржавања државе пријемнице од примене мера принуде према страном улагачу	205
3. Пуна заштита и безбедност улагања	206
3.1 Физичка заштита страног директног улагања.....	207
3.2 Обезбеђивање правне сигурности улагачке климе.....	212

4. Омогућавање слободног трансфера улагачких средстава (капитала и прихода).....	214
4.1 Условљеност слободе трансфера капитала и прихода.....	215
4.2 Домашај слободе трансфера капитала и прихода.....	218
III - Посредно одређење обавезе заштите страних директних улагања	221
1. Национални третман.....	221
1.1 Тренутак од ког је држава пријемница обавезна да обезбеди национални третман..	222
1.2 Утврђивање постојања повреде националног третмана	226
2. Третман најповлашћеније нације	231
3. Поштовање обавеза преузетих појединачним уговорима између државе и страног улагача (кишобран-клаузула)	241
IV – Приписивост повреде обавезе заштите страних директних улагања држави пријемници	247
1. Приписивост радњи и пропуштања државних компанија држави пријемници улагања.....	249
2. Приписивост радњи и пропуштања приватних лица држави пријемници улагања	252
V - Синтеза – Опште одлике услова одговорности државе за заштиту страних директних улагања	255

ГЛАВА V

ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА	258
I - Постављање проблема	258
II - Општи основи искључења одговорности	260
1. Виша сила	261
1.1 Виша сила у општем међународном праву	262
1.2 Виша сила у међународном праву страних улагања	264
2. Нужда	267
2.1 Нужда у општем међународном праву	268
2.2 Нужда у међународном праву страних улагања	270
III - Посебни основи искључења одговорности	276
1. Споразумно утврђене дозвољене мере ограничења права страних улагача	276
1.1 Појам клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача.....	277
1.2 Структура клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача.....	280
1.2.1 Одређење поља примене	280
1.2.2 Одређење циља у чију сврху се заштита улагачких права ограничава ..	281
1.2.3 Одређење потребне везе између мере ограничења заштите улагачких права и циља који се том мером постиже.....	283

1.3 Тумачење и примена клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права.....	284
2. Корупција.....	290
2.1 Појам корупције.....	292
2.2 Значај корупције као основа искључења одговорности државе за заштиту страних директних улагања	294
IV - Синтеза – Опште карактеристике основа искључења одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања.....	299

ГЛАВА VI

ПОСЛЕДИЦЕ ПОСТОЈАЊА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - Постављање проблема	302
II - Неновчане обавезе	304
1. Могућност обавезивања одговорне државе пријемнице улагања на чињење или пропуштање.....	304
2. Одређивање неновчаних обавеза у пракси форумā за решавање улагачких спорова.....	307
2.1 Повраћај у пређашње стање.....	307
2.2 Остале неновчане чинидбе.....	313
III - Новчане обавезе.....	316
1. Појавни облици новчане обавезе.....	316
1.1 Накнада за умањење вредности улагачког подухвата.....	317
1.2 Накнада за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухват (измакла корист).....	319
1.3 Камата	323
1.3.1 Начин одређивања меродавне каматне стопе	323
1.3.2 Одређивање начина обрачуна камате	326
1.4 Казнена накнада	329
1.5 Накнада нематеријалних губитака	331
2. Израчунавање износа новчане обавезе	337
2.1 Метод процене вредности очекиване добити	339
2.2 Методи процене тржишне вредности улагања	341
2.3 Методи процене вредности телесних и бестелесних добара.....	343
3. Елементи који утичу на умањење дугованог износа.....	346
3.1 Допринос страног улагача наступању штете или њеном увећању	347
3.2 Пропуст страног улагача да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете	351

IV - Синтеза – Специфичности последица постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања.....	353
ЗАКЉУЧАК.....	356
БИБЛИОГРАФИЈА.....	i
I - Литература на српском језику и језицима држава бивше Југославије	i
II - Литература на страним језицима.....	vi
III - Закони, међународни уговори и други извори права у Србији и бившој Југославији	xxxii
IV - Међународни Модел Споразуми, уговори и други извори	xxxviii
V - Међународна судска и арбитражна пракса	xli
БИОГРАФИЈА АУТОРА	lxxii

СПИСАК СКРАЋЕНИЦА

AJIL	American Journal of International Law
ASA Bulletin	Swiss Arbitration Association Bulletin
ASEAN	Association of South East Asian Nations Асоцијација народа југоисточне Азије
ASICL	Annual Survey of International and Comparative Law
BYIL	British Yearbook of International Law
CEFTA	Central European Free Trade Agreement Централноевропски споразум о слободној трговини
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale Централноафричка економска и монетарна заједница
EJIL	European Journal of International Law
FILJ – ICSID Review	Foreign Investment Law Journal – ICSID Review
GJIL	Georgetown Journal of International Law
ICCA Congress Series	Congress Series of the International Council for Commercial Arbitration
ICJ Reports	Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice
ILC Yearbook	Yearbook of the International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ICC	International Chamber of Commerce Међународна трговинска комора
Iran-US CTR	Iran-US Claims Tribunal Reports
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes Међународни центар за решавање инвестиционих спорова

JDI	Journal du droit international
Коментар Правила о одговорности	Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts with Commentaries (2001) ILC Report No. A/56/10
LCIA	London Court of International Arbitration Лондонски међународни арбитражни суд
MERCOSUR	Mercado Común del Sur Јединствено тржиште Јужне Америке
NAFTA	North American Free Trade Agreement Северноамерички споразум о слободној трговини
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development Организација за економску сарадњу и развој
Retfærd NJLJ	Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye Зборник предавања Хашке академије за међународно право
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIAA	Reports of International Arbitral Awards
Споразум	Двострани споразум о узајамном подстицању и заштити улагања
SCC	Stockholm Chamber of Commerce Стокхолмска привредна комора
TDM	Transnational Dispute Management
U. Penn. JIEL	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

	Конференција Уједињених нација за трговину и развој
UNIDROIT	International Institute for Unification of Private Law Међународни институт за унификацију приватног права
VJIL	Virginia Journal of International Law

УВОД

*Comme les promesses & les engagements exprès
doivent être inviolables, toute Nation sage & vertueuse
aura soin d'examiner, de peser mûrement un Traité
de Commerce, avant que de le conclure, & de prendre garde
qu'il ne l'engage à rien de contraire à ses devoirs
envers elle-même & envers les autres.*

*(Будући да изричито дата обећања и обавезивања морају да буду
неповредива, свака мудра и опрезна нација ће пажљиво
испитати и зрело одмерити сваки трговински споразум
пре него што га закључи, и пазиће да се таквим уговором
не обавезе ни на шта што би било у супротности
са њеним дужностима према себи самој и према другима.)*

Emer de Vattel¹

I - ПРЕДМЕТ И ЦИЉ РАДА

Развој односа страног улагача и државе пријемнице улагања умногоме подсећа на једну „обичну љубавну причу“. Он је способан, имућан, амбициозан, намеран да изгради успешну каријеру. Она је свестрана, добро организована, вредна, скромна, штедљива. Сви предуслови за обострано допадање постоје, па је даљи ток ствари сасвим изванредан: након почетног распитивања једног о другом, упознавања и постепеног приближавања, Он и Она формализују свој однос. Али, када првобитна занесеност прође и искушења заједничког живота и рада открију и Његово и Њено право лице, Он полако схвата да Она није ни организована, ни скромна, ни штедљива каквом се представљала. Са друге стране, и Њој постаје јасно да је преценила Његову озбиљност, иметак и пословну умешност. Тада наступа преломни тренутак: или ће обоје прихватити мане друге стране и наставити дуг и срећан заједнички живот или ће, пак, разочарање превагнути и заједница се раскинути, у ком случају ће свако од њих избегавати своју а тражити одговорност друге стране и настојати да брже излечи тугу што скупљим наплаћивањем изневерених очекивања.

¹ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, t. I, 1758, Livre II, Chap. II, стр. 119.

Као што је, због драматике коју носи, другонаведени сценарио много интересантнији за књижевност, тако је и за правну науку знатно занимљивије да проучава теоријске и практичне проблеме који настају јављањем спора између страног улагача и државе пријемнице улагања, него да се ограничи на описивање успешности складних међународних улагачких подухвата. Међутим, како би испитивање свих аспеката улагачког спора превазилазило обим и сврху овог рада, определили смо се да наша истраживања усмеримо ка једном специфичном и, по нашем схватању, кључном проблему међународног права страних улагања – питању услова постојања, граница и садржаја одговорности државе за заштиту страних директних улагања.²

Оцена да је питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања један од кључних проблема међународног права страних улагања произлази из околности да је институт одговорности један од носећих стубова права уопште. Парафразирајући мисао чувеног белгијског правника Шарла де Вишера (*de Visscher*), француски професор Пеле (*Pellet*) примећује да је одговорност нужни пратилац права, институт који обезбеђује ефикасност сваког нормативног система.³ Чини се да је у овом правцу размишљао и Стални суд међународне правде двадесетих година XX века, приликом доношења пресуде у чувеном спору између Немачке и Пољске поводом пољског одузимања немачке фабрике нитрата у Хожуфу (*Chorzów*) када је, у вези са питањем услова за успостављање обавезе накнаде штете, закључио: „*Принцип је*

² Под страним директним улагањима подразумева се облик улагања у коме улагач (физичко или правно лице) остварује дугорочно повезивање са компанијом чија се државна припадност разликује од државне припадности, односно држављанства, улагача, и то тако што над том компанијом улагач остварује власничку контролу директним или индиректним поседовањем најмање 10% учешћа у основном капиталу, са правом гласа. Ова дефиниција садржана је у публикацији Организације за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: OECD) „Референтна дефиниција страних директних улагања“ (OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4. издање, 2008, стр. 48-49, доступно на веб-страници: <www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>), и њен циљ је уједначавање методологије за израду статистика страних директних улагања. Зато не изненађује што изложену дефиницију преузима и збирка дефиниција Конференције Уједињених нација за трговину и развој (у даљем тексту: UNCTAD), па и појмовник коришћен у састављању приказа међународне инвестиционе позиције Србије који израђује и објављује Народне банке Србије. На сличан начин је страно директно улагање дефинисано и у члану 2 став 1 тачка 17 српског Закона о девизном пословању (*Службени гласник РС* бр. 62/2006, 31/2011 и 119/2012). Проблеми у одређивању појма страног директног улагања детаљније ће бити обрађени у Глави III овог рада.

³ Де Вишер се бавио проблемом одговорности у сфери међународног јавног права и посматрао одговорност као наличје принципа једнакости држава, док Пеле покушава да шире сагледа значај одговорности, апстрахујући ограничења која намећу специфичности уређења овог института у појединим гранама права и посматрајући га у контексту права као целине. Вид. Allain Pellet, „The Definition of Responsibility in International Law“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 4-5.

међународног права, на чак и општа руководећа идеја права, да свака повреда обавезе са собом повлачи дужност одштете“⁴ (подвукао аутор).

Иако је институт одговорности присутан у свим областима права, њега, у зависности од гране права у којој се конкретно испољава, нужно одликују одређене специфичности. Тако се, на пример, субјекти којима се може приписати међународна одговорност разликују од субјеката којима се може приписати прекршајна одговорност; услови искључења међународне одговорности другачији су од услова искључења кривичне одговорности; последице постојања грађанске одговорности нису исте као последице постојања кривичне одговорности, итд. Управо због тога је потребно одредити специфичности одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

Специфичности одговорности у праву страних директних улагања условљене су садејством трију околности. Прва је неједнакоправност субјеката међународног улагачког односа. У међународном улагачком односу учествују улагач, који је субјект приватног права, и држава пријемница улагања која, без обзира да ли улази у директан уговорни однос са улагачем или не, има обавезу да прихвати одређена ограничења у начину на који предузима своја јавноправна овлашћења у погледу предмета улагања и правног третмана улагача на својој територији. Друга околност је сложеност правног оквира страних директних улагања.⁵ Међународно право страних улагања је уређено

⁴ „[...] *la Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer*“. Вид. Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Decision No. 13 (Merits), 13 September 1928, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Series A – No. 17, стр. 29.

Иначе, треба напоменути да је Суд концептуализовао овај став још у одлуци број 8 о надлежности у овом случају. Вид. Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Decision No. 8 (Jurisdiction), 26 July 1927, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Series A – No. 9, стр. 21.

⁵ Напомињемо, међутим, да, сам по себи, овај аспект није специфичан само за међународно право страних улагања, већ представља општу карактеристику међународног привредног права. Тако је, на пример, међународна продаја робе регулисана сложеним системом правила који се састоји од широко међународно прихваћених супстанцијалних норми кодификованих у Конвенцији Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), прописа које су саставиле недржавне специјализоване установе, као што су INCOTERMS правила Међународне трговинске коморе у Паризу или Начела међународних трговинских уговора Међународног института за унификацију приватног права у Риму (UNIDROIT), унификованих колизионих норми (нпр. Уредба Европског парламента и Савета бр. 593/2008 о праву меродавном за уговорне обавезе – Уредба „Рим 1“), националних прописа и трговачких обичаја. Вид. у том смислу: Catherine Kessedjian, „Le Droit entre concurrence et coopération“, у: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris 2008, стр. 121.

како међународним изворима (пре свега мултилатералним и билатералним међународним уговорима), тако и унутрашњим изворима права, а велики значај у успостављању и тумачењу правила третмана страних директних улагања имају судска и арбитражна пракса. Коначно, трећи фактор који условљава специфичности режима одговорности у праву страних директних улагања је околност да је, због бројних позитивних учинака које страна директна улагања имају на привреду државе пријемнице улагања, пословање страног улагача од нарочитог значаја за државу пријемницу улагања. У складу са тим, страни улагач у држави пријемници улагања, за разлику од других категорија странаца, често ужива различите подстицаје који га стављају у повољнији положај чак и од домаћих држављана.⁶ Док је доња граница обима и круга конкретних повластица које ће улагач уживати у вези са својим улагањем у великој мери међународно унификована кроз минимални стандард третмана, горња граница ових повластица је резултат самосталне правно-политичке процене сваке државе понаособ, што за последицу може да има неуједначеност правног режима одговорности за заштиту страних директних улагања од државе до државе.

Сходно томе, општи циљ нашег истраживања биће утврђивање фактора који уобличавају одговорност државе за заштиту страних директних улагања и испитивање њиховог дејства, како би се изучавани институт правилније схватио и боље разумео. Детаљно испитивање природе и дејства одговорности државе за заштиту страних директних улагања има и велики практичан значај за нашу државу, којој подстицање страних улагања представља један од економских приоритета. Из овог општег циља проистиче и неколико конкретних задатака истраживања, а то су: давање прегледа и систематизовање извора права у области одговорности државе за заштиту страних директних улагања, утврђивање актуелних тенденција у праву страних улагања у вези са одговорношћу државе за заштиту страних директних улагања, испитивање усаглашености извора права страних улагања на снази у Републици Србији са тим

⁶ Преференцијални третман страних улагача се најчешће огледа у разним фискалним повластицама и повластицама на плану девизног промета, које домаћим држављанима нису признате. Вид. Peter Muchlinski, „Policy Issues“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 33-34. Детаљно о различитим облицима подстицаја које држава пријемница улагања нуди страном улагачу на својој територији, уместо свих, вид. Edwin Ifeanyiichukwu Nwogugu, „Legal Problems of Foreign Investments“, *RCADI* vol. 153, 1976, стр. 177-185.

тенденцијама и формулисање предлога за измене правила чија би примена могла да доведе до претераног ширења одговорности државе, односно до немогућности страног улагача да заштити своја легитимна улагачка права и интересе.

II – ПРОБЛЕМАТИКА РАДА

Окосницу проблематике којом ћемо се у овом раду бавити чине два аспекта правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања: формални и садржински.

Специфичности формалног аспекта правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања испољавају се на плану њиховог настанка и дејства. Преузимајући обавезу да штити улагања странца на својој територији, држава пријемница преузима обавезу која, без обзира да ли је заснована међународним уговором или неким унутрашњим извором права, као што би то, примера ради, био закон који уређује материју страних улагања, може да има реперкусије на међународном плану. Наиме, уколико држава повреди неко субјективно право странца на својој територији (чак и уколико је оно зајемчено унутрашњим извором права) и при том му не учини доступним механизме делотворне правне заштите, странац чије је право повређено има право да тражи дипломатску заштиту од државе чији је држављанин, чиме се спор између странца и државе коју терети да му је повредила право претвара у *међудржавни* спор између државе пријемнице улагања и државе чије држављанство има странац.⁷ Према томе, једна те иста радња државе пријемнице улагања – повреда обавезе заштите страног директног улагања – може да генерише како чисто грађанскоправну, имовинску одговорност државе пријемнице улагања (према страном улагачу чија су улагачка права повређена), тако и међународну одговорност државе пријемнице (према држави чије држављанство или националну

⁷ Класичан концепт механизма дипломатске заштите изложен је у пресуди Сталног суда међународне правде у предмету *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment*, 30 August 1924. Више о дипломатској заштити уместо свих вид. John Dugard, „Diplomatic Protection“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 1051-1071, са даљим упућивањем на релевантну литературу о овом питању. За разматрања специфичних проблема који се у данашње време јављају у вези са дипломатском заштитом страних улагача вид. Peter Muchlinski, „The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution“, у: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, стр. 341-362.

припадност има улагач или, шире гледано, према читавој међународној заједници). Испитивање описане дуалне природе одговорности државе за заштиту страних директних улагања чини први елемент проблематике којом ћемо се бавити.

Још један вид испољавања специфичности одговорности државе за заштиту страних директних улагања у формалном смислу приметан је на плану имплементације ових правила и испољава се у организацији система решавања улагачких спорова успостављаног двостраним споразумима о заштити и подстицању страних директних улагања (енг. *Bilateral Investment Treaties – BITs*). Овим споразумима се улагач по правилу овлашћује да спор против државе пријемнице улагања директно изнесе пред неку међународну арбитражу, било институционалну (Међународни центар за решавање улагачких спорова, арбитражу Међународне трговинске коморе у Паризу, Лондонски међународни арбитражни суд,...) било *ad hoc*, чак и уколико није био у директном уговорном односу са туженом државом и без потребе да претходно закључи посебан компромис са њом, јер се сматра да је држава пријемница улагања закључењем двостраног споразума о заштити и подстицању страних директних улагања унапред дала понуду свим улагачима на њеној територији који имају држављанство или националну припадност државе саговорнице да буде тужена пред споразумом уговореним форумом и одрекла се јурисдикционог имунитета. Због околности да овакав механизам решавања спорова комбинује елементе приватноправних и јавноправних арбитража, неки аутори ову врсту спорова називају „мешовитом“.⁸ Иако детаљно описивање и испитивање механизма имплементације правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања због свог обима неће бити предмет овог рада, правила о имплементацији одговорности на овом месту помињемо како бисмо додатно образложили утемељеност претпоставке о формалним специфичностима одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

Осим на формалном плану, институт одговорност државе за заштиту страних директних улагања испољава значајне посебности и у погледу свог садржаја. Да би се те специфичности испитале, потребно је најпре дефинисати факторе који одређују садржај правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Сматрамо да постоје два фактора који пресудно утичу на садржај ових правила. То су

⁸ Вид. нпр. James Crawford, „The Permanent Court of Arbitration and Mixed Arbitration“, стр. 1, доступно на веб-адреси: <www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=973>; Brigitte Stern, „Un petit pas de plus: l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre État et investisseur“, *Revue de l’arbitrage* бр. 1/2007, стр. 6.

интереси учесника улагачког подухвата и ризици којима се поводом припреме и извођења тог подухвата учесници излажу.

Страна улагања су један од кључних елемената међународне економске сарадње и глобалног привредног развоја.⁹ Настојање да се подстичу страна улагања произлази из околности да она нарочито погодују повећању укупног привредног развоја, утичу на смањење стопе незапослености, доприносе модернизацији и опоравку привреде кроз усвајање и примену нових знања и технологија.¹⁰ Према томе, међународни улагачки подухвати позитивно утичу на развој како држава увозница тако и држава извозница капитала и својим предностима спајају интересе три субјекта: самог улагача, државе чије држављанство или националну припадност он има и државе пријемнице улагања. Интерес улагача је да под што повољнијим условима улаже у економски привлачним секторима, како би његов улагачки подухват био што исплативији. Такође, интерес улагача је и да његово улагање ужива правну сигурност. Правна сигурност обухвата постојање одређеног корпуса зајемчених права која улагач има у вези са својим улагањем, правних третмана којима ће бити подвргнуто његово улагање, као и делотворних механизма заштите уколико до повреде зајемчених улагачких права ипак дође.¹¹

Овај улагачев интерес подударан је са интересом државе његовог порекла. Наиме, држава улагачевог порекла настоји да обезбеди што бољу заштиту права и интереса својих држављана и правних лица у иностранству како не би морала да троши своје ресурсе (време, новац, стручну инфраструктуру, економски или политички

⁹ Вид. у том смислу тачку 2 Преамбуле Конвенције о решавању међународних улагачких спорова (Вашингтонска конвенција) из 1965. године; Уводни извештај Конференције Уједињених нација за трговину и развој (UNCTAD), *World Investment Report – The Triad in Foreign Direct Investment*, Публикације Уједињених нација, Њујорк 1991, стр. 83, доступан на веб-страни: <http://unctad.org/en/Docs/wir1991overview_en.pdf>; тачку 2 Преамбуле нацрта Мултилатералног споразума о улагањима (Multilateral Agreement on Investments) сачињеног под окриљем Организације за економску сарадњу и развој (OECD), консолидована верзија текста из априла 1998. године, доступна на веб-страни <<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>>.

¹⁰ R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague 2005, стр. 7.

¹¹ Karl-Heinz Boeckstiegel, „Arbitration of Foreign Investment Disputes: An Introduction“, у: Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA Congress Series*, The Hague/London/Boston, 2005, стр. 126.

утицај) на пружање дипломатске заштите улагачу или друге облике ангажовања у решавању евентуалних спорова између улагача и државе пријемнице улагања.¹²

Коначно, држава пријемница улагања настоји да привуче стране улагаче и пружи им стимулативне услове пословања, како би од њихове успешне пословне активности на својој територији извучила сразмерну економску корист кроз повећање јавних прохода, смањење незапослености и модернизацију домаће индустрије.¹³

У оптималном случају, интереси три наведена субјекта су комплементарни, јер од успешног међународног улагачког подухвата све заинтересоване стране профитирају: улагач остварује предвиђену добит, а што улагач више зарађује држава пријемница улагања и држава порекла убирају више јавних прихода подвргавајући улагачев профит различитим облицима јавних давања. Међутим, овај „идеални“ поредак у стварности је помућен услед постојања ризика са којима се сусрећу учесници међународног улагачког подухвата. Ризици улагања често наводе учеснике међународног улагачког подухвата на нерационално понашање. Како то примећује француски професор Жуијар (*Juillard*), право страних улагања је створено из нужде,¹⁴ из тензије између настојања држава пријемница улагања да правно оправдају мере ограничења права страних улагача и, са друге стране, решености држава порекла улагача да онемогуће захватање држава пријемница у предмет улагања или бар да, уколико до таквог захватања ипак дође, умање штетне последице по свог држављанина – улагача.

Најширем спектру ризика изложен је улагач. Уобичајена је подела ризика улагања на комерцијалне и некомерцијалне. Комерцијални ризици представљају могућности смањења вредности улагања услед околности које се односе на саму природу пословног подухвата у који се улаже. У ову групу ризика спадају, примера ради: ризик исплативости улагања, ризик (не)испуњења обавеза улагачевих пословних партнера, ризик ликвидности, валутни ризик, итд. Некомерцијални ризици

¹² О интересима и улози државе порекла страног улагача у међународном улагачком подухвату вид. Mutchucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International 2000, стр. 7-8.

¹³ За детаљнији опис интереса учесника међународног улагачког подухвата, који се заснива на разлици економских и политичких интереса сваког од наведених субјеката, вид. Patrick Juillard, „L'évolution des sources du droit des investissements“, *RCADI* vol. 250, 1994, стр. 29-31. Уопште о интересима учесника међународног улагачког подухвата вид. М. Sornarajah, *op. cit.*, стр. 17-18.

¹⁴ „*Le droit des investissements est un droit né d'urgence*“. Р. Juillard, *op. cit.*, стр. 207.

представљају могућности смањења вредности улагања услед промене правног режима којем је то улагање подвргнуто. Ова врста ризика се манифестује као сужавање или губитак стечених права, односно повећање обавеза, улагача без његове воље. Држава пријемница улагања сусреће се са ризиком да улагач „пресели“ своје улагање ако утврди да му нека друга држава пружа повољнији улагачки амбијент. Коначно, држава порекла улагача се труди да избегне ситуацију у којој би улагач од ње тражио дипломатску заштиту или неку другу врсту интервенције у решавању улагачког спора у ситуацији када му држава пријемница улагања не би пружала ефикасне механизме заштите његових улагачких права.¹⁵

Сваки од учесника међународног улагачког подухвата се труди да смањи ризике којима је изложен. Тако се, на пример, државе пријемнице улагања труде да улагачима пруже разне подстицаје које ће их мотивисати да изаберу баш њих као одредиште свог улагања. Ти подстицаји могу да се састоје у повољностима која се тичу пословног амбијента и теже да умање комерцијалне ризике којима је улагач изложен, као што је, рецимо, прописивање ниже пореске стопе којој ће улагање бити подвргнуто,¹⁶ или, пак могу да буду оријентисани ка јачању правне сигурности улагача. Међутим, пракса показује да неумерени и неплански подстицаји пријема страних директних улагања могу да имају веома озбиљне последице по државу пријемницу улагања, тако што могу да доведу до ефективне презаштићености улагача у односу на државу пријемницу. Две карактеристичне ситуације у којима се претходно описани нежељени сценарио остварује су нарочито илустративне.

Прва ситуација, која се односи на презаштићеност улагача, јавља се услед претерано широко постављених услова заштите његовог улагања. Наиме, међународни споразуми о заштити и подстицању страних улагања понекад сувише екстензивно дефинишу сām појам страног директног улагања, чиме омогућавају да се као страном директно улагање третирају и неки облици прекограничног кретања капитала који не би потпадали под уобичајено схватање страног директног улагања какво је прихваћено

¹⁵ Детаљно о питањима ризика у међународном праву заштите страних улагања вид. уместо свих: Предраг Цветковић, *Међународно-правна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш 2005.

¹⁶ Вид. у том смислу: Kim Brooks, „Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?“, *Queen's Law Journal* бр. 34/2009, стр. 505-564, нарочито стр. 531-547.

у пракси Међународног центра за решавање улагачких спорова (енг. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: Међународни центар).¹⁷ Државе пријемнице улагања пристају на овакав уступак у уверењу да тиме пружају већу правну сигурност страним улагачима и чине се привлачнијим одредиштима за улагање. Међутим, овакав приступ може лако да доведе до нежељених последица. Широком дефинисањем појма улагања државе пријемнице улагања правно и економски неоправдано повећавају своју изложеност улагачким споровима и доводе се у опасност да буду тужене за повреду улагачких права чак и онда када, у суштинском смислу, улагања заправо није ни било. Тако се, на пример, у једном правном мишљењу из 2004. године сачињеном за потребе Секретаријата Комонвелта указује на опасност да, искоришћавајући ширину појма страног директног улагања у неким двостраним споразумима о заштити и подстицању страних директних улагања где се као једна од страна појављују неке од чланица Комонвелта, улагачке спорове покрену, на пример, неуспешни понудиоци на тендерима (они чије понуде нису биле прихваћене јер су биле неповољније од конкурентних понуда) тако што ће заступати став да трошкови које су поднели поводом учешћа на јавном позиву за прикупљање понуда представљају њихово улагање.¹⁸

У другој типичној ситуацији у којој долази до померања равнотеже права и обавеза улагача и државе пријемнице улагања и презаштићености улагача, држава пријемница улагања усваја одредбе чији је циљ повећање привлачности улагачког амбијента, али те одредбе нису усклађене са осталим одредбама права меродавног за улагање па у пракси доводе до рађања противречности у правном режиму којем је улагање подвргнуто. Такав је, примера ради, случај са тзв. стабилизационом обавезом у погледу улагања која се остварују кроз јавно-приватно партнерство у српском праву. Наиме, члан 84 став 3 Устава Србије¹⁹ и члан 9 став 2 Закона о страним улагањима²⁰ садрже тзв. клаузулу замрзавања којом се предвиђа да стечена улагачка права не могу

¹⁷ Различитим приступима теорије, судске и арбитражне праксе, међународних уговора и националних закона дефинисању појма страног директног улагања ћемо се детаљније бавити у Глави III овог рада.

¹⁸ Thomas Roe, „Arbitration under the ICSID Convention: Claims by Unsuccessful Tenderers for Public Works Contracts as Investment Disputes“, *Commonwealth Law Bulletin* бр. 30/2004, стр. 795-802, нарочито стр. 800-802.

¹⁹ *Службени гласник РС* бр. 98/2006.

²⁰ *Службени лист СРЈ* бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља.

бити умањена накнадном изменом закона. Са друге стране, члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама²¹ садржи својеврсну (али не и типичну) клаузулу поновног преговарања којом приватног (и јавног) партнера овлашћује да у случају промене прописа након закључења јавног уговора којом се погоршава положај приватног (или јавног) партнера приступи поновном преговарању у циљу измена уговора. Уговор се може изменити без ограничења, а у обиму који је неопходан да се приватни (односно јавни) партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора. Иако се ниједан спор против наше земље поводом кршења стабилизационе обавезе још није јавио, плашимо се да коегзистенција клаузуле замрзавања и клаузуле поновног преговарања у српском праву може да делује дестимулишуће по преговарачки амбијент приватног и јавног партнера у случају да до поновног преговарања одредаба јавног уговора дође. Клаузуле замрзавања штите улагача од ерозије његових улагачких права дејством нових прописа, чиме он губи мотив да конструктивно приступи преговорима. Све и ако преговори не донесу обострано жељени резултат, улагач, због клаузуле замрзавања, остаје у дотадашњем правном режиму па није суочен са потенцијалним губитком као мотивационим фактором за брзо и ефикасно преуређење односа са државом.²²

Са друге стране, једнако је нежељена ситуација у којој држава пријемница улагања покушава да искористи правне празнине у правилима која се односе на њену одговорност за заштиту страних директних улагања и прибегава различитим ограничењима права страних улагача на својој територији у покушају да оствари одређени политички или економски циљ или прибави краткорочну или дугорочну добит већу од оне које би јој страни улагање у уобичајеном току ствари доносило. Историјски чувени примери оваквих ситуација били у спорови који су довели до тзв. северноафричких и блискоисточних „нафтних“ арбитража седамдесетих и осамдесетих година XX века. У новије време, екстремни облик наведеног сценарија могуће је видети у серији национализација страних директних улагања у Боливији. Наиме,

²¹ *Службени гласник РС* бр. 88/2011.

²² Више о овоме вид. Марко Јовановић, „Осврт на стабилизациону клаузулу у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама“, *Право и привреда* бр. 4-6/2012, стр. 658-672. За аргументацију о клаузули замрзавања као поспешујућем фактору за преуређење модалитета правног односа између улагача и државе вид. Александар Ћирић, Предраг Цветковић, „Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора“, *Право и привреда* бр. 5-8/2005, стр. 724.

боливијски председник је још 1. маја 2006. године потписао декрет којим се национализују компаније за експлоатацију нафте у земљи, у којима су уделе имали шпански, бразилски, француски и британски улагачи, а истог дана су оружане снаге запоселе најмање 56 постројења бразилског Петробраса и шпанског Репсола.²³ Скоро годину дана касније, 2. маја 2007, Боливија је иступила из Вашингтонске конвенције,²⁴ чиме је практично страним улагачима онемогућила да је туже пред јединим специјализованим међународним форумом за решавање улагачких спорова чије су одлуке директно извршне, без потребе претходног признања, што би иначе био случај са одлукама *ad hoc* или неких других институционалних арбитража.²⁵ Након тога је уследио нови талас национализација углавном у енергетском сектору, а почетком 2013. године национализована су и шпанска улагања у компанију за управљање аеродромима.

У светлу изложене проблематике, теза коју ћемо бранити је да институт одговорности државе за заштиту страних директних улагања испољава значајне посебности у односу на опште одлике института одговорности како у међународном тако и у грађанском праву и да, због специфичности природе интереса чије задовољење овај институт треба да координише, правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања треба да буду формулисана тако да наведене интересе доводе у равнотежу, у исто време одвраћајући сваког учесника међународног улагачког подухвата од понашања којим би се наносила штета другим учесницима.

²³ Sidney Weintraub, „Bolivia's Natural Gas Nationalization“, *Issues in International Political Economy* бр. 77/2006, стр. 1-2.

²⁴ Боливија је, иначе, била прва држава која је искористила право на повлачење из Вашингтонске конвенције, предвиђено чланом 71 Конвенције. Изјава о повлачењу је дата 2. маја 2007. године, а ступила на снагу пола године касније, 3. новембра 2007. године. Више о томе вид. <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3>>.

²⁵ Детаљно о правним последицама повлачења Боливије из Вашингтонске конвенције вид. Christian Tietje, Karsten Nowrot, Clemens Wackernagel, „Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID“, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, March 2008, доступно на: <www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Hef74.pdf>.

III - ОПРАВДАНОСТ ТЕМЕ ИСТРАЖИВАЊА

Значај истраживања проблема одговорности државе за заштиту страних директних улагања у првом реду произлази из околности да страна директна улагања представљају важан фактор економске политике како за државе увознице капитала тако и за државе које капитал извозе.²⁶ Иако је, због почетка светске економске кризе крајем 2008. године, у току 2009. године дошло до наглог пада вредности страних директних улагања на глобалном нивоу,²⁷ вредност страних директних улагања још увек није занемарљива. Тако је, на пример, укупна вредност директних улагања из држава чланица Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД), традиционалног извозника капитала, у 2011. години износила 1.263 милијарде америчких долара.²⁸ Са друге стране, вредност страних директних улагања у Кину, која је у прва два тромесечја 2012. године била први светски увозник капитала, за првих шест месеци 2012. године износила је 118 милијарди долара.²⁹

Премда је Република Србија са приливом страних директних улагања у вредности од 2.142 милиона долара у 2011. години³⁰ далеко од водећих актера на светском тржишту страних директних улагања, страна директна улагања свеједно имају велики значај за нашу привреду. Наиме, због ниске вредности бруто друштвеног производа у Србији и велике задужености наше земље, страна директна улагања су препозната као једно од најмоћнијих средстава за смањење спољног дуга.³¹ Зато не чуди што је подстицање страних директних улагања и побољшање инвестиционог

²⁶ Детаљније о улози страних директних улагања у новом међународном економском поретку, вид. José Enrique Alvarez, „The Public International Law Regime Governing International Investment“, *RCADI* vol. 344, 2009, стр. 205-211.

²⁷ Вид. статистику кретања вредности страних директних у периоду 2007-2011 коју је саставио ОЕСД и која је доступна на: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/finance-and-investment/oecd-international-direct-investment-statistics-2012/foreign-direct-investment-flows-us-dollars_9789264185722-table1-en>. Статистика показује да је укупна вредност извезених страних директних улагања на светском нивоу у 2008. години износила 1.907.256 милиона долара, док је та вредност у 2009. години пала на 1.125.654 милиона долара, што представља смањење од скоро 41%.

²⁸ Извештај ОЕСД-а „FDI in Figures – October 2012“, стр. 1, доступан на веб-адреси: <<http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/FDI%20in%20figures.pdf>>.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Наведено према подацима доступним на сајту Привредне коморе Србије, <<http://www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx?id=801&p=0&>>.

³¹ Публикација Народне банке Србије: „Упоредни преглед међународне инвестиционе позиције Србије и земаља у окружењу“, август 2012, стр. 3-4, доступно на <www.nbs.rs>.

амбијента постављено као приоритетан задатак у стратегијама привредног и индустријског развоја Републике Србије.³²

Међутим, са порастом прилива страних директних улагања расте и могућност избијања спорова између улагача и државе пријемнице улагања. Тако је, на пример, у последњих десет година само пред Међународним центром годишње просечно покретано око 25 поступака за решавање улагачких спорова, при чему их је у 2011. години започето чак 38, а до 30. јуна 2012. године 21.³³ Наравно, то није и укупан број поступака покренутих у свету у посматраном периоду, јер Међународни центар није једини форум за решавање улагачких спорова. У условима пораста броја инвестиционих спорова, од изузетне је важности да правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања буду пажљиво формулисана и не доводе ни до презаштићености улагача ни до недодирљивости државе пријемнице улагања. Да би се тај циљ остварио, постоји велика практична потреба за критичким сагледавањем постојећих правила о одговорности за заштиту страних директних улагања и идентификовањем аспеката у којима је потребно учинити додатне напоре како би се дошло до ефикаснијег и одрживијег правног режима овог института.

У поређењу са државама у региону, Србија је међу онима које су се ређе појављивале као тужена страна у споровима вођеним поводом повреда права страних улагача.³⁴ Од четири инвестиционе арбитраже, три су до сада окончане, од чега две мериторном одлуком.³⁵ Ипак, сасвим је извесно да се број инвестиционих спорова против наше државе неће зауставити на садашњем стању. Зато постоји велики практичан значај да се правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања благовремено подвргну детаљном истраживању. Ово је у складу и са растућим интересовањем наше правне теорије за различита питања међународног права страних

³² Вид. у том смислу нарочито Стратегију подстицања и развоја страних улагања (*Службени гласник РС* бр. 22/2006) и Стратегију и политику развоја индустрије Републике Србије од 2011. до 2020. године (*Службени гласник РС* бр. 55/2011).

³³ The ICSID Caseload – Statistics, Issue 2012-2, стр. 7, доступно на: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>>.

³⁴ Само пред Међународним центром, против Албаније је до 1. јануара 2013. године покренуто пет поступака, а против Румуније и Мађарске по девет.

³⁵ X v. Serbia, Award, 23 September 2009; Y v. Serbia, Award, 17 March 2010; Club Hotel Loutraki S.A. and Casinos Austria International Holding GmbH v. Serbia, ICSID Case No. ARB/11/4, Procedural Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceedings, 18 January 2012; UAB „ARVI“ and UAB „SANITEX“ v. Serbia, ICSID Case No. ARB/09/21, pending.

улагања. У последњој деценији, различитим проблемима из ове области су се бавиле две запажене докторске дисертације,³⁶ једна од редовних регионалних годишњих конференција из међународног приватног права била је посвећена питању заштите страних улагача,³⁷ два годишња сусрета Удружења правника у привреди Србије су била посвећена питањима заштите улагача,³⁸ објављено је једно значајно монографско дело општег карактера,³⁹ као и бројни научни чланци. Па ипак, проблем одговорности државе за заштиту страних директних улагања у правној литератури на нашем језику још увек није привукао одговарајућу научну пажњу. Овај рад би требало да попуни ту празнину и помогне у бољем разумевању различитих аспеката проблема одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

IV - ХИПОТЕЗЕ, МЕТОДОЛОГИЈА И ПЛАН РАДА

Из приказа проблематике питања одговорности државе за заштиту страних директних улагања проистичу основне хипотезе које ће у овом раду бити испитиване.

Прва хипотеза, на којој се заснива целокупно истраживање, је да одговорност државе за заштиту страних улагања испољава значајне посебности у односу на институт одговорности како у општем међународном јавном праву, тако и у грађанском праву. Ова хипотеза проистиче из околности да је међународни улагачки подухват трипартитни однос неједнакоправних субјеката (субјекта приватног права – страног улагача и субјекта јавног права – државе пријемнице улагања и државе порекла страног улагача). Сходно томе, намеће се потреба испитивања природе правног режима одговорности државе за заштиту страних директних улагања како би се утврдило да ли и у којој мери специфичности правне природе међународног

³⁶ Предраг Цветковић, *Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш 2005; Петар Ђундић, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Нови Сад 2010.

³⁷ Вид. Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора – зборник радова са V конференције о међународном приватном праву одржане 18-20. октобра 2007. у Бечићима*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2008.

³⁸ Основна тема XI годишњег сусрета 2002. године била је „Нови прописи и заштита инвеститора“ (вид. *Право и привреда* бр. 5-8/2002), а тема XVI годишњег сусрета 2007. године била је „Право и заштита инвеститора“ (вид. *Право и привреда* бр. 5-8/2007).

³⁹ Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд 2007.

улагачког подухвата утичу на правну природу института одговорности државе у међународном праву заштите страних улагања.

Друга хипотеза је да је правни режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања само делимично унификован на глобалном нивоу и да државе појединачно, у својим билатералним и мултилатералним међународним односима, још увек имају велики утицај на уобличавање тог режима.

Трећа хипотеза је да остваривање економских циљева страних директних улагања може да се постигне само ако су правила о одговорности државе за заштиту страних улагања формулисана тако да остварују баланс између легитимних интереса свих учесника међународног улагачког подухвата: страног улагача, државе чију припадност он има и државе пријемнице улагања. Ова хипотеза проистиче из става да само уколико успевају да ефикасно помире и јавноправне и приватноправне интересе који прате један међународни улагачки подухват, правила о одговорности државе за заштиту страних улагања могу да допринесу да улагачки подухват буде сврсисходан и исплатив и за улагача и за државу пријемницу улагања. То конкретно значи да треба испитати да ли правила о одговорности државе за заштиту страних улагања стоје између две „црвене линије“: недодирљивости државе и презаштићености улагача. С једне стране, правила о одговорности државе не смеју да буду постављена толико ригорозно да не омогућавају улагачу да накнади штету онда када је држава нелегитимно интервенисала у његова улагачка права. С друге стране, међутим, правила о одговорности не смеју ни да државу учине претерано „рањивом“ у односу на стране улагаче тиме што ће неоправдано ширити круг ситуација у којима ће се држава сматрати одговорном и на случајеве када друга страна нема улагачке већ фразулозне намере.

Коначно, четврта хипотеза односи се на режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања у изворима права који обавезују Републику Србију и гласи да тренутно важећа правила на том пољу не гарантују увек потребни баланс легитимних интереса, па их зато треба допунити, односно изменити. Ова хипотеза биће проверена тако што ће се детаљно анализирати правила која регулишу одговорност Републике Србије за заштиту страних директних улагања на њеној територији како би се испитала њихова „имуност“ на најчешће проблеме у вези са институтом одговорности државе за заштиту страних директних улагања који су уочени у пракси

форумā за решавање улагачких спорова и доктрини. Уколико таква анализа потврди наведену претпоставку, биће логично и нужно приступити креативном задатку дисертације – формулацији предлога за побољшавање тренутно важећих правила у области одговорности државе за заштиту страних улагања.

Имајући у виду сложеност и домашāj предложене теме, у циљу израде докторске тезе биће примењено неколико метода истраживања. Коришћење већег броја метода неопходно је ради прецизног препознавања теоретских и практичних проблема у вези са предметом тезе, свеобухватне анализе могућих решења и ваљане аргументације закључака истраживања. Методи који ће се користити начелно могу да се поделе у три групе: теоријски, технички и логички.

Теоријски методи биће коришћени за представљање и систематизацију постојећих научних знања у области одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Међу њима од нарочитог значаја ће бити: *историјскоправни* (који треба да омогући сагледавање историјског развоја инситута одговорности државе за заштиту страних директних улагања и тиме створи основ за утврђивање општих тенденција даљег развоја овог инситута) и *функционални* метод (који треба да помогне у схватању и објашњавању сврхе и улоге правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања).

Основни технички методи који ће бити коришћени за прикупљање грађе и података који ће бити коришћени за испитивање постављених хипотеза и извођење одговарајућих закључака су: *позитивноправни метод* (помоћу кога ће се обрађивати правила о одговорности државе у изворима права који обавезују Републику Србију), *упоредноправни метод* (помоћу кога ће се представљати и упоређивати главни *типови* нормативних решења у области одговорности државе за заштиту страних улагања како би се установило који тип решења је правно најутемељенији и најбоље прилагођен правно-економским специфичностима међународног инвестиционог односа) и *мултидисциплинарни метод* (који ће омогућити испитивање сврсисходности и прилагођености правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања економским и друштвеним циљевима међународног улагачког подухвата).

Конечно, логички методи примениће се за научну обраду коришћене грађе и омогућиће извођење општег и посебних закључака. У том смислу користиће се: *дедукција*, *индукција* и *аналогија*. Наиме, у дисертацији ће се често тежити ка

утврђивању општих карактеристика и принципа из мноштва појединачних решења (индуктивни метод). Сврха овог метода биће објашњавање обухвата института одговорности државе за заштиту страних улагања. Дисертацију ће подједнако одликовати и коришћење дедуктивног приступа, јер се целокупна материја одговорности државе покушава објаснити и из упоредноправног угла. Коначно, упоредноправни угао истраживања института одговорности државе за заштиту страних директних улагања условљава и примену аналогије, као још једног од логичких метода обраде научне грађе.

Аналитички приступ предмету истраживања условљава структуру рада који ће се састојати из шест тематских поглавља у којима ће се, редом, ближе испитивати: појам одговорности државе у праву страних улагања (**глава I**), меродавно право за одговорност државе за заштиту страних директних улагања (**глава II**), страно директно улагање као објекат заштите (**глава III**), елементи одговорности државе за заштиту страних директних улагања (**глава IV**), основи искључења одговорности (**глава V**) и последице постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања (**глава VI**). Резултати спроведених истраживања биће сумирани у закључним разматрањима.

ГЛАВА I

ПОЈАМ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Максима по којој се одговорност јавља свугде где има права – *ubi ius, ibi responsabilitas* – била је позната још римским правницима.⁴⁰ Институт одговорности је, дакле, иманентан свакој правилима уређеној заједници. Међутим, у зависности од облика заједнице (заједница држава или заједница људи) и од врсте правила којима је заједница уређена (правила грађанског, кривичног, међународног права), институт одговорности испољава одређене посебности. Зато је, на самом почетку овог рада, потребно дефинисати појам одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Да бисмо то учинили, поћи ћемо од опште дефиниције појма правне одговорности како бисмо тиме обезбедили подлогу на којој ћемо анализирати посебности које институт одговорности показује у праву страних улагања.

Сасвим очекивано, имајући у виду да се ради о веома значајном и свепрожимајућем правном институту, општи појам одговорности није нимало лако дефинисати. Трудећи се да систематизује постојећа размишљања о овом питању, француски професор Дипуи (*Dupuy*) је уочио три групе дефиниција.⁴¹ У прву групу је убројао оне ауторе који одговорност виде као последицу повреде обавезе и инсистирају на недозвољености чињења или пропуштања које рађа одговорност; у другу групу сврстао је теоретичаре који одговорност дефинишу у односу на садржај и природу обавезе коју ствара и одређују је као обавезу накнаде штете учињене радњом која се може приписати одговорном лицу; коначно, у трећу групу мишљења професор Дипуи издваја оне ауторе који деле гледиште Хименеса де Аречаге (*Jimenez de Aréchaga*), по

⁴⁰ Наведено према А. Pellet, *op. cit.*, стр. 4.

⁴¹ Pierre-Marie Dupuy, „Le fait générateur de la réponsabilité internationale des États“, *RCADI* vol. 188, 1984, стр. 25.

коме одговорност представља нову правну везу између учиниоца радње која рађа одговорност и неког другог субјекта права – оштећеног.⁴²

Сматрамо да се изложени приступи дефинисању појма одговорности међусобно не искључују, већ их је могуће у извесној мери синтетисати. У светлу опредељујућих елемената на које указују изложене дефиниције, одговорност би се на општи начин могла одредити као услов за успостављање обавезе правног субјекта коме се може приписати одређено недозвољено чињење или пропуштање да изврши или трпи унапред предвиђену чинидбу, при чему су елементи и модалитети успостављања такве обавезе и њен садржај примерени врсти и значају повређеног добра или правног интереса.⁴³

Проблему дефинисања појма одговорности државе за заштиту страних директних улагања ћемо приступити из угла једне од наших основних хипотеза, по којој институт одговорности у међународном праву страних улагања испољава значајне посебности у односу на институт одговорности у општем међународном праву. У том циљу, полазећи од напред изложене опште дефиниције, у овој Глави ћемо испитати специфичности формалног (II) и материјалног (III) одређења појма одговорности у међународном праву страних улагања да бисмо онда, синтетишући резултате истраживања (IV), покушали да дефинишемо појам одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

II - ФОРМАЛНО ОДРЕЂЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

У формалне аспекте одређења појма одговорности државе за заштиту страних директних улагања спадају питања субјектата одговорности (1.) и правне природе правила којима је та одговорност уређена (2.).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Изложена дефиниција се у највећој мери ослања на општу дефиницију одговорности професора Слободана Перовића, према коме је одговорност: „установа правне, моралне и сваке друге цивилизације, која настаје повредом одговарајућег правила понашања коју прате унапред установљене санкције, а чији су услови и садржина примерени природи и врсти повређеног добра“. Вид. Слободан Перовић, „Природно право и одговорност“, *Правни живот* бр. 9/2011, стр. 35. Наведена дефиниција је модификована схватањем о недозвољеним радњама и пропуштањима као окидачу одговорности, на чему је инсистирао чувени италијански правник Роберто Аго (вид. у том смислу: Roberto Ago, „Le délit international“, *RCADI* vol. 68, 1939, стр. 532-533) и правним интересима као заштитном објекту, што је схватање британског професора Браунлија (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 435).

1. Субјекти одговорности

Одређивање круга субјеката одговорности за заштиту страних директних улагања треба да одговори на питања ко је носилац те одговорности и према коме је та одговорност усмерена, тј. у односу на кога ће се успоставити нова обавеза за случај да примарна обавеза заштите буде повређена.

Носилац одговорности за заштиту страних директних улагања је, по природи ствари, држава пријемница улагања. Државе у међународним привредним односима уопште, па тако и у међународним улагачким подухватима, учествују у два својства: као непосредни учесници (уговорне стране) у пословима међународног привредног права, када наступају у приватноправном својству (*ex iure gestionis*), и као вршиоци оригинерне или деривативне регулаторне функције, тј. као творци и спроводиоци правила међународног привредног права, када наступају у свом јавноправном својству (*ex iure imperii*).⁴⁴ Одговорност за заштиту страних директних улагања може да се припише само држави која делује у својству *ex iure imperii*. Када држава пријемница улагања директно закључује уговор са страним улагачем, иступајући као давалац концесије, јавни партнер у јавно-приватном партнерству, продавац у поступку приватизације и сл., она поред својих јавноправних прерогатива има и класичну обавезу облигационог права да своје уговорне обавезе испуни савесно. У случају грађанскоправне одговорности државе у неком улагачком подухвату унапред је познато лице према коме та одговорност може да се успостави (успоставља се према сауговорачу државе у конкретном улагачком послу), а услов за јављање одговорности је неиспуњење или неуредно испуњење уговором преузете обавезе.

Са друге стране, одговорност државе за заштиту страних директних улагања је по свом предмету много шира – она се успоставља у односу на сваки пословни подухват на њеној територији који се може оквалификовати као страно директно улагање, без обзира на постојање директног уговорног односа између улагача и државе пријемнице.⁴⁵ Исто тако, шире је постављен и услов за успостављање одговорности:

⁴⁴ Више о улози државе у међународном привредном праву вид. Владимир Стојиљковић, „Држава као субјект међународног привредног права“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 833-839; Александар Ђирић, „Традиционална и савремена улога државе као субјекта међународних трговинских односа“, *Право и привреда* бр. 4-6/2013, стр. 432-447.

⁴⁵ Више о страном директном улагању као заштитном објекту вид. Главу III овог рада.

она се „активира“ у случају да држава пријемница повреди неко заштићено улагачко право дејством органа чије јој се радње могу приписати, или у случају да пропусти да примени дужну пажњу како би спречила повреду заштићених улагачких права до које би дошло услед противправног понашања приватних лица на њеној територији.⁴⁶ Одговорност за заштиту страних директних улагања се, дакле, за разлику од грађанскоправне одговорности државе као директног учесника међународног улагачког подухвата, успоставља у случају повреде њене *јавноправне*, а не приватноправне обавезе. Наиме, и дужност уздржавања од непосредне повреде заштићених улагачких права као и дужност спречавања да до тих повреда дође радњама и пропуштањима трећих лица везују се за регулаторну функцију државе – првонаведена дужност терети државу и као ствараоца и као примењивача прописа, док је другонаведена оптерећује само у својству примењивача прописа. Обе дужности, међутим, представљају прерогативе државног суверенитета и захтевају употребу државног империјума приликом њиховог испуњавања.

Дакле, у погледу свог носиоца, одговорност за заштиту страних директних улагања ни по чему не одудара од класичне опште међународне одговорности државе – обавезани субјект је држава која иступа у својству носиоца империјума, а одговорност се успоставља у случају повреде обавезе која је јавноправне природе. Међутим, нарочито занимљиво питање у контексту одређења субјеката одговорности за заштиту страних директних улагања је питање *према коме* се држава пријемница обавезује да ће штитити страна директна улагања. Управо је ово једна од тачака која, по нашем схватању, потврђује тезу о специфичној природи одговорности за заштиту страних директних улагања.

Питањем идентификације „повериоца“ обавезе заштите страног директног улагања детаљно се бавио професор Даглас (*Douglas*).⁴⁷ Он је издвојио два могућа приступа овом проблему. Према једном приступу, повериоци обавезе заштите страних директних улагања су сами улагачи, што је професор Даглас назвао теоријом непосредних права (енг. *direct rights theory*). Према другом приступу, повериоци обавезе заштите страних директних улагања су државе чију припадност имају улагачи.

⁴⁶ Rudolph Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford 2012, стр. 226.

⁴⁷ Zachary Douglas, „Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration“, *BYIL* бр. 1/2003, стр. 151-289.

Државе могу да се одрекну *свог* овлашћења да принудно штите улагачка права својих држављана, односно правних лица, у корист непосредно оштећених улагача, па је зато овај приступ назван теоријом изведених права (енг. *derivative rights theory*). Опредељујући се између ова два приступа, професор Даглас сматра убедљивијом теорију директних права јер, по његовом схватању, повреда међународног уговора о заштити улагачких права не вређа интересе државе чију националну припадност има улагач, већ интересе самог улагача па је, према томе, оправдано да активно легитимисана страна у поступку принудне заштите права буде улагач а не држава његовог порекла.⁴⁸ Овом схватању се изриче замерка да је логички тешко замислити ситуацију у којој једна страна у *међународном* споразуму о заштити страних улагања (држава пријемница улагања) крши обавезе предвиђене тим споразумом, а да то кршење никако не вређа интересе друге уговорне стране (државе чију националну припадност има страни улагач).⁴⁹ Круг повређених интереса државе чију националну припадност има улагач и природа њихове повреде су можда другачији од повређених интереса страног улагача и облика њихове повреде, али из тога не треба закључити да су интереси државе чију националну припадност има улагач ирелевантни у случају повреде међународним споразумом заштићених улагачких права.⁵⁰

Питање утврђивања повериоца обавезе заштите страног директног улагања нема само теоријски интерес. О практичном значају идентификације субјекта према коме је одговорност за заштиту страних директних улагања усмерена упечатљиво сведочи дуготрајни спор између Канаде и САД у вези са трговином дрвном грађом. Спор је избио раних осамдесетих година XX века због државне помоћи коју је Канада одобравала домаћим произвођачима дрвне грађе, а за коју су амерички произвођачи и трговци сматрали да крши одредбе Општег споразума о царинама и трговини и Северноамеричког споразума о слободној трговини, па су САД предузеле трговинске противмере предвиђене америчким правом. Због овог спора вођено је неколико арбитражних поступака између канадских улагача у области дрвне индустрије и

⁴⁸ *Ibid.*, стр. 190-191.

⁴⁹ Martins Paparinskis, „Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility“, *EJIL* бр. 2/2013, стр. 641.

⁵⁰ *Ibidem*.

САД,⁵¹ као и између Канаде и САД пред Телом за решавање спорова Светске трговинске организације⁵². Како би предупредиле даље спорове, Канада и САД су 2006. године закључиле Споразум о трговини дрвном грађом (енг. *Softwood Lumber Agreement*) којим су, између осталог, уговориле да ће се сви евентуални будући спорови о предмету Споразума између држава-потписница искључиво решавати пред Лондонским међународним арбитражним судом и да се у погледу предмета Споразума неће примењивати механизми решавања спорова предвиђени споразумима Светске трговинске организације (у погледу међудржавних трговинских спорова) ни Северноамеричког споразума о слободној трговини (у погледу спорова између улагача и држава-пријемница улагања).⁵³ Тим Споразумом су, дакле, онемогућени канадски улагачи у САД и амерички улагачи у Канади у области дрвне индустрије да своја улагања самостално штите на начин предвиђен Северноамеричким споразумом о слободној трговини, већ су обавезу заштите њихових улагачких права преузеле (односно задржале), Канада и САД.⁵⁴

Ако би одговорност за заштиту страних директних улагања представљала класични облик међународне одговорности, било би потребно да произлази из повреде међународне обавезе.⁵⁵ Али, према уобичајеном схватању, међународна обавеза чији прекршај рађа међународну одговорност може да се успостави само између држава као субјеката међународног права.⁵⁶ У тој хипотези би, дакле, одговорност за заштиту страних директних улагања требало да се (искључиво) успостави између државе пријемнице улагања и државе чију припадност има улагач. Ово би било у складу и са

⁵¹ Ради се о предметима: *Canfor Corporation v. USA, Tembec et al. v. USA* и *Terminal Forest Products v. USA*, који су спојени одлуком од 7. септембра 2005. године и која је доступна на веб-адреси: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>>.

⁵² Ради се о предметима: *Softwood Lumber III* (DS 236), *Softwood Lumber IV* (DS 257), *Softwood Lumber V* (DS 264) и *Softwood Lumber VI* (DS 277).

⁵³ Вид. члан XIV Споразума, доступан на веб-адреси: <<http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105072&lang=eng>>.

⁵⁴ Детаљније о процесноправним дејствима Споразума о трговини дрвном грађом вид. Jeffrey Dunoff, „The Many Dimensions of Softwood Lumber“, *Alberta Law Review* бр. 2/2007, стр. 319-356.

⁵⁵ Вид. чл. 2(б) Правила о одговорности држава за међународно недозвољена дела.

⁵⁶ Вид. у том смислу: Georges Cohn, „La théorie de la responsabilité internationale“, *RCADI* vol. 68, 1939, стр. 211. За савремену итерацију ове идеје вид. Malcolm Shaw, *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge 2008, стр. 781.

самом концепцијом међународног јавног права, као скупа правила која уређују међусобне односе суверених субјеката права.⁵⁷

Ова „идеална“ теоријска слика је заиста и била веродостојна у првим вековима развоја механизма заштите страних улагања. Први облик ових механизма представљају међународни уговори о пријатељству, поморству и трговини. Смисао ових уговора био је, како је то приметио други председник Сједињених Америчких Држава Џон Адамс када је 1796. године потписао уговор о пријатељству са Француском, да потврде и разраде „један од најпознатијих принципа међународног права, према коме имовина странаца на територији под суверенитетом државе које је у пријатељским односима са државом чији су они поданици треба да ужива од свог домаћина сваку врсту заштите коју је он у могућности да пружи“⁵⁸. Из наведеног опажања се може закључити да је обавеза заштите имовине странаца постојала само ако су држава чију припадност има странац и држава на чијој територији тај странац има имовину биле у пријатељским односима. Статус обавезе заштите имовине странца, дакле, зависио је од политичких односа двеју држава, што даље указује на закључак да су странци и њихова имовина на извесан начин изједначавани са државом свог порекла. Према томе, држава на чијој територији се налази имовина странца се није обавезивала према власнику имовине, већ искључиво према држави његовог порекла.

Нужна последица изложеног става је била да је сваки облик имовине странаца, па тако и њихова улагања, био заштићен искључиво инструментима унутрашњег права државе пријемнице. Управо због тога је одговорност за заштиту имовине странаца, када је била испитивана у директним односима између улагача и државе пријемнице, дуго била посматрана као чисто грађанскоправна, имовинска одговорност чија је сврха накнада штете механизмима унутрашњег права.⁵⁹ О томе врло сликовито сведочи одлука у спору *Lena Goldfields* где је арбитражно веће обавезало Совјетски Савез да обештети улагача чије је улагање експроприсао темељећи своју одлуку на концепту

⁵⁷ Tai-Heng Cheng, „Power, Authority and International Investment Law“, *American University International Law Review* vol. 20, 2004-2005, стр. 481.

⁵⁸ Наведено према: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 1.

⁵⁹ Bernhard Graefrath, „Responsibility and Damages Caused: Relationship Between Responsibility and Damages“, *RCADI* vol. 185, 1984, стр. 22.

правно неоснованог богађења, а не општим принципима у погледу експропријације као међународно недозвољеног дела.⁶⁰

Интернационализација обавезе заштите имовине странаца, па тако и страних улагања, у прво време је могла да се постигне само преко механизма дипломатске заштите.⁶¹ Како је то упечатљиво објашњено у одлуци Сталног суда међународне правде у предмету *Mavrommatis*: „Отпочињући међународни судски поступак у име свог оштећеног држављанина, држава заправо испуњава своје право – право да обезбеди поштовање правила међународног права“⁶². Али, управо из околности да је један од нужних предуслова за примену института дипломатске заштите исцрпљивање средстава правне заштите у држави пријемници проистиче још једна важна особеност рудиментарног облика обавезе заштите страних улагања: она је била схватана као сложена, дводелна обавеза – као обавеза немешања државе пријемнице у имовинска права странаца и њихове заштите од мешања трећих лица под њеном јурисдикцијом **и** као обавеза чињења доступним страном улагачу ефективних механизма заштите у држави пријемници. Тек уколико оба ова сегмента не би била испуњена, интернационализација обавезе државе пријемнице је била могућа. Ово је било конзистентно са међународним карактером обавезе заштите која се остваривала путем средстава унутрашњег права. Међународна обавеза заштите се сматрала дефинитивно повређеном само уколико оба сегмента унутрашње заштите – и превентивни и поственитвни – закажу.

Описана слика је почела да се значајано мења са растом економског значаја и, сразмерно томе, утицаја страних улагача на уређење односа са државама пријемницама улагања. Наиме, у једном међународном улагачком подухвату образују се две врсте односа: однос између државе пријемнице улагања и улагача и однос између државе пријемнице улагања и државе чију националну припадност има улагач. Нема сумње да одговорност из односа државе пријемнице улагања и државе чије порекло има улагач у

⁶⁰ *Lena Goldfields v. The Soviet Union*, Award, 3 September 1930, *Cornell Law Quarterly* vol. 36, 1950, стр. 31 et seq.

⁶¹ Половином XX века као нови инструмент интернационализације односа улагача и државе пријемнице уведени су уговори о концесијама, који су отворили пут улагачима да принудно штите и остварују своја права пред међународним арбитражним судовима. Више о томе вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 232-236.

⁶² *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment, 30 August 1924, стр. 12.

сваком случају представља класичну међународну одговорност. Она се успоставља међу сувереним субјектима међународног права и јавља се поводом повреде обавеза које се тичу државног суверенитета. Али, проблеми се јављају на терену квалификације одговорности државе пријемнице улагања према улагачу.

Почевши од друге половине XX века, страни улагач своја права према држави пријемници почиње да црпи или из међународног споразума (билатералног или мултилатералног) или из једностраног јемства државе пријемнице да ће на прописани начин и у прописаном обиму штитити улагачка права.⁶³ Једнострано јемство се даје у закону о страним улагањима или у неком другом унутрашњем нормативном инструменту. То је, примера ради, био случај у предмету *Southern Pacific Properties v. Egypt*, где је Египат јемчио заштиту одређених улагачких права својим законом бр. 43 улагањима и слободним зонама из 1974. године.⁶⁴ У сваком случају, на који год начин да је нека од конкретних обавеза у погледу заштите страног директног улагања успостављена, страни улагач се у пракси појављује као примарни носилац овлашћења да захтева испуњење те обавезе.

Држава чију националну припадност има улагач се појављује само као латентни носилац овлашћења, и „ступа на сцену“ само у случају да држава пријемница улагања одбије да улагачу омогући приступ надлежном форуму за решавање улагачких спорова или уколико пропусти да изврши одлуку тог форума у предвиђеном року. Тако је, на пример, у систему решавања улагачких спорова у арбитражама Међународног центра, држава чију националну припадност има улагач обавезна да се уздржи од пружања дипломатске заштите или покретања *међународног* спора (sic!) у вези са споровима за које су се њени држављани сагласили да изнесу или су га изнели пред арбитражно веће Центра, осим ако се држава пријемница улагања није повинувала обавези учешћа у арбитражи или ако није извршила одлуку о спору коју донесе арбитражно веће ове институције.⁶⁵ Са друге стране, улагач није обавезан да исцрпи домаћа правна средства

⁶³ Thomas Wälde, „International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology“, *TDM* бр. 4/2007, стр. 3-4.

⁶⁴ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, пасус 43.

⁶⁵ Вид. чл. 27 Вашингтонске конвенције.

заштите пре него што отпочне поступак под окриљем Међународног центра,⁶⁶ што је још један аргумент у прилог тези да приватноправна страна има одлучујући утицај на интернационализацију појединих аспеката одговорности државе пријемнице за заштиту страних директних улагања.

Према томе, чак и када је одговорност за заштиту страног директног улагања формално преузета према држави чију националну припадност има улагач кроз мултилатерални или билатерални међународни споразум, држава пријемница улагања је ефективно обавезана према страном улагачу, што одговорност за заштиту страних директних улагања чини атипичним обликом међународне одговорности. У правним односима између улагача и државе пријемнице који настају на основу међународног улагачког подухвата, страни улагач се тиме „издиже“ на ниво јавноправног субјекта јер има право да од државе пријемнице директно захтева да своја регулаторна и контролна овлашћења извршава на начин прописан споразумом, а држава пријемница се „спушта“ на ниво приватноправног субјекта у погледу имплементације правила о одговорности јер по правилу пристаје на инвестициону арбитражу као један изворно и суштински приватноправни механизам решавања евентуалних улагачких спорова и одустаје од позивања на јурисдикциони имунитет и имунитет од извршења у погледу поступка решавања улагачког спора.⁶⁷ Док је страни улагач „рефлексни субјекат“ у стварању примарне обавезе (обавезе заштите страних директних улагања) која, како ћемо касније детаљно показати,⁶⁸ настаје у односима између држава као изворних субјеката међународног права али се јавља као примарни бенефицијар тих обавеза, дотле је држава чију националну припадност има улагач „рефлексни субјекат“ у сфери имплементације правила о одговорности који ће деловати само ако држава пријемница

⁶⁶ Члан 36 Вашингтонске конвенције уређује садржај захтева за покретање арбитражног поступка пред Центром и не помиње да тужилац мора да поднесе доказ о исцрпљењу правних средстава у туженој држави. Сходно члану 26 Конвенције, држава потписница може захтевати да се исцрпе локална средства као услов пристања на арбитражу, што значи да не постоји опште правило да локална правна средства морају да буду исцрпљена пре приступања арбитражи Међународног центра, већ да такав услов мора да буде посебно истакнут од државе пријемнице улагања. Вид. у том смислу: Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, стр. 7 и 388-389; Е. Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2002, стр. 289-291.

⁶⁷ О специфичностима арбитраже између државе и недржавног ентитета вид. George Rosenberg, „State as a Party to Arbitration“, *Arbitration International* бр. 4/2004, стр. 387-409.

⁶⁸ О страном улагачу као „рефлексном субјекту“ у настанку обавезе заштите страних директних улагања вид. пододелак 1.2 одељка III Главе II овог рада, а о самом садржају примарне обавезе заштите страних директних улагања вид. одељке II и III Главе IV овог рада.

не испуни своје обавезе према улагачу у погледу постојања, доступности и делотворности механизма принудне заштите улагачких права.

2. Правна природа правила о одговорности

Теорија међународног права традиционално разликује тзв. „примарна“ и „секундарна“ правила у вези са одговорношћу државе.⁶⁹ Примарна правила уређују „основну“ међународну обавезу државе, ону чијом повредом настаје одговорност. Секундарна правила уређују услове и последице постојања међународне одговорности државе. Вреди напоменути да се разликовање примарних и секундарних правила у погледу међународне одговорности државе није задржало на нивоу теоријске конструкције. Њу је прихватила и Комисија Уједињених нација за међународно право током свог рада на састављању правила о одговорности држава за међународно противправна дела и 1980. године стала на становиште да су само секундарна правила о одговорности подобна да буду унификована, па ће зато само она бити предмет њиховог рада.⁷⁰

Једна од основних општих примарних обавеза државе је да заштити права странаца на својој територији.⁷¹ Ова општа обавеза, коју су правила међународног права у почетку врло лапидарно, па самим тим и врло уопштено, уређивала, временом је еволуирала и диференцирала се, тако да данас обавеза заштите страних улагања (која је по свом предмету много ужа од обавезе заштите права странаца уопште) представља један веома сложени сплет конкретних дужности државе пријемнице улагања у погледу третмана страног улагача и његових права у вези са улагањем.⁷² Примарним правилима о одговорности државе за заштиту страних директних улагања ћемо се зато детаљно бавити у посебном делу овог рада, у коме ћемо, кроз анализу меродавног права за одговорност државе за заштиту страних улагања, показати да примарна обавеза, обавеза заштите, данас више не мора нужно да буде уређена искључиво

⁶⁹ Више о томе вид. Eric David, „Primary and Secondary Rules“ у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 27-33.

⁷⁰ Наведено према: *Ibid.*, стр. 27.

⁷¹ M. Shaw, *op. cit.*, стр. 824-825.

⁷² О развоју обавезе државе да штити имовинска права странаца на својој територији и сужавању ове опште обавезе на обавезу заштите права страних улагача вид. Kate Miles, „International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment“, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* vol. 21, 2010, стр. 3-11.

међународним правом.⁷³ На овом месту ћемо само приметити да и сама околност да примарна обавеза државе *може* да буде уређена унутрашњим правом представља аргумент у прилог тези да одговорност државе за заштиту страних директних улагања представља атипични облик међународне одговорности, јер се међународна одговорност у свом класичном виду везује за повреду обавезе установљене (искључиво) међународним правом. За потребе разматрања правне природе правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања наша пажња ће се овде задржати на анализи правне природе секундарних правила о одговорности.

Будући да се релативно брзо развија, међународно право не познаје јединствени режим секундарних правила о одговорности државе. Услови и последице одговорности државе за повреду људских права се умногоме разликују од услова и последица одговорности држава за повреду обавеза из споразумā закључених у оквиру Светске трговинске организације (која чак има и сопствени посебни механизам решавања међудржавних трговинских спорова), а они се опет значајно разликују од услова и последица одговорности државе за, рецимо, еколошку штету. Концепцијска могућност постојања посебних секундарних правила међународне одговорности препозната је и потврђена и самим Правилима о одговорности држава за међународно недозвољена дела (енг. *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*). У члану 55 Правила се тако каже да се Правила не примењују на случајеве у којима су услови за постојање међународно недозвољеног дела или садржаја или имплементације правила о међународној одговорности државе уређена посебним правилима међународног права, у мери у којој наведена посебна правила уређују такве случајеве. Сврха члана 55 Правила је да омогући да поједини аспекти међународне одговорности у посебним случајевима буду посебно уређени различитим облицима међународних уговора.⁷⁴ Ипак, чини се да широка и флексибилна формулација члана 55 дозвољава да се посебни режими одговорности успоставе и другим изворима права: међународним обичајем, општим принципима, итд.⁷⁵

⁷³ Вид. у том смислу одељак IV Главе II овог рада.

⁷⁴ Коментар уз члан 55 Правила о одговорности, пасус 5.

⁷⁵ Bruno Simma, Dirk Pulkowski, „Leges Speciales and Self-Contained Regimes“, у: James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 140.

Међународна пракса наводи на закључак да секундарна правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања представљају један веома специфичан скуп норми. Професорка Робертс (*Roberts*) тако примећује да међународно право страних улагања обележава сукоб јавноправне и приватноправне парадигме, који је нарочито приметан у случајевима када су форуми за решавање улагачких спорова прибегавали неким „неуобичајеним“ аналогијама, и као један од примера наводи да, насупрот широко прихваћеном правилу у арбитражном праву да је страна која није успела у спору дужна да успешној страни накнади трошкове поступка, један од арбитра у предмету *Thunderbird v. Mexico* изнео гледиште да је инвестициона арбитража најсличнија поступцима за заштиту људских права према Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода, у којима се од државно-учеснице у поступку очекује да сноси своје трошкове чак и када успе у спору.⁷⁶ Овом примеру можемо да додамо различиту праксу улагачких арбитража у погледу начина утврђивања одговорности државе повреде права страних улагача до којих дође повредом обавеза друштва у државној својини. Док су нека арбитражна већа у овом случају прибегавала примени Правила о одговорности,⁷⁷ јављају се и случајеви када арбитражи примењују правила компанијског права о пробијању правне личности. Тако су, на пример, у предмету *Bridas v. Turkmenistan* арбитражи применом ових правила утврдили да је држава-власница друштва за производњу и трговину нафтом одговорна за радње и пропуштања тог друштва којима су повређена улагачева права, без обзира на околност да сама држава није закључила никакав уговор са страним улагачем нити је својим правом једнострано обећала испуњење обавезе чију повреду је улагач-тужилац истицао.⁷⁸

⁷⁶ Anthea Roberts, „Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System“, *AJIL* бр. 1/2013, стр. 47-48.

⁷⁷ Више о томе вид. поделељак 1 одељка IV Главе IV овог рада.

⁷⁸ Вид. нпр. *Bridas S.A.P.I.C. v. Turkmenistan*, ICC Case No. 9058, Partial Award of 25 June 1999. У конкретном случају, Туркменистан се сматрао обавезаним на арбитражу пред Међународном трговинском комором на основу арбитражне клаузуле у споразуму о заједничком пословном подухвату који су потписали тужилац (*Bridas*) и туркменистанска компанија *Turkmenneft*, али не и држава Туркменистан. Ипак, арбитражно веће је стало на становиште да држање Туркменистана током (неуспешне) реализације споразума, а нарочито круцијална улога туркменистанских државних органа у омогућавању да се споразум о заједничком пословном подухвату испуни, дозвољавају да се закључи да је Туркменистан имао намеру да буде везан споразумом. За коментар три делимичне и коначне одлуке у овом случају вид. Timothy Nelson, „*Bridas v. Turkmenistan*“, *ASA Bulletin* бр. 3/2006, стр. 584-599; Antonias Dimolitsa, „L’extension de la clause compromissoire à des non-signataires: rien de neuf“, *ASA Bulletin* бр. 3/2012, стр. 516-538.

Уређење појединих аспеката одговорности државе за заштиту страних директних улагања показује типичне црте јавноправног, односно приватноправног режима. На пољу услова постојања одговорности, форуми за решавање улагачких спорова примењују начела приписивања садржана у Правилима о одговорности држава.⁷⁹ Али, насупрот томе, механизми имплементације правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања, уз ретке чисто јавноправне изузетке,⁸⁰ представљају једну хибридную, *sui generis* форму система решавања спорова насталу прилагођавањем принципа приватноправних, трговинских арбитража.⁸¹ У прилог ставу о доминацији приватноправних принципа у решавању спорова између улагача и државе пријемнице убедљиво говори могућност да се ови спорови решавају и према правилима иницијално створеним за трговинске арбитраже, као што су то UNCITRAL-ова правила, правила Међународне трговинске коморе у Паризу, правила Лондонског међународног арбитражног суда или правила Стокхолмске привредне коморе.⁸² Коначно, присуство приватноправних принципа веома јасно је видљиво на терену последица постојања одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

⁷⁹ Вид. у том смислу: Т.-Н. Cheng, *op. cit.*, стр. 477. Питање приписивости ће детаљније бити обрађено у делу IV Главе IV овог рада.

⁸⁰ Неки инвестициони спорови су вођени пред Међународним судом правде, као еминентно јавноправним механизмом решавања спорова: Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Judgment, 5 February 1970; Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy), Judgment, 20 July 1989.

⁸¹ Thomas Wälde, „The Specific Nature of Investment Arbitration“, у: Philippe Kahn, Thomas Wälde (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007, стр. 118; Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 65. За супротну аргументацију о инвестиционим арбитражама као јавноправном механизму решавања спорова вид. Gus Van Harten, „Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.) *The Backlash Against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Kluwer Law International 2010, стр. 434-436. За врло детаљно поређење трговинске и инвестиционе арбитраже вид. Karl-Heinz Böckstiegel, „Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?“, *Arbitration International* бр. 4/2012, стр. 577-590, као и: Giuditta Cordero Moss, „Commercial Arbitration and Investment Arbitration: Fertile Soil for False Friends?“, у: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, стр. 782-800; Alexandra Diehl, *The Core Standards of International Investments Protection*, Kluwer Law International 2012, стр. 1-8.

⁸² О могућности коришћења UNCITRAL правила у инвестиционим арбитражама вид. Vesna Lazić, „Suitability of UNCITRAL Arbitration Rules for the Settlement of Investment Disputes“, у: Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2008, стр. 11-31. О подобности правилника осталих наведених арбитражних институција да буду примењени у решавању улагачких спорова вид. August Reinisch, Loretta Malintoppi, „Methods of Dispute Resolution“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 708-709.

Улагачи који сматрају да им је држава пријемница повредила неко заштићено улагачко право по правилу траже накнаду штете у виду давања у новцу, док је спектар могућности код чисто јавноправних механизма решавања спорова далеко шири и обухвата, примера ради, различите облике сатисфакције, овлашћење оштећене државе да примени противмере, итд.

Дакле, секундарна правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања показују значајне посебности у односу на општа правила међународног права у овој области. То је неке ауторе навело да правила о одговорности државе за заштиту страних улагања назову посебним подсистемом међународне одговорности државе.⁸³ У сваком случају, ова правила представљају спој јавноправних и приватноправних принципа прилагођен природи спорова за које су намењена и, будући да по тој својој дуалној карактеристици представљају модификацију општих правила о међународној одговорности државе, могу се сматрати њиховим посебним обликом.

III - МАТЕРИЈАЛНО ОДРЕЂЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

У материјалном смислу, одговорност државе за заштиту страних директних улагања се може одредити помоћу свог основа (1.) и функције (2.).

1. Основ одговорности

Да би се одредио основ одговорности државе пријемнице у случају повреде дужности заштите страних директних улагања, потребно је утврдити правну природу обавезе која се том приликом крши (1.1), као и значај кривице (1.2) и штете (1.3) за успостављање одговорности.

1.1 Правна природа обавезе заштите страних директних улагања

Прво питање које се поставља у вези са основом одговорности државе за заштиту страних директних улагања је проблем врсте, односно природе обавезе чијим се кршењем та одговорност успоставља. Унутрашње право прави велике и значајне

⁸³ Z. Douglas, *op. cit.*, стр. 184-193.

разлике у погледу услова, садржаја и последица одговорности зависно од околности да ли нежељено понашање одговорног лица представља повреду уговора, деликт, прекршај или кривично дело.⁸⁴ У општем међународном праву таква разлика не постоји. Као што је арбитражно веће у предмету *Rainbow Warrior* закључило: „у међународном праву нема разлике између уговорне и деликтне одговорности, тако да повреда било какве међународне обавезе, на који год начин она била установљена, може да води успостављању међународне одговорности“⁸⁵.

По мишљењу професора Крофорда (*Crawford*), разлог за изједначавање облика међународне одговорности у погледу врсте међународне обавезе које је прекршена налази се у околности да, за разлику од унутрашњег права, међународно право мора да уреди велики број веома разнородних интереса, а за то има врло ограничену „апаратуру“ у погледу потенцијално доступних формалних извора права – то су заправо само међународни уговор, обичај и општи правни принципи.⁸⁶ Избор конкретног нормативног инструмента којим ће бити уређено неко питање зависи од много фактора, као што су: степен развоја дате области међународног права,⁸⁷ правна природа питања које треба да буде уређено,⁸⁸ степен усаглашености интереса водећих представника међународне заједнице и њихова заинтересованост за уједначавање правила у датој области права и сл. Добру илустрацију практичних тешкоћа и парадоксалних ситуација које прате нормативни процес у међународном праву представља управо само право страних улагања: док, с једне стране, предлог Мултилатералног споразума о страним улагањима (енг. *Multilateral Agreement on Investment*) као глобалног свеобухватног споразума у овој области никада није

⁸⁴ R. Ago, *op. cit.*, стр. 444-445.

⁸⁵ Rainbow Warrior Affair Case (New Zealand v. France), Award, 30 April 1990, пасус 75.

⁸⁶ James Crawford, „The System of International Responsibility“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 21.

⁸⁷ У стручној литератури се тако наводи да је обичај као извор права карактеристичан за рудиментарне правне системе, док су за развијене правне системе карактеристични писани извори права. Вид. у том смислу: David J. Bederman, *Custom as a Source of Law*, Cambridge University Press, New York 2010, стр. 137.

⁸⁸ Тако, на пример, статус најповлашћеније нације некој држави, по природи ствари, може да буде додељен само међународним уговором. Вид. у том смислу: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 17.

заживео,⁸⁹ међународно право страних улагања је у највећој мери уређено мрежом од неколико хиљада двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања који међусобно показују много сличности у погледу начина на који се баве најделикатнијим аспектима ове врсте међународних пословних односа.⁹⁰

Међутим, теоријски проблем у погледу утврђивања врсте примарне обавезе чијом повредом се успоставља одговорност државе пријемнице за заштиту страних директних улагања представља околност да је та примарна обавеза, како смо већ напоменули, уређена и међународним и унутрашњим правом.⁹¹ То би могло да наведе на закључак да и у погледу врсте примарне обавезе одговорност за заштиту страних директних улагања представља атипичан облик међународне одговорности. Такав закључак би, сматрамо, био само делимично тачан. По нашем мишљењу, потребно је направити разлику између *порекла* обавезе и *начина уређења садржаја* те обавезе. Уколико обавеза има порекло у неком од формалних извора међународног права, она представља међународну обавезу и њена повреда рађа међународну одговорност. У теоријски идеалном случају, међународна обавеза је и заснована и уређена међународним правом. Међутим, чак и уколико је обавеза заснована међународним а ближе уређена унутрашњим правом, она и даље остаје међународна по свом пореклу, јер је њен извор у међународном а не у унутрашњем праву. Атипичност одговорности за заштиту страних директних улагања се, према томе, огледа у околности да њен садржај може да буде ближе уређен и међународним и унутрашњим правом. Али, по свом пореклу, она је „класична“ међународна обавеза.

О међународном пореклу обавезе заштите страних улагања говори и њен историјски развој. Ова обавеза се развила из шире обавезе заштите странаца уопште.⁹² Једна од првих одлука која о говори о тзв. „минималном стандарду третмана странаца“ је одлука у предмету *Neer v. Mexico* коју је решавала Мешовита комисија за америчко-мексичка потраживања. Поступак је покренула супруга једног америчког држављанина

⁸⁹ О узроцима неуспеха овог предлога вид. Jürgen Kurtz, „NGOs, the Internet and International Policy Making: the Failure of the OECD Multilateral Agreement on Investment“, *Melbourne Journal of International Law* бр. 3/2002, стр. 213-246.

⁹⁰ Више о овом парадоксу вид. Andreas Lowenfeld, „Investment Agreements and International Law“, *Columbia Journal of Transnational Law* vol. 42, 2003, стр. 123-130.

⁹¹ Вид. одељке III и IV Главе II овог рада.

⁹² R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 3.

убијеног у Мексику. Тужила је од мексичке владе тражила накнаду због неуспеха да пронађу убицу њеног супруга. Према мишљењу Комисије, „да би третман странца представљао **међународни деликт** (у оригиналу: *international delinquency*), потребно је да се према странцу поступа на сраман, непоштен начин, да се према њему намерно занемарују дужности или да је владино деловање до те мере недовољно да би сваки разуман и непристрасан човек закључио да такво деловање не задовољава **међународне стандарде**“⁹³ (подвукао аутор). Остављајући по страни утисак да из ове одлуке провејава субјективан приступ одговорности (што је, верујемо, последица околности да је одлука донета почетком XX века, у доба када је када се објективна концепција тек стварала), усредсређујемо се и скрећемо пажњу на гледиште Комисије да постоје међународни стандарди у поступању државе према странцима и да кршење тих стандарда представља међународно недозвољено дело.

Став из спора *Neer* је еволуирао и диференцирао се у одлуци *Barcelona Traction*. Ту је Међународни суд правде стао на становиште да „[к]ада држава на своју територију прими **страна улагања** или странце, без обзира да ли су они физичка или правна лица, **дужна је** да им пружи правну заштиту и **сноси обавезе** у погледу начина на који их третира“⁹⁴ (подвукао аутор). Овде је Суд, дакле, *expressis verbis* препознао општу међународноправну обавезу заштите страних улагања. У даљем образлагању овог става, Суд је направио разлику између „међународних обавеза *erga omnes*“, где је важност повређеног интереса толика да овлашћује сваког члана међународне заједнице да стане у заштиту повређеног права и оних међународних обавеза где значај повређеног интереса оправдава иступање само оне државе која је овлашћена да пружи дипломатску заштиту.⁹⁵

Намеће се закључак да је општа обавеза заштите страних директних улагања заснована међународним правом а да заинтересоване државе могу да ближе уреде конкретне начине испуњења те обавезе, тј. њен садржај. Ипак, није могуће да државе уговоре мањи праг заштите од оног који би представљао међународни минимум.

⁹³ *Neer v. United Mexican States*, Opinion, 15 October 1926, *RIAA* vol. 4, стр. 61-62.

⁹⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*, Judgment, 5 February 1970, пасус 33.

⁹⁵ *Ibidem*.

1.2 Кривица

Постоје два могућа схватања улоге кривице као основа међународне одговорности државе: субјективно и објективно.

Субјективно схватање одговорности државе захтева кривицу државе као основне одговорности. Зачетник субјективног схватања одговорности у општем међународном јавном праву био је Хуго Гроцијус. Према њему, држава може бити одговорна само онда када је својим скривљеним понашањем проузроковала штету.⁹⁶ Озбиљна логичка препрека коју субјективна теорија мора да разреши јесте одређивање начина на који ће утврђивати субјективни став државе према својој радњи или пропуштању. У време када је Гроцијус живео и писао, то можда и није било толико компликовано колико се чини из данашње перспективе, јер се у седамнаестом веку држава често поистовећивала са личношћу свог владара.⁹⁷ Међутим, занимљиво је да је и поред великих револуција, политичких и државних преврата субјективна теорија одговорности „преживела“ све до почетка XX века. Професор Кон (*Cohn*) то објашњава дубоким и дуготрајним доктринарним утицајем римског права из којег је Гроцијус идеју кривице извео, али и недостатком системског приступа проучавању питања одговорности државе.⁹⁸

Творцем **објективне** теорије одговорности државе сматра се италијански правник Анцилоти (*Anzilotti*), који ју је први пут изложио у делу *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale* објављеном 1902. године, а разрађивао у чланцима које је накнадно објављивао. Критички приступајући субјективној теорији, Анцилоти је пошао од тезе да кривица подразумева постојање човекове воље као психолошког елемента. Према томе, ако би кривица била елемент међународне одговорности, она би морала да се испољава код лица које делује у име државе, јер држава као ентитет не може имати своју вољу у психолошком смислу, па самим тим не може ни трпети кривицу. Даље Анцилоти разматра разлоге из којих, по његовом мишљењу, кривица лица која делују у име државе представља несигуран и неподобан

⁹⁶ „Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est“. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Marbourg 1734, стр. 385, наведено према: G. Cohn, *op. cit.*, стр. 241.

⁹⁷ Подсетимо се само да се Гроцијусовом савременику, француском краљу Лују XIV приписује чувена и често цитирана изјава: „Држава, то сам ја“.

⁹⁸ G. Cohn, *op. cit.*, стр. 241.

елемент за успостављање одговорности државе и долази до закључка да међународну одговорност не ствара радња физичког лица које представља државу, већ радња саме државе, па самим тим субјективни однос физичког лица које делује у име државе није релевантан за питање међународне одговорности. Суштина објективне теорије је, дакле, у схватању да свако понашање државе које је у супротности са њеним међународним обавезама рађа њену одговорност.⁹⁹

Међутим, и објективна теорија показује одређене слабе тачке у односу на које јој се могу упутити критике. „Најслабију карику“ објективне теорије, барем на начин на који ју је Анцилоти формулисао, представља апсолутизација значаја прекршаја међународне обавезе као окидача за успостављање међународне одговорности.¹⁰⁰ Ако би се прихватило мишљење да свако понашање супротно међународној обавези рађа међународну одговорност, то би значило да извињавајуће околности као што су виша сила, стање нужде, примена дозвољених противмера и сл. немају способност да искључе одговорност државе која се, у некој од побројаних ситуација, објективно понашала супротно некој утврђеној међународној обавези. Овакав закључак би сасвим јасно био у супротности са тренутним стањем кодификације права међународне одговорности и међународном праксом у том погледу. Глава V првог поглавља Правила о одговорности у члановима 17-26 предвиђа околности које искључују противправност радњи државе и, сходно томе, не дозвољавају успостављање одговорности државе која је својим понашањем повредила своју међународну обавезу. Извињавајуће дејство неких од наведених околности је потврђено и у пракси форумā за решавање међународних улагачких спорова. Тако је, на пример, стање нужде прихваћено од арбитражних већа Међународног центра као извињавајућа околност у предметима *LG&E v. Argentina* и *Continental Casualty v. Argentina*.¹⁰¹

Као што то обично бива у ситуацијама где су теоријска мишљења поларизована, по питању улоге кривице у успостављању међународне одговорности државе су се јавила и решења „средњег пута“. Тако је, на пример, италијански интернационалиста Аранђо-Руиз (*Arangio-Ruiz*), специјални извештач Комисије УН за међународно

⁹⁹ Наведено према: Pierre-Marie Dupuy, „Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States“, *EJIL* бр. 3/1992, стр. 139-148.

¹⁰⁰ У том смислу, са нешто другачијом аргументацијом, и: R. Ago, *op. cit.*, стр. 434.

¹⁰¹ Више о томе вид. у Глави V овог рада.

право за питања одговорности државе у периоду 1985-1996, у свом другом извештају Комисији предложио давање значаја кривици одговорне државе на терену одређивања начина и висине накнаде штете.¹⁰² Ипак, овај предлог није наишао на одобравање чланова Комисије, тако да се данас важећа верзија Правила о одговорности заснива на строгом објективном концепту међународне одговорности.¹⁰³ Према члану 12 Правила, сматраће се да је држава повредила своју међународну обавезу онда када се није понашала на начин на који јој је то налагала примарна обавеза у питању, без обзира на порекло или карактер радње којом је та обавеза повређена. Кривица је, дакле, сасвим јасно искључена из појма одговорности државе. Једино место на коме Правила субјективни елемент чине релевантним је члан 39, који уређује последице доприноса оштећеног штети која му је нанета. Према тој одредби, приликом одређивања накнаде за кршење међународне обавезе водиће се рачуна о доприносу штети који су оштећена држава, лице или ентитет учинили својом намерном или непажљивом радњом или пропустом. Дакле, да би субјективни елемент био релевантан, он мора да се испољи на страни *оштећене* а не одговорне државе, и то само у ситуацији када је оштећена држава допринела кршењу међународне обавезе.¹⁰⁴

Резимирајући изложене теоријске и практичне приступе питању значаја кривице за схватање основа међународне одговорности, закључујемо да ни у погледу одговорности државе за заштиту страних директних улагања нема разлога за одступање од данас доминантног објективног приступа основима одговорности државе. Евентуално прихватање кривице као елемента одговорности државе би неразумно отежало положај страног улагача у случају да му је неко заштићено право повређено. Улагач би тада, да би доказао одговорност државе пријемнице за повреду права, морао да, између осталог, докаже да је поступање државе у конкретном случају било скривљено. У ситуацији када је улагачу причињена штета услед примене неког општег правног акта државе пријемнице, нпр. неког закона релевантног за материју

¹⁰² Gaetano Arangio-Ruiz, „Second Report on State Responsibility“, Document No. A/CN.4/425 & Corr. 1 and Add. 1 & Corr. 1, *Yearbook of the International Law Commission* vol. II(1), 1989, стр. 47-56.

¹⁰³ За детаљније образложење вид. Brigitte Stern, „The Elements of an Internationally Wrongful Act“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 209-210.

¹⁰⁴ Детаљно о различитим приступима значају кривице у контексту утврђивања међународне одговорности држава, вид. Andrea Gattini, „La notion de faute à la lumière du projet de la convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale“, *EJIL* бр. 3/1992, стр. 253-284.

страних улагања, сматрамо да би доказивање кривице државе било практично неизводљиво, јер би улагач тада морао да докаже да је при доношењу или примени спорног акта држава поступала с намером да га оштети, или са грубом непажњом. Такође, поставило би се и тешко решиво питање у односу на ког од учесника у поступку доношења и примене закона треба утврђивати кривицу: предлагача, парламентарног законодавног одбора, чланова парламента који су чинили већину потребну за усвајање закона, шефа државе који је прогласио закон,...

Према томе, слободније преведећи Агоов термин „*délit international*“, сматрамо да је основ одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања *међународно недозвољено дело* којим се наведена обавеза вређа.¹⁰⁵ Да би се држава сматрала одговорном за повреду обавезе заштите потребно је да се стекну четири услова: 1) да постоји дело (чињење или пропуштање); 2) да се то дело може приписати држави пријемници улагања; 3) да се тим делом крши обавеза заштите страних директних улагања на територији државе пријемнице, и 4) да не постоје међународно прихваћене извињавајуће околности које би искључиле одговорност државе пријемнице у конкретном случају.

1.3 Штета

Пошто смо одредили питање порекла обавезе заштите страних директних улагања и значаја кривице за конституисање одговорности, остаје нам да се окренемо последњем питању које се односи на основ одговорности у случају кршења наведене обавезе, а то је питање значаја штете за успостављање одговорности. У том смислу, најпре треба приметити да модерно међународно право стоји на становишту да штета

¹⁰⁵ У преводу термина смо избегли коришћење термина „деликт“ да бисмо спречили повлачење паралела (и отуда прављење забуна) са грађанскоправним деликтима. Такође, одлучили смо да не користимо ни очекивани и често употребљавани термин „радња“, јер, по нашем разумевању, овај појам имплицира само комисиивно а не и омисиивно држање, којим се такође може повредити обавеза заштите страних директних улагања. Зато смо се повели аналогијом са терминологијом кривичног права и употребили термин „дело“, за који држимо да је неутралан по питању врсте држања које имплицира и обухвата како недозвољено чињење, тако и недозвољено пропуштање. Појам „недозвољеног“ дела смо користили зато што у ригорозној оптици објективне теорије свако кршење међународне обавезе представља противправни акт, али није сваки противправни акт истовремено и недозвољен. Тако, на пример, у праву Светске трговинске организације ускраћивање трговинских повластица држави која није извршила одлуку Тела за решавање спорова само по себи такође представља повреду међународне обавезе, али та повреда представља дозвољену противмеру и не рађа одговорност државе која јој прибегава.

не представља конститутивни елемент опште међународне одговорности.¹⁰⁶ Постоји неколико могућих образложења за такво гледиште.

Прво је да су интереси које опште међународно право штити такви да не дозвољавају никакво одступање од дозвољених правила понашања. Овај став можемо да ближе објаснимо парафразирајући пример који даје професор Кон.¹⁰⁷ У унутрашњем праву једна те иста радња, зависно од околности и последица којима је праћена, може да доведе до сасвим различитих материјалноправних резултата. Тако, на пример, ако неко пуца из ватреног оружја у ваздух на сеоској свадби, сва је прилика да такво дело неће створити никакву одговорност. Са друге стране, ако то исто лице стоји сâмо на улици и пуца у ваздух, замисливо је да буде прекршајно одговорно за нарушавање јавног реда и мира. Уколико би, пак, метак случајно разбио нечији прозор или направио другу штету на имовини трећих лица, лице које пуца би било деликтно одговорно за штету коју је нанело. Коначно, у најнесрећнијој хипотези, ако би залутали метак некога повредио, лице које је пуцало би могло и кривично да одговара. Разлике у облицима запрећене одговорности условљене су, дакле, разликама у релативном значају заштићеног добра и интензитету његове повреде. Међународном праву такво „степеновање“ вредности заштићених добара не би било примерено јер је међународна одговорност по својој природи, уосталом, јединствена, па зато ни увођење захтева за постојањем штете као елемента одговорности не би ништа променило у погледу природе нове обавезе коју је одговорна држава дужна да испуни због постојања одговорности. Са друге стране, услед релативно крхке природе међународноправног поретка, који се заснива на консензусу држава, сврха правила о међународној одговорности треба да буде у генералној превенцији. Правила о одговорности треба да буду строго формулисана како би у сваком случају одвратила чланове међународне заједнице од кршења њихових обавеза, независно од тога да ли би такво кршење у конкретном случају довело до неке последице или би последица стицајем срећних околности изостала.

Друго могуће објашњење је оно које је својевремено формулисала Комисија за међународно право оправдавајући изостављање штете као конститутивног елемента одговорности у тада актуелном предлогу Правила: с обзиром на то да свака повреда

¹⁰⁶ А. Pellet, *op. cit.*, стр. 9.

¹⁰⁷ Вид. G. Cohn, *op. cit.*, стр. 231.

међународне обавезе са собом нужно повлачи неки облик повреде права или интереса државе према којој је међународно недозвољено дело било усмерено, штета је инхерентна међународно недозвољеном делу и нема потребе да се издиже на ниво посебног елемента међународне одговорности.¹⁰⁸

Коначно, треће могуће објашњење изостављања кривице као конститутивног елемента међународне одговорности лежи у природи одређених обавеза чијим кршењем настаје међународна одговорност. Тако, на пример, непоштовање заставе стране државе¹⁰⁹ или ненајављени прелет страног војног авиона¹¹⁰ рађају међународну одговорност иако не стварају никакву конкретну материјалну штету. Евентуална штета која се описаним радњама наноси се заправо своди на апстрактну повреду угледа државе према којој су ове радње биле усмерене, али без икаквих имовинских последица по њу.

Ипак, без обзира на изложени консензус у теорији и пракси општег међународног права, а имајући у виду да смо установили да одговорност за заштиту страних улагања представља посебну врсту међународне одговорности, потребно је одговорити на питање да ли се та посебност одражава и на улогу штете као потенцијално конститутивног елемента одговорности. С једне стране, треба приметити да међународна пракса показује да се у инвестиционим споровима тужбени захтев улагача по правилу односи на новчану накнаду штете настале услед околности да је држава пријемница прекршила своју обавезу заштите улагања.¹¹¹ С обзиром да у таквим околностима улагачи свакако морају да докажу висину штете и узрочну везу између радње или пропуштања државе пријемнице и настале штете, могло би се закључити да у праву страних улагања штета представља конститутивни елемент одговорности.

¹⁰⁸ Alain Pellet, „The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 77-78.

¹⁰⁹ R. Ago, *op. cit.*, стр. 447.

¹¹⁰ B. Graefrath, *op. cit.*, стр. 65.

¹¹¹ Christoph Schreuer, „Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration“, *Arbitration International* бр. 4/2004, стр. 325; C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 341; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 293-294.

С друге стране, међутим, треба такође приметити да се одговорност државе за заштиту страних директних улагања у општем случају успоставља у ситуацији када се остварио неки некомерцијални улагачки ризик. Ако као дефиницију некомерцијалног ризика прихватимо „*могућност да правна ситуација инвестиције буде измењена без сагласности, односно противно вољи инвеститора, са последицом лишавања његових права након што је инвестирао, уз истовремено смањивање вредности инвестиције*“¹¹² (подвукао аутор), произлази да би било тешко замислити ситуацију у којој би држава пријемница улагања прекршила своју обавезу заштите страног улагања на својој територији, а да то за последицу нема неки облик материјалне или нематеријалне штете коју улагач трпи. Из тога би се могло закључити да је и у праву страних улагања применљив општи став да је штета у тој мери инхерентна повреди примарне обавезе заштите улагања да је није потребно осамостаљивати као посебан елемент одговорности.

Решењу дилеме помаже пракса форумā за решавање међународних улагачких спорова. У предмету *Metalclad v. Mexico* који се решавао према Додатним правилима Међународног центра на основу Споразума NAFTA, тужилац – америчка компанија која је управљала постројењем за складиштење и прераду опасног отпада у Мексику – истакао је захтев за накнаду штете због експропријације и повреде права на правичан и равноправан третман до којих је, по мишљењу тужиоца, дошло због нетранспарентности мексичког права у погледу система дозвола које је тужилац морао да прибави да би могао да законито обавља своју делатност у Мексику. Тумачећи спорне одредбе Споразума NAFTA, арбитражно веће је стало на становиште да „*експропријација према Споразуму NAFTA не обухвата само отворено, циљано и признато одузимање права својине (...), већ и прикривено или претходно мешање у коришћење права својине које за последицу има ускраћивање власнику, у целости или у значајном делу, права да користи своје право својине или из њега извлачи економску корист која се може разумно очекивати* (у оригиналу: depriving the owner of reasonably-to-be-expected economic benefit), чак и када то није учињено у очигледну корист државе пријемнице“¹¹³ (подвукао аутор). Сходно изложеном ставу по коме није потребно да је штета већ наступила да би се држава пријемница сматрала одговорном

¹¹² П. Цветковић, *Међународно-правна заштита...* (op. cit.), стр. 51.

¹¹³ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, пасус 103.

за повреду обавезе заштите страног улагања, арбитражно веће је обавезало Мексико да тужиоцу накнади штету и за профит чији је износ могао разумно да предвиди али који није остварио услед ограничавајућег дејства локалних мексичких прописа. То се може протумачити или као гледиште арбитражног већа да и повреда разумних очекивања, чак и када не производи конкретну материјалну штету, рађа одговорност државе пријемнице улагања, или једноставније као гледиште да и у инвестиционој арбитражи, као и у трговинској, измакла корист представља део штете коју улагач трпи.

У предмету *Biwater Gauff v. Tanzania* који је решавало веће Међународног центра, један од тужбених захтева тужиоца односио се на накнаду штете због експропријације до које је, према наводима тужиоца, дошло тако што је Танзанија одузела његове акције у локалној компанији *City Water*. Ову компанију је тужилац основао како би могао да учествује на јавном надметању за додељивање пројекта за модернизацију водоводне и канализационе мреже у Дар-ес-Саламу. Супротстављајући се оваквом захтеву, танзанијска влада је истакла да одузимањем акција тужилац није претрпео никакву материјалну штету, јер је вредност акција три недеље пре одузимања почела да значајно опада. Према томе, по виђењу танзанијске владе, она је одузимањем акција улагача заправо поштедела даљих губитака и није му нанела штету.¹¹⁴

Изјашњавајући се о овом питању, арбитражно веће је изнело једну веома пажљиво изведену анализу. Према мишљењу већа, *„одсуство економског губитка или штете је у првом реду питање каузалне везе и обима обештећења, а не неопходни елемент за постојање правног интереса за покретање поступка у случају експропријације. (...) Постоје случајеви у којима је могуће да је дошло до суштинског ограничења улагачких права које представља експропријацију чак и уколико то ограничење, због конкретних околности које су га пратиле, није за последицу имало економски губитак или се тај губитак не може квантификовати. У таквим околностима, арбитражно веће може да одреди меру која за циљ нема накнаду“*¹¹⁵. У наставку одлуке, даље образлажући свој став да штета није конститутивни елемент одговорности државе пријемнице, арбитражно веће се позвало на члан 2 Правила о одговорности држава (који као елементе међународно недозвољеног дела препознаје само радњу или пропуштање које представља повреду међународне обавезе и

¹¹⁴ *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, пасус 437.

¹¹⁵ *Ibid.*, пасус 465.

приписиво је држави чија се одговорност утврђује), као и на пасус 9 коментара уз тај члан, који образлаже зашто је штета искључена из круга конститутивних елемената одговорности. Међутим, како коментар уз члан 2 Правила истовремено дозвољава могућност да у појединим случајевима општи режим одговорности предвиђен Правилима буде модификован тако што ће непосредно меродаван извор права предвиђати наступање штете као (додатан) елемент повреде примарне обавезе, арбитражно веће је узело у обзир и члан 5 британско-танзанијског споразума о заштити улагања (чију повреду је тужилац истицао) и утврдило да, према овој одредби, државепотписнице нису предвиделе да штета нужно мора да наступи како би радња државе пријемнице могла да се квалификује као експропријација или национализација.

Коначно, нарочито је занимљив спор *Enron v. Argentina*, где је тужилац од арбитражног већа тражио да огласи одређене порезе које би требало да плати противзаконитим и да изда привремену меру којом ће забранити аргентинским пореским органима да предметне порезе наплате од тужиоца.¹¹⁶ Аргентина је оспоравала надлежност арбитражног већа да разматра такав захтев држећи да, чак и када би наплата спорних пореза представљала експропријацију улагања, сам чин експропријације спада у поље суверених радњи државе и арбитражно веће не може да га забрани, већ само може да утврђује евентуалне правне последице већ изведене експропријације. Арбитражно веће је, међутим, одбило овај аргумент и огласило се надлежним да одређује привремене мере које немају новчани карактер.

Наведени случајеви несумњиво потврђују тезу да ни у праву страних улагања постојање штете није конститутивни елемент одговорности државе у случају пропуста да заштити страна директна улагања на својој територији. Околност да у убедљивој већини случајева тужиоци покрећу поступак тек након што су претрпели конкретну штету не би требало да наведе на закључак да постоји условљавајући однос између штете и одговорности. Будући да је одговорност за заштиту страних улагања веома широко постављена, држава ће свакако бити одговорна када је је улагач претрпео штету, али одговорност може да постоји и пре него што наступи штета. Ствар је процене улагача и стицаја конкретних околности да ли ће се механизам решавања спорова покренути након што је штета већ наступила или ће обраћање форуму за

¹¹⁶ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, пасуси 25-32.

решавање улагачких спорова имати за циљ спречавање умањења улагачеве имовине. Такав закључак јасно произлази из предмета *Enron*.

Према томе, треба закључити да постојање штете није општи конститутивни елемент одговорности државе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања. Али, као што то сугерише одлука у предмету *Biwater Gauff*, могуће је да наступање штете вољом учесника међународног улагачког подухвата буде предвиђено као конститутивни елемент неког међународно недозвољеног дела (нпр. експропријације) и да се на тај успостави строжији режим одговорности у односу на онај предвиђен општим међународним правом.

2. Функција одговорности државе за заштиту страних директних улагања

Док правила о одговорности у општем међународном праву треба да остваре врло широко постављен циљ успостављања и одржавања мирољубиве сарадње међу сувереним и једнаким државама које имају различите политичке, друштвене и привредне поретке,¹¹⁷ дотле правила о одговорности у праву страних улагања треба да обезбеде поштовање права и обавеза свих учесника у улагачком подухвату тако што ће учинити извесним очекивања и исходе улагачких подухвата, одвраћати учеснике од одступања од дозвољених понашања и уклањати последице уколико до одступања од дозвољених понашања ипак дође.¹¹⁸

Да би изложена функција правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања могла да буде остварена, потребно је да су задовољени следећи кључни елементи: кредибилност јемства заштите улагачких права (2.1), прилагођеност правила о одговорности сврси и циљевима страних улагања (2.2) и прилагођеност правила о одговорности потребама привредног система државе пријемнице (2.3).

2.1 Кредибилност јемства заштите улагачких права

С обзиром да заштита улагачких права подразумева ограничење суверених права државе пријемнице улагања, а сувереност се схвата као врховна власт над којом,

¹¹⁷ В. Graefrath, *op. cit.*, стр. 28.

¹¹⁸ Т.-Н. Cheng, *op. cit.*, стр. 466.

дакле, нема више или јаче,¹¹⁹ поставља се питање како ће држава пријемница јемство (само)ограничења своје власти учинити кредибилним. Имајући у виду да је кредибилност зајемченог третмана заштите један од суштинских фактора приликом доношења одлуке да ли ће се улагати у одређену државу, може се оценити да је кредибилност јемстава заштите улагачких права у самој сржи одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

Уобичајено је схватање да је најефикаснији начин да се постигне кредибилност јемстава заштите њихова интернационализација, јер се сматра да је међународно право најподобније да ефикасно „веже руке“ одлучиоцима у држави пријемници улагања.¹²⁰ Ово је стога што обавезивање државе према другим субјектима међународног права, дакле према себи равнима, производи другачији квалитет одговорности него обавезивање према себи неравноправном, приватноправном субјекту. Интернационализација јемстава се постиже било директно, кроз билатералне и мултилатералне међународне уговоре, било индиректно, кроз захтеве за прихватањем концепта тзв. доброг управљања средствима, које корисницима својих средстава намеће Светска банка.¹²¹

Међутим, много важније од формалног облика извора права у коме ће јемство заштите улагачких права бити садржано је питање принудне спороводљивости обавезе заштите. Зато се у теорији истиче да је суштински услов кредибилности јемстава заштите улагачких права заправо чињење доступним ефикасног форума за решавање евентуалних спорова који могу да избију између улагача и државе пријемнице

¹¹⁹ Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law – A Treatise*, 8th ed, Longmans, London 1963, vol. I, стр. 118-119; Dominique Carreau, Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11e éd., Éditions Pedone, Paris 2012, стр. 368.

¹²⁰ Jason Webb Yackee, „Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?“, *Law & Society* бр. 4/2008, стр. 806, са даљим навођењима.

¹²¹ Под концептом доброг управљања се подразумева политички и институционални систем који поштује људска права, демократске принципе и владавину права транспарентним и одговорним управљањем људским, природним, привредним и финансијским ресурсима у циљу одрживог развоја. Овај концепт подразумева јасно одређене поступке које власт примењује приликом доношења одлука, постојање транспарентних и одговорних институција, поштовање права у управљању ресурсима и стварање капацитета за борбу против корупције. Више о томе у контексту права страних улагања вид. José Alvarez, „Contemporary Investment Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'?“, *Alabama Law Review* бр. 4/2009, стр. 960-961; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 25.

улагања.¹²² Да би производила правна дејства, понуда за решавање улагачких спорова пред форумом који обе стране доживљавају независним и стручним не мора нужно да буде уобличена као тзв. дијагонална клаузула у међународном споразуму, већ може да буде садржана и у изворима унутрашњег права.¹²³ Штавише, услед недостатка ефикасних механизма обезбеђивања принудног испуњења обавеза државе пријемнице према улагачу, први међународни споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања су врло мало доприносили дисперзији некомерцијалних ризика и у њима садржана јемства се сходно томе нису ни могла сматрати кредибилним, што потврђују и подаци о релативно скромном обиму прекограничног промета капитала.¹²⁴ Према емпиријским истраживањима које је спровео професор Јаки (Yackee), време почетка наглог раста у прекограничном промету капитала се поклапа се временом када је број двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања са тзв. „јаким“ процесним гаранцијама почео да превазилази број споразума у којима су те гаранције биле слабе или мање јасне, а то је половина деведесетих година XX века.¹²⁵

Према томе, кредибилност јемстава заштите страних улагања се односи на онај део функције правила о одговорности који се тиче одвраћања учесника у међународном улагачком подухвату од недозвољених понашања и уклањања последица уколико до недозвољених понашања ипак дође. Услов кредибилности, дакле, није интернационализација обећања, већ интернационализација механизма заштите права.

2.2 Прилагођеност правила о одговорности сврси и циљевима страних улагања

Да би правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања могла да учине извесним очекивања и исходе међународног улагачког подухвата, потребно је да буду прилагођена сврси и циљевима конкретног улагања. Сматрамо да је у области одговорности за заштиту страних улагања приступ „*one size fits all*“

¹²² J. W. Yackee, *op. cit.*, стр. 809.

¹²³ Вид. нпр. члан 39 Закона о страним улагањима Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ* бр. 52/00, 36/07 и 18/11. Више о овом питању вид. Урош Живковић, „Превазилажење арбитражног споразума: специфичност једностраних понуда за вођење арбитражног поступка Републике Србије“, *Право и привреда* бр. 7-9/2012, стр. 186-197, нарочито стр. 189-192.

¹²⁴ J. Alvarez, *op. cit.* (RCADI), стр. 287-289.

¹²⁵ J. W. Yackee, *op. cit.*, стр. 812-827.

нежељен и опасан, јер може да доведе до ситуација у којима држава неће одговорати за неке специфичне некомерцијалне ризике који се везују само за узак круг улагања, или до ситуација у којима ће поље одговорности државе, пак, бити сувише широко постављено.

Један од основних доказа утемељености става да обим и начин заштите улагања морају да буду прилагођени њиховој природи и сврси је широка прихваћеност приступа да се портфолио улагања не подвргавају истим механизмима заштите као страна директна улагања.¹²⁶ Тако је, на пример, Међународна организација комисија за хартије од вредности у документу из 2010. године формулисала 38 принципа заштите улагача на тржишту хартија од вредности, који се у великој мери разликују од класичних принципа заштите директних улагања.¹²⁷

Али, ни сва директна улагања не захтевају нужно исти ниво заштите. Тако се, на пример, у коментару уз члан 2 модела Споразума о улагањима за одрживи развој, који је саставио Међународни институт за одрживи развој, износи став да улагања мале вредности и значаја не би требало да уживају улагачку заштиту предвиђену двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, већ би обим и начине њихове заштите требало уредити кроз механизме права Светске трговинске организације: Општи споразум о промету услуга (GATS), Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) и Споразум о инвестиционим мерама у вези са трговином (TRIMs).¹²⁸ Са друге стране, што је улагање дугорочније, улагач је изложенији комерцијалним и некомерцијалним ризицима. Пошто остваривање комерцијалних ризика не зависи од околности које су под директном контролом учесника међународног улагачког подухвата, пажња улагача ће се у таквој ситуацији усредсредити на смањење или, у идеалном случају, потпуно искључење могућности остваривања некомерцијалних ризика. Држава пријемница, у зависности од вредности и значаја улагања, може да процени корисним да таквом улагачу понуди виши ниво заштите од оног који иначе јемчи и да тиме поштри своју одговорност према таквом улагачу.

¹²⁶ Више о томе, са навођењем одговарајуће литературе, вид. пододељак 2 одељка II Главе III овог рада.

¹²⁷ IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation, June 2010, доступно на веб-адреси: <<http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf>>.

¹²⁸ У том смислу и J. Alvarez, *op. cit.* (RCADI), стр. 288.

У нашем праву илустративан пример таквог приступа представља Уговор о продаји и куповини акција Нафтне индустрије Србије закључен између Републике Србије и руске компаније Газпром 24. децембра 2008. године,¹²⁹ којим наша држава Газпрому у одређеним аспектима нуди много ширу заштиту (и тиме поштрава своју одговорност), у односу на друге улагаче. Тако се, на пример, у случају да дође до раскида Уговора услед кршења неке од уговорних обавеза од стране купца, држава обавезује да Газпрому врати купопродајну цену,¹³⁰ на шта иначе не би била обавезана према члану 41а став 3 Закона о приватизацији. Такође, чланом 8.3.1.(iii) Уговора предвиђено је да ако експлоатација опреме НИС-а или опреме било којег од његових зависних предузећа која је постојала од датума потписивања Уговора услед њихове застарелости или физичке истрошености доведе до непоштовања важећих услова који се морају испунити у вези са животним окружењем, држава се обавезује да не примењује било какве санкције против НИС-а или против било којег од његових зависних предузећа у погледу непоштовања закона. У случају прекршаја ове обавезе и других обавеза предвиђених у истом члану, држава ће бити обавезна да исплати одштету која је једнака губитку који купац претрпи услед таквог прекршаја.

Остављајући по страни анализу конкретне оправданости, успешности и исплативости изложеног примера, задржавамо се на општем закључку да примереност начина и обима заштите улагачких права природи и значају улагања омогућавају држави пријемници улагања да поље своје одговорности према улагачима диференцира и уреди тако да исход улагачких подухвата, у идеалном случају, учини што је могуће повољнијим за све учеснике.

2.3 Прилагођеност правила о одговорности потребама привредног система државе пријемнице

Још један битан елемент за остваривање функције правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања јесте њихова прилагођеност потребама привредног система државе коју ће обавезивати. У том смислу, треба нарочито истаћи да привлачење страних улагања по сваку цену није једини циљ који правила о

¹²⁹ Уговор о продаји и куповини акција Нафтне индустрије Србије а.д. Нови Сад, закључен 24. децембра 2008. године између Републике Србије и ОАД Газпром Нефта, доступан на веб-адреси: <http://www.media.srbija.gov.rs/medsrp/dokumenti/ugovor_nis.pdf>.

¹³⁰ Члан 8.1.1. Уговора.

третману улагања, па тако и правила о одговорности за њихову заштиту, треба да остваре. Арбитражно веће у предмету *Saluka v. Czech Republic* формулисало је овај став на следећи начин: „*Заштита страних директних улагања није једини циљ Споразума [о заштити и подстицању страних улагања], већ само један од неопходних елемената за остваривање општег циља подстицања страних улагања и ојачавања и продубљивања економских односа држава потписница. Због тога је потребан уравнотежен приступ тумачењу материјалних одредаба Споразума које уређују заштиту улагача, јер би тумачење које би ишло у правцу претеране заштите страних улагања могло одврати државе пријемнице од допуштања улагачима да улажу на њиховим територијама, чиме би био угрожен општи циљ јачања и продубљивања међународних економских односа*“¹³¹.

Домашај одговорности државе за заштиту страних директних улагања у првом реду зависи од начина дефинисања примарне обавезе. Примећено је да, када се обавеза заштите улагања уређује двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, државе сувише лако пристају на веома либералне услове и, последично, широко поље одговорности. Професор Гузман (*Guzman*), са становишта економске анализе права, то објашњава својеврсном ситуацијом „затвореникове дилеме“ у којој се државе увознице капитала налазе.¹³² С једне стране, потребно им је да привуку страна улагања да би покренуле сопствене посрнуле привреде. С друге стране, као што смо већ показали, да би јемства заштите страних улагања учиниле кредибилним, државе увознице капитала морају да интернационализују обавезе које преузимају. У одсуству мултилатералног система материјалноправне међународне заштите страних улагања, једини доступан механизам интернационализације заштите улагачких права су појединачни двострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања. Грубо посматрано, свака држава се налази пред избором једне од три могућности: екстремно либералних решења у погледу заштите улагања, умерено либералних и ригидних.

¹³¹ *Saluka Investments v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, пасуџ 300.*

¹³² Andrew Guzman, „Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties“, *VJIL* бр. 38/1998, стр. 666-667. Напомињемо да је професор Гузман у цитираном раду разматрао разлоге из којих слабије развијене државе одустају од Халове доктрине и принципа заштите које им пружају резолуције Генералне скупштине ОУН о новом међународном економском поретку. Ми смо на овом месту пошли од идеје професора Гузмана али смо је уопштили да бисмо из ње извукли једно од могућих образложења за прихватање широких услова заштите страних улагања уопште. За врло оштру критику анализе професора Гузмана вид. J. Alvarez, *op. cit. (RCADI)*, стр. 281-295.

Пошто се у преговарању услова појединачних споразума о заштити улагања са државама извозницама капитала државе увознице капитала међусобно не договарају, свака се заиста налази у ситуацији „затвореникове дилеме“: ако изабере ригидно решење, које је чини најмање изложеном потенцијалним споровима, биће атрактивна за улагаче само ако и (све) друге државе увознице изаберу исто решење. Ако изабере најлибералније решење, биће свакако привлачна за улагаче, али и веома изложена потенцијалним улагачким споровима. Зато је, према логици „затвореникове дилеме“, очекивано да изабере средње решење. Али, у поновљеној игри, тј. приликом преговања следећег споразума, то средње решење сада постаје оно које би држава морала минимално да прихвати да би уопште била конкурентан претендент на привлачење улагања. Другим речима, у поновљеној игри, средње решење из претходне заузима место ригидног, па ће садржај новог споразума, према истим правилима, бити на пола пута између некада средњег и најлибералнијег. У сваком следећем кругу ће се, тако, обим јемстава заштите улагања повећавати и приближавати најлибералнијем, што држави увозници капитала отежава испуњење датог обећања и чини је изложенијом потенцијалним споровима.

Слаба страна изложеног образложења је у томе што занемарује реципрочно дејство споразума о заштити и подстицању страних улагања. Свака од држава потписница споразума о заштити и подстицању улагања може да се нађе и на страни државе увознице и на страни државе извознице капитала. У другонаведеном случају држава потписница ће бити заинтересована да њени држављани уживају широку заштиту када улажу у иностранству. Чак и највеће извознице капитала, као на пример Сједињене Америчке Државе, могу да буду и пријемнице улагања и на тим искуствима емпиријски утврде која ограничења морају да поставе у заштити страних улагања да не би и саме биле превише изложене улагачким споровима поводом улагања на својој територији. Анализирајући промене садржаја америчких модела споразума о заштити и подстицању улагања у периоду 1984-2004, као и искуства која су САД имале као тужена страна у инвестиционим споровима у оквиру Споразума NAFTA, професор Алварез је уочио тенденцију ограничавања поља одговорности државе за заштиту страних улагања која се нарочито састоји у следећем: сужавање појма улагања којима се јемчи заштита, сужавање домашаја клаузула о националном третману и третману најповлашћеније нације, изостављање кишобран-клаузуле из модела споразума, сужавање домашаја стандарда правичног и равноправног третмана, искључивање

могућности да до експропријације дође услед примене пореских прописа, укључивање експлицитног признања права држави пријемници улагања да доноси мере у циљу заштите здравља и безбедности људи и заштите животне средине, као и формулисање много јаснијих правила процесне заштите страних улагача.¹³³

Емпиријска искуства била су значајна и за уобличавање кинеских двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања. Ова земља је прошла буран пут од затворене привреде која је показивала велико неповерење према страним улагањима, до државе која је данас један од највећих извозника али и увозника капитала. Ова еволуција се огледала и у садржају споразума о заштити и подстицању страних улагања које је Кина закључила, па чак и у њиховом броју. Кина је, наиме, друга по реду држава на свету са највише закључених двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања, одмах иза Немачке.¹³⁴

Будући да правила о заштити страних улагања ограничавају суверена права државе пријемнице улагања, државе морају да буду свесне укупности економских циљева које страна улагања треба да остваре, као и потенцијалних опасности које носи сувише широко или неодређено формулисање третмана заштите улагања које улагачима јемче. Неки аутори у том смислу чак нарочито скрећу пажњу на значај пажљивог формулисања преамбула улагачких споразума, у којима се по правилу излажу мотиви закључења споразума, а који могу да буду корисни за уравнотежено тумачење стандарда заштите предвиђених оперативним деловима тих споразума.¹³⁵ Лоша искуства Аргентине у инвестиционим арбитражама поводом регулаторних мера предузетих у циљу спречавања и превазилажења економске кризе недвосмислено потврђују непоходност опреза са којим се мора приступити питањима страних улагања.¹³⁶

¹³³ J. Alvarez, *op. cit.* (RCADI), стр. 301-305.

¹³⁴ О развоју заштите страних улагања у Кини, са нарочитим акцентом на промену приступа у политици страних улагања, вид. Stephan W. Schill, „Tearing Down the Great Wall: the New Generation in Investment Treaties of the People's Republic of China“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* бр. 15/2007, стр. 73-118.

¹³⁵ Omar García-Bolívar, „The Teleology of International Investment Law – The Role of Purpose in Interpretation of International Investment Agreements“, *The Journal of World Investment and Trade* бр. 5/2005, стр. 756-757.

¹³⁶ Вид. у том смислу: William W. Burke-White, „The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire

IV – СИНТЕЗА – ПОКУШАЈ ОДРЕЂЕЊА ПОЈМА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

Општа дефиниција одговорности којом смо започели ову Главу указала је да посебности института одговорности државе за заштиту страних директних улагања у односу на концепт одговорности у другим гранама права треба тражити на терену дефинисања примарне обавезе, врсти и природи добра или интереса угроженог или оштећеног повредом примарне обавезе, субјеката одговорности и последица повреде примарне обавезе.

У погледу начина дефинисања примарне обавезе, обавезе заштите страног директног улагања, утврдили смо да је током времена дошло до промене у методолошком приступу уређењу овог питања. У рудиментарној фази развоја међународног права страних улагања, опсег и домашај обавезе заштите страних улагања зависили су искључиво од воље државе пријемнице улагања. Временом се обавеза заштите, а са њом и одговорност за повреду те обавезе, све више интернационализовала, тако да је садржај одговорности државе за заштиту страних директних улагања данас уређен и међународним и унутрашњим правом. Садејство ова два регистра правних правила доводи до одређених посебности у начину њихове примене. Прво, страни улагач, иако је субјект приватног а не јавног права, има веома значајну улогу у имплементацији правила о одговорности. Друго, посебности које проистичу из природе међународног улагачког подухвата налажу да се одређена правила примењују на начин који није уобичајен у њиховом матичном правном систему. То је, рецимо, случај са правним режимом приписивости радњи и пропуштања држави пријемници улагања. Иако је ово питање по правилу уређено Правилима о одговорности држава за међународно недозвољена дела, који су извор међународног права, околност да у међународном улагачком подухвату учествују јавноправни и приватноправни субјекти веома разноврсних правних структура условила је да се Правила о одговорности у међународном праву страних улагања примењују на начин који показује одређене специфичности у односу на начин примене овог извора права у општем међународном праву. Коначно, специфичности условљене

Balchin (eds.) *The Backlash Against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Kluwer Law International 2010, стр. 407-432.

садејством међународног и унутрашњег права приметне су и на терену имплементације правила о одговорности државе пријемнице улагања. Наиме, са изузетком неколико чисто међународно-јавноправних форума за решавање улагачких спорова (нпр. Међународни суд правде), имплементација правила о одговорности се по правилу поверава инвестиционим арбитражама, било институционалним, било *ad hoc*, које комбинују принципе јавног и приватног права приликом решавања улагачких спорова.

У погледу врсте и природе добра или интереса угроженог или оштећеног повредом примарне обавезе, утврдили смо да одговорност државе за заштиту страних директних улагања има два аспекта. Један аспект тиче се међународноправне природе одговорности и односи се на заштиту интереса међународне заједнице. Државе пријемнице улагања пристају да ограниче своја суверена права према одређеној категорији странаца на својој територији – страним улагачима – јер их на то обавезује дужност очувања одрживе сарадње у међународној заједници као целини. Наиме, у данашње доба, немогуће је издвојити макар и једну државу која искључиво увози или искључиво извози капитал. Уколико би једна држава систематски ускраћивала заштиту страним улагачима на својој територији, изложила би своје држављане, односно правна лица која имају њену националну припадност, ризику да буду погођени реторзијом када улажу у иностранству. Дакле, може се изнети теза да, у свом међународноправном аспекту, одговорност државе за заштиту страних директних улагања треба да омогући остварење једног посебног међународно заштићеног права – права на слободу улагања у иностранству. Други аспект института одговорности државе пријемнице улагања је грађанскоправне природе и тиче се дужности накнаде сваке штете коју би страни улагач могао да претрпи пропустом државе пријемнице да његовом улагању обезбеди зајемчени степен заштите. Посматрајући ова два аспекта заједно, могуће је закључити да одговорност државе за заштиту страних директних улагања, као уосталом и концепт одговорности, на општем нивоу треба да служи остварењу основног правног принципа *neminem laedere*.

Не терену круга субјеката одговорности до изражаја долази значајна посебност одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Наиме, иако се држава пријемница обавезује према другој држави, или међународној заједници у целини, да ће штитити права страних улагача на својој територији, страни улагачи, иако су субјекти приватног права, постају одлучујући фактор у правном уобличавању и

имплементацији правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Они постају својеврстан „поверилац првог реда“ обавезе заштите и као „главни контролор“ испуњености те обавезе јер активирање механизма правне заштите у првом реду зависи директно од њихове воље, а не од воље државе чију припадност имају, јер је једна од општеприхваћених улагачких привилегија могућност самосталног покретања поступка пред већином форума за решавање улагачких спорова. Тек уколико би држава пријемница улагања повредила обавезу заштите страног директног улагања и ускратила страном улагачу право на делотворну принудну заштиту његових права, спор између улагача и државе пријемнице улагања би се трансформисао у спор између државе пријемнице и државе порекла улагача.

Коначно, руководни принцип одређивања обавезе која настаје услед постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања постављен је још у одлуци Сталног суда међународне правде у предмету Хожуф и налаже да обавеза која се успостави услед постојања одговорности треба да избрише све последице повреде примарне обавезе. Међутим, како међународна правила у области страних директних улагања не дају довољно прецизна упутства форумима за решавање улагачких спорова у овом погледу, питање обавезе која настаје услед постојања одговорности државе пријемнице улагања још увек је у великој мери уређено унутрашњим прописима или се одређује са ослоном на ранију арбитражну и судску праксу.

ГЛАВА II

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Изградња правног оквира одговорности државе уопште, а нарочито одговорности државе за противправне радње учињене према странцима и њиховој имовини, тежак је и дуготрајан процес. Компликованост овог процеса проистиче из супротстављености интереса држава извозница капитала и држава пријемница улагања, што отежава постизање консензуса на ширем међународном плану. Зато не чуди што је до краја педесетих година XX века област страних директних улагања углавном била регулисана недовољно детаљним националним прописима и ретким међународним уговорима широког поља примене, међу којима су се по значају и броју нарочито издвајали тзв. уговори о пријатељству, трговини и пловидби.¹³⁷

Одсуство специјалних прописа у материји одговорности државе за заштиту странаца и њихове имовине навело је неколико светских научних и стручних институција да прибегну осмишљавању и предлагању различитих кодификација правила у овој области.¹³⁸ Тако је, примера ради, Институт за међународно право на својој седници у Лозани 1927. године усвојио Резолуцију о одговорности државе за штету коју на својој територији причини странцима и њиховој имовини,¹³⁹ нацрт конвенције о истом питању сачинило је 1930. године Немачко удружење за

¹³⁷ Више о историјском развоју правног оквира страних директних улагања вид. Kenneth J. Vandeveld, „International Investment Agreements in Historical Perspective“, *University of California Davis Journal of Law and Policy* бр. 12/2005, стр. 157-194; Engela C. Schelmmmer, „A New International Law on Foreign Investment“, *Journal of South African Law* бр. 3/2005, стр. 532-533.

¹³⁸ Преглед и приказ различитих покушаја кодификације права одговорности државе дао је Роберто Аго у свом извештају о одговорности држава Комисији Уједињених нација за међународно право. Вид. Roberto Ago, „First Report on State Responsibility – Document A/CN.4/217“, *Yearbook of the International Law Commission* vol. II/1969, стр. 126-130.

¹³⁹ Резолуција је доступна на веб-адреси: <www.idi-ill.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf>

међународно право (*Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht*)¹⁴⁰ а ово питање било је предмет два велика истраживања и на Универзитету Харвард. Резултат тих истраживања су нацрти две конвенције које су саставиле истраживачке групе.¹⁴¹ Сасвим очекивано, проблемом кодификације правила о одговорности држава за заштиту странаца и њихове имовине интензивно се бавила и Комисија Уједињених нација за међународно право.¹⁴²

Међутим, док напори недржавних институција и Уједињених нација на пољу успостављања правног оквира одговорности државе за заштиту странаца и њихове имовине нису успели да доведу до резултата који би заживели у пракси, ситуација је почела значајно да се мења када су се економски снажне државе заинтересовале да детаљније правно регулишу ову област. Како су дотадашњи напори усмерени ка стварању механизма заштите имовине странаца на општем плану били скромног успеха, почеле су да се испитују могућности за сужавање заштитног објекта на поједине облике имовине, па је у фокус интересовања дошла заштита страних улагања. Као пресудна година у том смислу сматра се 1959, када је закључен први двострани споразум о заштити и подстицању страних директних улагања између Пакистана и Немачке.¹⁴³ Закључивање овог споразума означило је почетак обухватног и дуготрајног таласа кодификације права страних улагања. Данас, нешто више од пола века касније, правила третмана страних директних улагања садржана су у бројним универзалним или регионалним споразумима, хиљадама међународних улагачких уговора (међу којима се по распрострањености и важности нарочито издвајају двострани уговори о заштити и подстицању страних директних улагања), изворима тзв. „меког“ нормативитета, националним законима. За правилно разумевање и примену ових прописа од изузетног значаја су стотине судских и арбитражних одлука које

¹⁴⁰ Енглески превод текста нацрта конвенције објављен је у *Yearbook of the International Law Commission* vol. II/1969, стр. 149-151.

¹⁴¹ Нацрт конвенције из 1929. године је објављен у *Yearbook of the International Law Commission* vol. II/1956, стр. 229-230, а нацрт конвенције из 1961. године је објављен у *Yearbook of the International Law Commission* vol. II/1969, стр. 142-149.

¹⁴² А. Pellet, „*The ILC Articles...*“ (*op. cit.*), стр. 75-94, са даљим упућивањима на примарне изворе.

¹⁴³ Наведено према: Americo Beviglia Zampetti, Pierre Sauvé, „International Investment“, у: Andrew Guzman, Alan Sykes, *Research Handbook in International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton 2007, стр. 216.

уобличавају правни режим страних директних улагања тиме што помажу у тумачењу меродавних прописа и попуњавању евентуалних правних празнина.

Ипак, умножавање извора права у погледу одговорности државе није отклонило проблеме у дефинисању правног режима у овој области. Управо супротно - у овако разгранатој и испреплетаној мрежи прописа јавили су се проблеми одређивања меродавног права које треба да одговори на питање шта чини садржај обавезе заштите страних директних улагања, да ли се радња којом је обавеза заштите прекршена може приписати држави, које околности искључују противправност радње кршења обавезе заштите страног директног улагања и које су последице постојања одговорности. Коегзистенција међународних и унутрашњих извора права који регулишу ова питања отвара и додатни проблем међусобног односа два наведена регистра правила.

Проблему одређивања меродавног права за одговорност државе за заштиту страних директних улагања ћемо, за потребе овог рада, приступити у светлу једне од наших основних хипотеза да је одговорност државе за заштиту страних директних улагања хибридне природе. Ако је ова основна хипотеза тачна, то би онда требало да значи да меродавно право за одговорност државе треба тражити у садејству међународних и унутрашњих извора. Да бисмо проверили тачност ове претпоставке испитаћемо најпре различите начине одређивања меродавног права који су коришћени у судској и арбитражној пракси (II). Ова анализа би требало да покаже да на регулисање питања одговорности државе за заштиту страних директних улагања подједнако претендују и извори међународног и извори националног порекла. Зато ћемо у наставку ове Главе анализирати релевантност различитих извора међународног (III) и унутрашњег (IV) права за питање одговорности како бисмо, на подлози тих испитивања, могли да понудимо модел одређивања меродавног права у погледу одговорности државе за заштиту страних директних улагања (V).

II - НАЧИНИ ОДРЕЂИВАЊА МЕРОДАВНОГ ПРАВА

Основна потешкоћа у погледу начина одређивања меродавног права за одговорност државе за заштиту страних директних улагања произлази из непостојања једнообразног механизма за одређивање меродавног права. Наиме, поступак одређивања меродавног права за страна директна улагања, па тако и за одговорност државе за њихову заштиту, у великој мери зависи од врсте форума пред којим се

улагачки спор решава.¹⁴⁴ Уколико се улагачки спор решава пред судом државе пријемнице улагања, суд ће, у случају да не постоји међународни уговор који би непосредно уређивао ово питање, морати да примени домаће колизионе норме које ће га, по правилу, довести до примене сопственог материјалног права. Са друге стране, арбитражно решавање улагачких спорова карактерише већи маневарски простор у одређивању меродавног права, а конкретна ширина тог маневарског простора зависи од правила поступка која се у датом случају примењују.

Ипак, сматрамо да би у дефинисању плана приступа анализи различитих начина одређивања меродавног права за одговорност државе за заштиту страних директних улагања предност требало дати карактеристичним тачкама везивања, а не типологији форума пред којима се улагачки спорови решавају. Зато ћемо најпре испитати улогу аутономије воље у одређивању права меродавног за питања која се тичу одговорности (1.), а затим применљивост осталих тачака везивања које се користе уколико меродавно право није изабрано или уколико право на избор меродавног права није ни постојало (2.).

1. Аутономија воље

Аутономија воље је широко прихваћена као примарна тачка везивања у одређивању права меродавног за страна директна улагања у инвестиционим арбитражама.¹⁴⁵ Избор меродавног права може да буде учињен како изричито, тако и имплицитно.

С обзиром на околност да је међународни улагачки подухват специфичан трипартитни однос неједнакоправних субјеката, потребно је ближе анализирати питања садржаја (1.1.) и евентуалних ограничења (1.2.) аутономије воље у контексту права меродавног за одговорност државе за заштиту страних директних улагања.

¹⁴⁴ Taida Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht 2005, стр. 3-4.

¹⁴⁵ Вид. члан 42(1) Вашингтонске конвенције, члан 35(1) UNCITRAL Арбитражних правила (2010), члан 21(1) Правила ICC (2012), члан 22(1) Правила SCC (2010), члан 22(3) Правила LCIA (1998), члан 33(1) Правила Сталног арбитражног суда за решавање спорова између две стране од којих је само једна држава (1993).

1.1. Садржај аутономије воље

Правилници арбитражних институција пред којима се најчешће решавају улагачки спорови се разликују у погледу терминологије коју користе при дефинисању садржаја аутономије воље. С једне стране стоје они правилници који странама у спору дозвољавају да изаберу меродавно *право*, као што то чине члан 33(1) Правилника Сталног арбитражног суда за решавање спорова између две стране од којих је само једна држава или некадашњи члан 33(1) Арбитражних правила UNCITRAL-а из 1976. године. Насупрот њима стоји група правилника која садржај аутономије воље одређује као избор меродавних *правних правила*, што је случај са чланом 42(1) Вашингтонске конвенције, чланом 35(1) Арбитражних правила UNCITRAL или чланом 21(1) Правила ИСС. Компромисно решење представљају они правилници који странама дозвољавају да изаберу меродавно *право или правна правила*: члан 22(1) Правила SCC или члан 22(3) Правила LCIA. Практична разлика између наведених терминолошких приступа лежи у ширини овлашћења датог странама при избору правног оквира меродавног за њихов спор. Док се овлашћење да се изаберу меродавно право ограничава на један заокружен систем националних прописа узет у свом тоталитету, овлашћење да се изаберу меродавна правна правила је шире по свом садржају и странама омогућава да изаберу не само целокупно (национално) право, већ и појединачна правила државног, међународног или недржавног порекла.¹⁴⁶

Досадашња пракса показује да су стране у улагачким споровима као меродавно право бирале међународно (јавно) право (1.1.1.), комбинацију међународног и унутрашњег права (1.1.2.) и унутрашње (национално) право (1.1.3.).¹⁴⁷ Такође, размотрићемо и контроверзну теорију „уговора изолованог од права“ (енг. *contract*

¹⁴⁶ Детаљно о овој разлици: Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 9^e éd., Montchrestien, Paris 2007, стр. 531-535 са даљим упућивањима на теорију и судску праксу.

¹⁴⁷ Напомињемо, међутим, да постоје различити приступи систематизацији меродавног права за улагачке спорове. Тако, на пример, професор Бишоп (*Bishop*) разликује клаузуле о избору меродавног права које само упућују на колизионе норме чијом применом ће се доћи до меродавног материјалног права, клаузуле које непосредно одређују меродавно материјално право, клаузуле које предвиђају да ће меродавно материјално право бити идентично процесном или право места арбитраже (*lex arbitri*). Вид. R. Doak Bishop, „A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses“, *International Energy Law and Taxation Review* бр. 1/2000, стр. 81. Ипак, у овом раду смо одлучили да не пратимо методологију професора Бишопа. Разлог за овакву одлуку је наш утисак да је изложена методологија прилагођенија трговинској а не инвестиционој арбитражи јер у крајњем исходу доводи до примене неког националног права и, сходно томе, оставља врло ограничену могућност за примену извора међународног права, што нам се чини неадекватним природи међународних улагачких односа.

without law), која се, уопштено говорећи, заснива на апсолутизацији аутономије воље учесника у улагачком подухвату при креирању система права и обавеза који ће важити у њиховом односу (1.1.4.).¹⁴⁸

1.1.1. Избор међународног права

Када стране у улагачком спору бирају међународно право као меродавно, клаузула о избору меродавног права је обично формулисана тако да упућује на примену општих правних принципа које примењују цивилизовани народи,¹⁴⁹ што је заправо један од основних извора међународног права предвиђен чланом 38(1)(ц) Статута Међународног суда правде.

Илустративан пример клаузуле којом се као меродавно одређује међународно право садржан је у Споразуму о истраживању нафтних извора и производњи нафте закљученом 27. августа 1966. године између Иранске националне нафтне компаније (енг. *National Iranian Oil Company – NIOC*), француског државног Предузећа за истраживања и експлоатацију нафте (фр. *Entreprise de Recherches et d'Activités Pétrolières – ERAP*) и француског приватног Друштва за иранску нафту (фр. *Société française de Pétroles d'Iran – Sofiran*), поводом чије повреде је вођена арбитража *Elf Aquitaine Iran v. NIOC*.¹⁵⁰ Члан 41(5) Споразума је предвиђао да ће арбитар појединац своју одлуку засновати на обзирима правичности и општим правним принципима, а нарочито међународном праву („[The Arbitrator] shall have the power to base his award on considerations of equity and generally recognized principles of law and in particular *International Law*“). Анализирајући ову клаузулу, арбитар је најпре приметио да њено дејство одудара од резултата до којег би се дошло применом било којих потенцијално меродавних колизионих норми. Али, одмах затим арбитар је нашао да су стране начелно биле овлашћене да слободно одреде право меродавно за њихов однос, а да је

¹⁴⁸ О различитим могућностима избора меродавног права у привредноправним уговорима који садрже елемент иностраности у српској стручној литератури вид. Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Службени лист СЦГ, Београд 2005, стр. 79-86; Маја Станивуковић, Петар Ђундић, *Међународно приватно право – посебни део*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2008, стр. 158-169.

¹⁴⁹ Phillippe Kahn, „The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes“, *Indiana Law Journal* бр. 1/1968, стр. 16.

¹⁵⁰ *Elf Aquitaine v. NIOC, ad hoc arbitration, Preliminary Award, 14 January 1982, Yearbook of International Commercial Arbitration 1986*, стр. 97-104.

конкретан избор међународног права као меродавног на овом месту сасвим оправдан јер међународни уговори овог типа и треба да буду подвргнути аутономном правном систему међународног права који је независан од утицаја националних правних система.¹⁵¹

Сличне примере избора међународног права као меродавног за улагачке спорове, па тако и за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања, налазимо и у новијим билатералним и мултилатералним улагачким споразумима. Тако, на пример, члан 26(6) Уговора о енергетској повељи из 1994. године предвиђа да ће се спорови између улагача и држава пријемница улагања решавати на основу Уговора, меродавних правила и принципа међународног права. Слична формулација, без ограничења по питању конкретног предмета улагачког спора, присутна је и у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних директних улагања, као на пример у члану 9(4) грузијско-грчког споразума из 1994. године, поводом чије повреде је недавно вођен поступак пред арбитражним већем Међународног центра.¹⁵²

Одредба о избору међународног права као меродавног за спорове између улагача и државе пријемнице улагања присутна је и у неким двостраним споразумима о заштити и подстицању страних директних улагања које је закључила Република Србија.¹⁵³

1.1.2. Избор заједничке примене међународног и унутрашњег права

Друга могућност за избор меродавног материјалног права у улагачком спору је одређење да се кумулативно примењују међународно и унутрашње право. Комбиновање међународног и унутрашњег права доводи до тзв. „делимичне интернационализације“¹⁵⁴ правног оквира страног улагања.¹⁵⁵ Сврха делимичне

¹⁵¹ *Ibid.*, стр. 99.

¹⁵² Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010.

¹⁵³ Вид. нпр. члан 9(7) Споразума са Алжиром; члан 9(4) Споразума са Грчком; члан 9(4) Споразума са Кипром; члан 9(5) Споразума са Нигеријом.

¹⁵⁴ Неки аутори праве разлику између потпуне интернационализације, до које долази када се на улагачки спор примењује само међународно право, и делимичне интернационализације, до које долази када се на улагачки спор кумулативно примењују међународно и унутрашње право. Вид. А. Diehl, *op. cit.*, стр. 262-265. Према ова термилошка разлика није општеприхваћена, јер се у литератури срећу радови у

интернационализације правног оквира страног улагања је укључивање међународног права као својеврсног „корективног механизма“ за примену националних правила која уређују права и обавезе државе пријемнице улагања, чиме се страним улагачима пружа додатна правна сигурност.¹⁵⁶

Карактеристичан пример клаузуле којом се бира заједничка примена међународног и унутрашњег права садржан је у концесионом акту закљученом између америчких компанија *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco)* и *California Asiatic Oil Company (Calasiatic)* и Либије из 1955. године, поводом чијег кршења је вођена чувена *ad hoc* арбитража седамдесетих година XX века.¹⁵⁷ Члан 28 концесионог акта предвиђао је да ће за концесију бити меродавни (они) принципи либијског права који истовремено представљају и принципе међународног права („*This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law [...]*“), а уколико таквих (заједничких) принципа нема, супсидијарно ће се примењивати (само) општи правни принципи. Анализирајући ову клаузулу и објашњавајући однос између међународног и унутрашњег права који та клаузула предвиђа, арбитар-појединац је закључио да сврха члана 28 концесионог акта није да се путем примене либијског права искључи примена међународног права или обратно, већ управо супротно: клаузула предвиђа садејство оба регистра правила, и то на тај начин што међународно право треба да представља стандард за примену либијског права.¹⁵⁸

којима аутори под појмом интернационализације подразумевају само случај делимичне интернационализације, одлучили смо да је у овом раду прихватимо како бисмо избегли евентуалне забуне које би у супротном могле да настану.

¹⁵⁵ О делимичној интернационализацији улагачких уговора вид. Patrick Borchers, „The Internationalization of Contractual Conflicts Law“, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* бр. 28/1995, стр. 421-443; Nagla Nassar, „Internationalization of State Contracts: ICSID, the Last Citadel“, *Journal of International Arbitration* бр. 3/1997, стр. 185-208; Abdul F. Munir Maniruzzaman, „Choice of Law in International Contracts – Some Fundamental Conflict of Laws Issues“, *Journal of International Arbitration* бр. 4/1999, стр. 141-172; Abdul F. Munir Maniruzzaman, „State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies“, *EJIL* бр. 2/2001, стр. 309-328; T. Begic, *op. cit.*, стр. 21-24; Delphine Nougayrède, „Binding States: A Commentary on State Contracts and Investment Treaties“, *Business Law International* бр. 3/2005, стр. 372-395; A. Diehl, *op. cit.*, стр. 264-269.

¹⁵⁶ Mutchucumaraswamy Sornarajah, „Protection and Guarantees of Investment“, *Commonwealth Law Bulletin* бр. 2/2000, стр. 1291.

¹⁵⁷ *Texaco Overseas Petroleum Company & Calasiatic v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977, *Yearbook of International Commercial Arbitration* 1979, стр. 177-187.

¹⁵⁸ *Ibid.*, стр. 182.

На сличан начин је дефинисан однос националног и међународног права у Уговору о преносу капитала између компаније AGIP и Конга, којим је AGIP остварио улагање у ову афричку државу.¹⁵⁹ Члан 15(2) Уговора предвиђао је меродавност права Конга допуњеног принципима међународног права. Арбитражно веће је, тумачећи ову одредбу, закључило да на спорно питање одговорности за национализацију AGIP-овог улагања треба да примени одредбе конгоанског устава, грађанског и трговачког законика, као и општа правила међународног права о дозвољености национализације.

Споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања који обавезују државу Србију не садрже одредбе које би дефинисале однос међународног и националног права на једнако јасан начин као што је то учињено у два претходно наведена случаја. У неким споразумима, међутим, проналазимо одредбе које би потенцијално могле да се протумаче на начин на који је то учинио арбитар-појединац у арбитражи *Texaso v. Libya*. Члан 11(3) српско-шпанског Споразума о подстицању и узајамној заштити улагања предвиђа да ће арбитражна одлука у спору између Стране уговорнице и улагача из друге Стране уговорнице бити заснована на одредбама Споразума, националног закона Стране уговорнице на чијој територији је извршено улагање укључујући и њена правила о решавању сукоба закона и на правилима и општеприхваћеним принципима међународног права.¹⁶⁰ Сличан је садржај и члана 11(5) Споразума између Србије и Азербејџана о подстицању и узајамној заштити улагања, који предвиђа да ће „[с]пор [између улагача и Стране уговорнице-пријемнице улагања] бити решаван у складу са законом, примењујући услове из овог споразума, национално законодавство Стране уговорнице која је страна у спору и принципима међународног јавног права“.¹⁶¹ Заједничка тачка оба наведена споразума је то што меродавне изворе материјалног права у улагачком спору постављају кумулативно, а не алтернативно или супсидијарно. Такав правнотехнички приступ, по нашем мишљењу, налаже примену свих побројаних извора права и то на начин који не би за последицу имао да неки од

¹⁵⁹ AGIP Company SpA v. Government of the Popular Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 November 1979, *Yearbook of Commercial Arbitration* 1983, стр. 133-143.

¹⁶⁰ Споразум између Савезне Републике Југославије и Краљевине Шпаније о подстицању и узајамној заштити улагања, *Службени лист СЦГ – МУ* бр. 3/2004. Напомињемо, међутим, да српски текст члана 11(3) унеколико одступа од текста Споразума на енглеском језику. Како, сходно члану 13 Споразума, енглеска верзија има превагу у случају одступања у тумачењу, определили смо се да текст члана 11(3) Споразума пренесемо према енглеском изворнику.

¹⁶¹ Споразум између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о заштити и узајамном подстицању улагања, *Службени гласник РС – МУ* бр. 8/2011.

њих буде *a priori* искључен из примене или „прескочен“. Другим речима, споразуми са Шпанијом и Азербејџаном би се граматички могли протумачити тако да налажу примену правила и принципа који су *заједнички* улагачким споразумима и осталим изворима националног и међународног права.

Премда још увек није било прилике да се судска или арбитражна пракса изјасне о значењу и дејству наведених одредаба, сматрамо да би њихово читање на начин за који се залажемо било конзистентно са досадашњом међународном арбитражном праксом која стоји на становишту да се међународно право има узети за корективни механизам у примени националног права онда када су међународни и национални извори кумулативно наведени као меродавни. Такав је, рецимо, био случај у спору решаваном пред Арбитражним судом Међународне трговинске коморе у Паризу 1980. године између италијанске и сиријске стране.¹⁶² Члан 19.6 спорног уговора предвиђао је да ће арбитри судити у складу са општим принципима права и правде, док је члан 25 истог уговора прописивао да је уговор подвргнут сиријском праву. Арбитражно веће је нашло да кумулативно одређивање општих правних принципа и сиријског права као меродавног правног оквира захтева да се клаузуле о одређивању меродавног права тумаче тако да обезбеђују примену уравнотеженог и хармоничног правног режима. Сходно томе, арбитражно веће је одлучило да на спор примењује одредбе сиријског права које су у складу са општим правним принципима.¹⁶³

1.1.3. Избор унутрашњег права

Као меродавно право за међународни улагачки подухват, па тако и за питање одговорности државе за заштиту страног директног улагања, може бити изабрано и

¹⁶² X (Italy) v. Y (Syria), ICC Case No. 3380, Award of 29 November 1980, *Yearbook of International Commercial Arbitration* 1982, стр. 116-118.

¹⁶³ Сличан приступ примењен је и у другим случајевима. Вид. нпр. SPP (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties Ltd v Arab Republic of Egypt, The Egyptian General Company for Tourism and Hotels („EGOTH“), ICC Case No. 3493, Award of 16 February 1983, *Yearbook of International Commercial Arbitration* 1984, стр. 111-123. Арбитражно веће је најпре утврдило да уговори поводом чије повреде се водила арбитража не садрже клаузулу о избору меродавног права, али да, с обзиром на све околности случаја (место закључења уговора, место испуњења уговорних обавеза, бројна позивања на египатско право у уговорима), произлази да је египатско право меродавно за спор. Међутим, имајући у виду међународну природу спора, арбитри су одлучили да примењују само оне одредбе и принципе египатског права који су сагласни међународном праву, јер египатско право, сходно мишљењу истакнутих египатских правника позваних да дају мишљење о овом питању, укључује и међународно право.

национално право. Имајући у виду да ова опција генерално не погодује улагачима јер уређивање садржаја правног режима меродавног за њихов пословни подухват препушта држави пријемници улагања, унутрашње право се ретко бира као меродавно за случај улагачког спора.¹⁶⁴ О одсуству воље учесника међународних улагачких подухвата да улагања подвргну унутрашњем праву говори и податак да је у оквиру арбитража Међународног центра до краја деведесетих година XX века забележено само шест случајева у којима је постојао експлицитан избор унутрашњег права (било права државе пријемнице улагања, било права државе чију припадност има улагач) као меродавног за спор.¹⁶⁵ Један од ретких примера избора националног права који се у литератури редовно наводи је споразум између компаније Ултрамер и Иранске националне нафтне компаније (НИОС) који, у члану 25, предвиђа примену иранског права као меродавног.¹⁶⁶

Да би се избор унутрашњег права учинио примамљивијом опцијом за улагача прибегава се различитим решењима којим би се смањила могућност утицаја државе пријемнице улагања на садржај правног оквира меродавног за улагање. Једно од питања које се у том контексту поставља јесте да ли је избор унутрашњег права као меродавног подвргнут захтеву конекситета, тј. да ли се као меродавно може изабрати право треће државе која никако није повезана са међународним улагачким подухватом. У првим годинама периода интензивног развоја права страних директних улагања могућност избора права треће државе као меродавног постојала је само у домену теорије.¹⁶⁷ Отпор учесника међународних улагачких подухвата према избору права треће државе објашњавао се не само одсуством интереса државе пријемнице улагања за таквим решењем, већ и околношћу да би право треће државе, нарочито у сфери

¹⁶⁴ А. Diehl, *op. cit.*, стр. 258.

¹⁶⁵ Ради се о предметима Adriano Gardella S.P.A v. The Government of Côte d'Ivoire (ARB/74/1), Atlantic Triton Company Ltd v. People's Revolutionary Republic of Guinea (ARB/84/1), Colt Industries Operation Corporation, Firearms Division v. Government of the Republic of Korea (ARB/84/2), Société d'Études, de Travaux et de Gestion SET MEG S.A v. Republic of Gabon (ARB/87/1), Mobil Oil Corporation, Mobil Petroleum Company Inc and Mobil Oil New Zealand Ltd v. New Zealand Government (ARB/87/2) Vacuum Salt Products Ltd v. Government of the Republic of Ghana (ARB/92/1). Више о томе вид. N. Nassar, *op. cit.*, стр. 197, која је и спровела ово истраживање праксе Међународног центра чије смо резултате пренели.

¹⁶⁶ Наведено према: Т. Begic, *op. cit.*, стр. 16.

¹⁶⁷ Према једном истраживању изведеном крајем шездесетих година XX века на узорку од осамдесет улагачких уговора, није пронађен ниједан случај избора права треће државе. Вид. Ph. Kahn, *op. cit.*, стр. 13.

фискалних и царинских прописа, било практично врло тешко применљиво ван матичног правног система.¹⁶⁸ Ни у новије време ситуација по питању избора права треће државе није драстично другачија. Премда се у литератури наводи да је избор права треће, неутралне државе нарочито погодан за улагачке аранжмане који обухватају кредитне послове, овакви случајеви се у пракси и даље срећу тек врло спорадично.¹⁶⁹

Остављајући привремено по страни питање заинтересованости учесника међународног улагачког подухвата да изабере право треће државе, као и могућност практичне примене таквог решења, сматрамо да не постоје довољно убедљиви аргументи који би оправдали захтев постојања конекситета као услова за пуноважност избора меродавног права за страна улагања. Наиме, захтев конекситета се по правилу оправдава потребом да се спречи фrawdолозно избегавање примене права са којим би спорни однос, да није било избора, био у најближој вези.¹⁷⁰ У конкретном случају, фrawdолозна намера, тј. настојање учесника правног посла да променом меродавног права стекну одређену погодност која би им по иначе меродавном праву била недоступна,¹⁷¹ с обзиром на то да се испољава у *споразуму* страна о меродавном праву, морала би да постоји код свих учесника међународног улагачког подухвата. Сматрамо да би било оправдано претпоставити да улагач и држава пријемница улагања имају супротстављена схватања садржаја „иначе недоступне погодности“ у контексту одговорности државе за заштиту страног директног улагања, што практично онемогућава да се *споразумеју* о праву треће државе које ће истовремено испуњавати фrawdолозна очекивања и једне и друге стране у међународном улагачком подухвату. Из перспективе улагача, фrawdолозна намера би се манифестовала у настојању да се изабере право које предвиђа *шире* поље одговорност државе за заштиту улагања од иначе меродавног права. Са друге стране, фrawdолозна намера државе пријемнице улагања би се манифестовала у њеном настојању да се изабере право које поље одговорности за заштиту страног улагања поставља *уже* него иначе меродавно право. Према томе, сматрамо да аргумент спречавања изигравања закона не може да оправда

¹⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁶⁹ Т. Begic, *op. cit.*, стр. 17. За супротно мишљење вид. М. Sornarajah, *The Settlement...* (*op. cit.*), стр. 47-50.

¹⁷⁰ Ph. Kahn, *op. cit.*, стр. 12.

¹⁷¹ P. Mayer, V. Heuzé, *op. cit.*, стр. 189-190.

постављање захтева конекситета у погледу избора права меродавног за одговорност државе за заштиту страних директних улагања. Управо супротно, избор трећег, неутралног права чије измене нису у сфери утицаја државе пријемнице улагања би, верујемо, допринео правној сигурности улагача и, са друге стране, учинио државу опрезнијом у предузимању потенцијално недозвољених правних радњи према предмету улагања. Практично ограничење аутономије воље приликом избора права треће државе зато треба радије тражити на терену применљивости таквог решења и заинтересованости страна да се око њега сагласе, а не на нивоу теоријских и вредносних обзира спречавања злонамерног поступања учесника међународног улагачког подухвата.

Други вид изласка у сусрет разумним очекивањима улагача и њиховој потреби да развој правног оквира меродавног за улагање буде предвидљив представља тзв. „стабилизовање“ националог права меродавног за страно директно улагање. Стабилизовање меродавног права се огледа у поништавању дејства према улагачу свих одредаба меродавног права које ступе на снагу након што је улагачки подухват отпочео, односно након што је улагање уписано у одговарајући регистар, а које за последицу имају сужавање или губитак његових стечених улагачких права.¹⁷² Поништавање дејства накнадних измена меродавног права се постиже на неколико могућих начина:

1. путем тзв. „клаузула замрзавања“, којим се предвиђа да ће се на улагање примењивати право државе пријемнице улагања у оном садржају које је имало у тренутку отпочињања улагачког подухвата, а накнадне измене тог права које би за последицу имале сужавање или губитак стечених улагачких права се по правилу не примењују, осим уколико улагач то изричито не прихвати;¹⁷³

¹⁷² Литература о стабилизационим клаузулама у међународном праву страних улагања је веома богата. На овом месту ћемо зато навести само неколико често цитираних радова: Thomas Wälde, *Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, Dundee 1994; Klaus Peter Berger, „Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators“, *Vanderbilt Journal of International Law* vol. 36, 2003, стр. 1347-1380; Piero Bernardini, „Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments“, *Journal of World Energy Law & Business* бр. 1/2008, стр. 98-112; Audley Sheppard, „Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?“ у: Marie-Claire Cordonier Segger et al. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International 2011, стр. 333-350.

¹⁷³ Пример за клаузулу замрзавања садржан је у члану 16 став 2 Уговора о концесији између Либијско-америчке нафтне компаније (Libyan American Oil Company - LIAMCO) и Либије, који гласи: „*На овај*

2. путем тзв. „компензационих клаузула“, којим се предвиђа да ће држава обештетити улагача у вредности за коју су његова улагачка права умањена накнадним променама права државе пријемнице;¹⁷⁴
3. путем тзв. „клаузула економске равнотеже“, којима се, у случају да дође до накнадних промена меродавног права које би за последицу имале смањење или губитак улагачких права, улагач и држава пријемница улагања обавезују да ступе у преговоре у циљу поновног успостављања почетног склада међусобних обавеза и легитимних очекивања, у мери која је потребна да се пониште економска дејства промена правног оквира меродавног за улагање;¹⁷⁵
4. путем тзв. „клаузула поновног преговарања“ или „адаптационих клаузула“, којима се, у случају да дође до накнадних промена меродавног права које би за последицу имале смањење или губитак улагачких права, улагач и држава пријемница улагања обавезују да ступе у преговоре у циљу свеобухватног редефинисања међусобних права и обавеза, без обавезе да новоуређени однос задржи све карактеристике иницијалног.¹⁷⁶

Српско право садржи две врсте стабилизационих клаузула. Члан 84 став 3 Устава садржи генералну клаузулу замрзавања која предвиђа да права стечена улагањем

Уговор о концесији ће се, све време његовог важења, примењивати Закон о нафти и други меродавни прописи који су били на снази на дан [...]. Измене или укидање ових прописа неће утицати на права која је Компанија овим Уговором стекла без њеног изричитог пристанка“. Наведено према тексту одлуке доступном на веб-страници: <<http://www.trans-lex.org/261400>>.

¹⁷⁴ Пример компензационе клаузуле може се наћи у члану 26 став 2 оманског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 2002. године, који гласи: „У случају да било која одредба закона или других државних прописа постане несагласна са одредбама овог Уговора, Влада Омана ће предузети потребне кораке да надокнади Компанији сваки губитак проистекао из настале несагласности [...]“ Наведено према: R. D. Bishop, J. Crawford, W. M. Reisman, *op. cit.*, стр. 291.

¹⁷⁵ Пример клаузуле економске равнотеже садржан је у члану 34 став 12 катарског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 1994. године и гласи: „Ако услед накнадног ступања на снагу закона и других прописа економски положај Компаније буде погоршан у односу на оно што је Компанија могла разумно да очекује на основу закона и прописа који су били на снази на дан [...], а нарочито ако царине пређу [...] процената, обе стране ће приступити преговорима у доброј вери у циљу проналажења правичног решења којим ће се очувати економска равнотежа овог Уговора“.

Наведено према: K. P. Berger, *op. cit.*, vol. 36, 2003, стр. 1360.

¹⁷⁶ Пример клаузуле поновног преговарања може се наћи у члану 9 Додатног споразума између Владе Кувајта и Америчке независне нафтне компаније (American Independent Oil Company – AMINOIL) из 1961. године и гласи: „Уколико се услед измене услова ове или неке касније одобрене Концесије дође до побољшања положаја државе, Компанија и Влада ће ступити у преговоре како би утврдили да ли би, у светлу свих релевантних околности и имајући у виду плаћања која Компанија оствари до тог тренутка, било правично изменити овај Споразум“.

Наведено према: P. Bernardini, *op. cit.*, стр. 111.

капитала на основу закона не могу законом бити умањена. Ова одредба је, у контексту страних директних улагања, конкретизована и додатно разрађена у члану 9 став 2 Закона о страним улагањима, којим се предвиђа да права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у судски регистар не могу бити сужена накнадном изменом закона и других прописа. Са друге стране, члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама садржи једну атипичну варијацију клаузуле економске равнотеже и предвиђа да се, у случају промене прописа након закључења јавног уговора које погоршавају положај приватног или јавног партнера, уговор може изменити без ограничења, а у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора.

Сматрамо да је садејство клаузула замрзавања и клаузуле поновног преговарања у нашем праву у ситуацији када се страно улагање остварује кроз јавно-приватно партнерство или концесиони посао потенцијално веома проблематично, јер ставља државу у неповољан положај у односу на улагача у случају да дође до накнадне измене домаћих прописа који би за последицу имали сужавање или губитак улагачевих стечених права. Први проблем који се у вези са овим питањем јавља је околност да су клаузуле замрзавања и клаузула поновног преговарања садржане у изворима неједнаке правне снаге, што рађа дилеме у погледу њиховог међусобног односа. Ако анализу овог питања са аспекта хијерархије извора права оставимо по страни, произлази да је на улагачу избор да ли ће се у случају промене прописа позивати на стабилизациону гаранцију зајемчену Уставом, или ће ступити у преговоре са државом у складу са чланом 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама. Улагач који се рационално понаша ће тако приступити преговорима само уколико постоји могућност да тако добије више него што би то био случај по редовном току ствари, да до измене прописа није ни дошло, јер му очување економске равнотеже већ обезбеђује уставна клаузула замрзавања која чини да све накнадне измене домаћих прописа буду без дејства према њему. Сматрамо да се на овај начин претерано шири поље одговорности државе према улагачу у случају накнадне измене домаћих прописа меродавних за улагање, што може бити веома неповољно за нашу државу у случају да се непоштовање стабилизационе обавезе појави као питање у неком од будућих улагачких спорова.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Детаљно о овом проблему вид. М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 658-672.

1.1.4. Уговор изолован од права

Крајем педесетих година XX века професори Вердрос (*Verdross*) и Шварценбергер (*Schwarzenberger*) су изложили схватање о уговорима између страних улагача и држава пријемница улагања као „квази-међународним уговорима“.¹⁷⁸ Према схватању ових аутора, улагачки уговори се могу сматрати међународним јер њима држава пријемница улагања предузима одређене међународно-јавноправне обавезе, али оно што ове уговоре чини неправим, тј. „квази-међународним“ јесте околност да се држава директно обавезује према самом улагачу, приватноправном лицу које, у оптици класичног међународног права, не може да учествује у стварању и обликовању међународно-јавноправних обавеза. Професор Вердрос иде и корак даље па закључује да, пошто су квази-међународни уговори по својој суштини уговори између једнакоправних субјеката (обе стране слободно одлучују да ли ће закључити уговор или не и имају номинално једнаку преговарачку моћ), а ти субјекти припадају различитим „класама“ (улагач је субјект приватног а држава међународног јавног права), они не треба да буду подвргнути ни унутрашњем ни међународном праву, већ оном скупу права и обавеза које су стране саме створиле. Унутрашњем праву би евентуално могло да се прибегне само за потребе тумачења уговора или попуњавања правних празнина, и то само ако су саме стране тако изричито предвиделе. По теорији уговора изолованог од права, меродавно право за уговор је, дакле, сām уговор (*lex contractus*).

Иако су стране у неким инвестиционим арбитражама покушавале да се позову на теорију уговора изолованог од права,¹⁷⁹ овој теорији се с правом упућује доста критика.¹⁸⁰ Те критике се, грубо посматрано, могу поделити у две групе. У првом реду теорија уговора изолованог од права трпи замерке методолошке природе. Наиме, гледиште да страни улагач и држава могу да за своје потребе креирају систем правила

¹⁷⁸ Наведено према: Ph. Kahn, *op. cit.*, стр. 13-14.

¹⁷⁹ Вид. нпр. *Arabian American Oil Company (ARAMCO) v. Saudi Arabia*, Award, 23 August 1958, *International Law Review* 1963, стр. 117-233, нарочито аргументацију на стр. 173.

¹⁸⁰ Ph. Kahn, *op. cit.*, стр. 14-15; A. Diehl, *op. cit.*, стр. 263-264; C. Schreuer, *The Commentary... (op. cit.)*, стр. 562. О потенцијалним тешкоћама које могу да настану применом ове теорије у арбитражном праву Србије вид. Маја Stanivuković, „Contract without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law in Serbia and Montenegro Law“, XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16-22 July 2006, стр. 1-12, доступно на веб-адреси: <<http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/2.pdf>>.

који је потпуно независан и изолован од међународног и националних права би значило да улагач и држава могу да дерогирају примену правила јавног поретка и перемпторних норми међународног права, што је очигледно ван домашаја њихове аутономије воље.¹⁸¹ Такође, оно што обезбеђује делотворност аутономије воље уговорима приватног права у случају да једна од страна повреди своје уговорне обавезе је могућност принудног спровођења тих обавеза, што се остварује применом читавог низа процесних и материјалних правила унутрашњег права. Негирањем било каквог дејства међународном и унутрашњем праву, теорија уговора изолованог од права заправо доводи до ситуације да испуњавање уговорних обавеза зависи искључиво од сарадње уговорних страна, јер нема супсидијарног механизма који би се принудно примењивао уколико сарадња изостане.¹⁸²

Осим методолошких проблема, теорија уговора изолованог од права може да доведе до непремостивих тешкоћа у практичној примени. Наиме, уколико стране не оставе никакву могућност за примену националног или међународног права на свој уговор који садржи празнине у делу релевантном за одлучивање о меритуму спора а процесни правилник форума пред којим се спор решава забрањује форуму да се уздржи од одлучивања позивањем на недостатак материјалних правила по којима ће се спор решавати (*non liquet*), као што то, на пример, чини члан 42(2) Вашингтонске конвенције, теорија уговора изолованог од права би решавање спора довела у ћорсокак. Стога не чуди што је теорија уговора изолованог од права одбачена и у арбитражној пракси. Тако је, на пример, арбитражно веће у предмету *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka*¹⁸³ експлицитно стало на становиште да двострани уговор о заштити и подстицању страних директних улагања није самосвојан затворен систем непосредно применљивих правила, већ чини део ширег правног окружења састављеног од испреплетаних правила међународног и националног порекла.

Сматрамо да су критике упућене теорији уговора изолованог од права сасвим оправдане. Штавише, непостојање арбитражне праксе која би потврдила применљивост ове теорије нас утврђује у гледишту да ограничење меродавног права на

¹⁸¹ A. Diehl, *op. cit.*, стр. 263.

¹⁸² A. F. M. Maniruzzaman, „*Choice of Law...*“ (*op. cit.*), стр. 147-148.

¹⁸³ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990.

сам улагачки уговор не представља могућу и изводљиву опцију за избор меродавног „права“.

1.2. Ограничења аутономије воље

Иако је аутономија воље темељни принцип уговорног права, право на избор меродавног права ипак није апсолутно, већ трпи одређена ограничења.¹⁸⁴ Врста и домашај ограничења зависе од околности да ли је као меродавно право за улагачки подухват изабрано међународно или унутрашње право.

Ако је као меродавно право за улагачки подухват одређено међународно право, опште је правило Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године да се уговором не могу предвидети правила која би била у супротности са перемпторним нормама међународног права (*ius cogens*).¹⁸⁵ Међутим, имајући у виду да се перемпторним нормама међународног права по правилу штите основне цивилизацијске вредности,¹⁸⁶ у пракси би било изузетно тешко замислити ситуацију у којој би државе имале заједничку намеру да правила о одговорности државе за заштиту страног улагања (или уосталом било које друго питање из области права страних улагања) формулишу на начин који би био у супротности са *ius cogens*-ом. Према томе, овај вид ограничења аутономије воље остаје, по нашем схватању, строго у домену теорије.

Уколико је као меродавно право за улагачки подухват изабрано национално право, спектар могућих ограничења аутономије воље је шири. У литератури се као једно од могућих ограничења аутономије воље у овом случају наводе норме непосредне примене. Међутим, теоретске контроверзе које и иначе прате материју норми непосредне примене у упоредном међународном приватном праву¹⁸⁷ појављују се и у области страних директних улагања, тако да се у погледу норми непосредне примене као ограничавајућег фактора аутономије воље при избору права меродавног за

¹⁸⁴ Више о теоријским основама аутономије воље и њених ограничења у међународним уговорима вид. А. Ф. М. Манируззаман, „*Choice of Law...*“ (*op. cit.*), стр. 162-166.

¹⁸⁵ Члан 53 Бечке конвенције из 1969. године.

¹⁸⁶ Перемпторним нормама међународног права забрањује се агресорски рат, злочини против човечности, ратни злочини, геноцид, апартхејд, ропство, мучење, пиратерија и сл. Више о томе вид. М. Shaw, *op. cit.*, стр. 126.

¹⁸⁷ За концизан преглед спорних питања у материји норми непосредне примене, уместо свих вид. Р. Mayer, V. Neuzé, *op. cit.*, стр. 89-97.

одговорност државе за заштиту страних директних улагања уочавају бројне дилеме. Иницијална дилема везана је за идентификацију тзв. заинтересованог правног система – оног правног система који је у довољно блиској вези са улагачким подухватом да би његове норме непосредне примене могле да буду примењене независно од воље учесника подухвата. Док једни сматрају да су, у контексту права страних улагања, само норме непосредне примене права државе пријемнице улагања довољно релевантне да буду признате као ограничавајући фактор аутономије воље,¹⁸⁸ други се залажу за шире посматрање овог проблема и дозвољавају могућност да се делотворност призна нормама непосредне примене било ког правног система који је у довољно блиској вези са улагачким подухватом.¹⁸⁹

Недоумице постоје и у погледу врсте норми неспоредне примене које би могле да ограниче аутономију воље у погледу избора права меродавног за међународни улагачки подухват, па тако и одговорност државе за заштиту страних директних улагања. С једне стране се налазе аутори који сматрају да аутономију воље могу да ограниче све оне норме које би и иначе потпадале под уобичајено схваћен круг норми непосредне примене, као што су правила из области спољнотрговинског и девизног пословања, заштите животне средине, права конкуренције и заштите потрошача,¹⁹⁰ док се са друге налазе они који држе да је за право страних улагања релевантне само једна посебна врста норми непосредне примене – норме којима се улагања у одређеним областима које су од нарочитог интереса за државу пријемницу (нпр. стратешки важни сектори као што су одбрана, енергетика, транспортна инфраструктура или друштвено осетљиви сектори као што је област медија) изузимају из општег механизма регулисања страних директних улагања и подвргавају посебним правилима.¹⁹¹

Коначно, нејасноће се јављају и у погледу нужности дејства норми непосредне примене у области страних директних улагања. Наиме, међународни улагачки подухвати су специфични због тога што у сваком од њих учествују државе у свом јавноправном својству доносилаца прописа. Учешће државе као доносиоца прописа може бити директно, у случају да она закључује улагачки уговор непосредно са

¹⁸⁸ A. Diehl, *op. cit.*, стр. 277.

¹⁸⁹ M. Sornarajah, *The Settlement...* (*op. cit.*), стр. 47-50.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ A. Diehl, *op. cit.*, стр. 277-278.

улагачем и тиме *ad hoc* креира меродаван правни оквир за конкретно улагање, или индиректно, када било стварањем унутрашњих прописа о заштити страних улагања било закључивањем међународноправних инструмената јемчи улагачима са којима није у непосредном уговорном односу одређене стандарде третмана њихових улагања. У сваком случају, ради се о нормативној делатности државе која је, као прерогатив суверености, неоспорна и неприкосновена докле год се остварује у сагласности са општеобавезујућим нормама међународног права. Према томе, као што може слободно да доноси нове прописе, држава може и да дерогира већ постојеће. Штавише, јасно да ово није само теоријска могућност већ и често коришћено решење у пракси. Право на слободну конверзију у погледу плаћања везаних за страна улагања и право на слободан трансфер добити су, по нашем схватању, класични примери генералног дерогирања норми непосредне примене у области девизног пословања у односу на стране улагаче.¹⁹² Дакле, аутономија воље државе у праву страних улагања заправо представља вид испољавања њене нормативне слободе, па нам се стога чини да норме непосредне примене, будући да су у свом настанку и дејству подређене вољи државе чијем праву припадају, не могу да представљају ограничавајући фактор аутономије воље у погледу избора меродавног права у улагачком подухвату.

Са друге стране, постоји скуп правила чији настанак није последица искључиве воље државе у чијем правном поретку се та правила налазе, већ шире заједнице држава – међународне заједнице. Ради се о правилима јавног поретка. Имајући у виду да постоје дилеме у погледу сличности садржаја појма јавног поретка у различитим правним системима, за потребе овог рада ћемо разматрати само правила тзв. транснационалног јавног поретка – општеприхваћених основних међународних принципа правног и друштвеног поретка¹⁹³ која су од толике важности да се морају поштовати по сваку цену и без изузетка¹⁹⁴ и која су, како то сликовито објашњава швајцарски професор Пјер Лалив (*Lalive*), „резултат осмозе основних принципа

¹⁹² Ова права страних улагача зајемчена су и у српском праву. Вид. чланове 10 и 12 Закона о страним улагањима.

¹⁹³ Martin Hunter, Gui Conde e Silva, „Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations“, *Journal of World Investment* бр. 3/2003, стр. 367; Galf-Peter Calliess, Moritz Renner, „Transnationalizing Private Law – The Public and the Private Dimensions of Transnational Commercial Law“, *German Law Journal* бр. 10/2009, стр. 1342-1343.

¹⁹⁴ Julian D. M. Lew, *The Choice of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York 1978, стр. 532.

појединачних националних јавних поредака“¹⁹⁵. Ова правила би, рецимо, забрањивала коруптивна давања у међународним улагачким подухватима или онемогућавала да улагања за предмет имају неке међународно недозвољене активности као што је, примера ради, производња оружја за масовно уништење.¹⁹⁶ Упркос мишљењима да установа јавног поретка не би могла да ефикасно ограничи аутономију воље у међународном улагачком подухвату и спречи стране да избором одређеног права спрече примену јавног поретка оне државе чије би право било меродавно у одсуству избора,¹⁹⁷ придружујемо се оним ауторима који сматрају да на данашњем степену развоја међународног права страних улагања форуми за решавање инвестиционих спорова имају довољно моћи да дају предност нормама транснационалног јавног поретка над изабраним правом.¹⁹⁸

2. Тачке везивања у одсуству аутономије воље

Уколико странке нису изабрале меродавно право за улагачки спор, па тако и за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања, начин на који ће то право бити одређено зависи од правила које форум пред којим се решава улагачки спор мора да примењује. Ако се спор решава пред националним судом, суд ће применити колизионе норме свог права које су за страна директна улагања, по правилу, једностране.¹⁹⁹ Насупрот томе, ако се спор решава пред арбитражним судом, приступ одређивању меродавног права уређен је правилником који односну арбитражну институцију (или *ad hoc* арбитражу) обавезује. У том погледу, могуће је разликовати неколико приступа.

Члан 42(1) Вашингтонске конвенције у одсуству аутономије воље налаже примену права државе пријемнице улагања (укључујући и правила о одређивању меродавног права) и правила међународног права која су подобна да буду примењена у конкретном случају. Оваква формулација знатно је ужа од формулације која је била

¹⁹⁵ Pierre Lalive, „Transnational (or Truly International) Public Policy“, *ICCA Congress Series* бр. 3/1986, стр. 295-296.

¹⁹⁶ A. Diehl, *op. cit.*, стр. 283.

¹⁹⁷ A. F. M. Maniruzzaman, „Choice of Law...“ (*op. cit.*), стр. 149.

¹⁹⁸ M. Hunter, G. Conde e Silva, *op. cit.*, стр. 372; A. Diehl, *op. cit.*, стр. 284.

¹⁹⁹ П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 248.

садржана у нацрту Конвенције²⁰⁰ и, на први поглед, у приличној мери ограничава слободу арбитра Међународног центра у одређивању меродавног права. Као оправдање за усвојену формулацију обично се наводи да она доприноси већој правној сигурности и извесности у погледу одређивања меродавног права, као и да је оваква формулација прилагођена околности да у инвестиционој арбитражи пред Међународним центром нужно учествује држава пријемница улагања која се не може без своје сагласности, изражене било експлицитно, било имплицитно, било индиректно – посредством сопствених колизионих норми, подвргнути страном меродавном праву.²⁰¹ Ипак, без обзира на макар привидно узак „маневарски простор“ који оставља арбитрама у одсуству избора меродавног права учињеног од страна, формулација члана 42(1) Вашингтонске конвенције свеједно отвара најмање два спорна питања, од којих у великој мери зависи обухват и домашај ове норме. Прво питање тиче се односа супстанцијалних и колизионих норми права државе пријемнице улагања, а друго хијерархијског односа права државе пријемнице улагања и међународног права.

Експлицитно позивање члана 42(1) Вашингтонске конвенције на колизионе норме права државе пријемнице улагања отворило је питање да ли ова одредба установљава хијерархијски редослед по којем арбитраи треба да испитују и примењују супстанцијалне и колизионе норме националног права. По мишљењу професора Шварценбергера, укључивање колизионих норми у члан 42(1) последица је настојања аутора Конвенције да избегну ситуацију у којој би арбитраи Међународног центра били ограничени само на примену супстанцијалног права државе пријемнице улагања, јер би тада они имали ужи спектар могућности за одређивање меродавног права од националних судија, који нужно примењују своје колизионе норме сваки пут када решавају приватноправне спорове са елементом иностраности.²⁰² Наведено тумачење води ка даљем закључку да је формулација члана 42(1) у ствари питање стила и форме јер, будући да су колизионе норме за страна директна улагања по правилу једностране, резултат колизионоправне анализе ће, опет по правилу, бити примена супстанцијалног права државе пријемнице улагања. Са друге стране, на основу граматичког тумачења

²⁰⁰ У нацртима Конвенције који су претходили коначном тексту, стајала је одредба да су арбитраи овлашћени да примене оно право које оцене као прикладно. Више о томе вид. С. Schreuer, *The Commentary...* (*op. cit.*), стр. 605-608.

²⁰¹ Ph. Kahn, *op. cit.*, стр. 21.

²⁰² Наведено према: *Ibid.*, стр. 25, фн. 56.

члана 42(1) професор Кан (*Kahn*) изводи закључак да ова одредба даје примат у примени супстанцијалним нормама права државе пријемнице улагања.²⁰³

Сматрамо да се из околности да у тексту члана 42(1) Вашингтонске конвенције позивање на супстанцијалне норме долази пре позивања на колизионе норме не може извести закључак да прва врста норми има предност у примени над другом. Чак и уколико бисмо се ограничили на граматичко тумачење члана 42(1), формулација ове одредбе по којој се у одсуству аутономије воље примењује право државе пријемнице улагања **укључујући** и правила о одређивању меродавног права не указује, по нашем разумевању, на постојање хијерархијског односа између супстанцијалних и колизионих норми, већ само прецизира круг норми које арбитри Међународног центра могу да узимају у обзир у одређивању меродавног права. Исто тако треба имати у виду да примена вишестраних колизионих норми у одређивању меродавног права потенцијално доводи до проблема узвраћања и преупућивања, што може да има озбиљне практичне последице. Зато се залажемо за екстензивније тумачење одредбе члана 42(1) Вашингтонске конвенције, према коме би акценат требало ставити на последњи део ове норме, који предвиђа да ће арбитри применити она правила која оцене подобним у конкретном случају, и узети да се тај део односи не само на избор између унутрашњег и међународног права, већ и на избор конкретних норми права државе пријемнице улагања. Према томе, од оцене арбитра у сваком конкретном случају би зависило да ли ће се примењивати супстанцијалне или колизионе норме права државе пријемнице улагања и, у случају да дође до примене колизионе норме која би била вишестрана и упутила на право неке друге државе, да ли ће се применити супстанцијална или колизиона норма тог права. Изложени приступ тумачењу члана 42(1) Вашингтонске конвенције би, по нашем схватању, био у складу са флексибилношћу арбитраже као алтернативног метода решавања спорова и дао арбитрама довољно простора да своју одлуку о меродавном праву уподобе конкретним околностима сваког случаја.

Питање хијерархијског односа права државе пријемнице улагања и међународног права не поставља ништа мање проблема од дилема у вези са хијерархијским односом супстанцијалних и колизионих норми унутрашњег права. Ово питање има не само симболички већ и велики практичан значај, јер од избора

²⁰³ *Ibid.*, стр. 25.

меродавног права у крајњој линији може да зависи исход улагачког спора, нарочито када је реч о одговорности државе за експропријацију страног улагања.²⁰⁴ Проблеми у тумачењу проистичу из околности да друга реченица члана 42(1) Вашингтонске конвенције само предвиђа кумулативну примену права државе пријемнице улагања и међународног права, не дајући при том никакве прецизније одреднице када ће се који од ова два система правила применити. Искристалисала су се три главна тумачења ове одредбе.

Прво гледиште изложено је у одлуци *ad hoc* комитета за поништај одлуке у предмету *Klöckner v. Cameroon*, који је стао на становиште да формулација члана 42(1) Вашингтонске конвенције предвиђа примену принципа међународног права у (само) два случаја: 1) када право државе пријемнице улагања има правне празнине и 2) када је то право у супротности са принципима међународног права.²⁰⁵ У сваком случају, арбитражно веће пре примене међународног права мора најпре да утврди садржај права државе пријемнице улагања и установи да ли у конкретном случају постоји потреба за комплементарном или корективном применом међународног права.

Чини се да је ово тумачење на линији схватања Сталног суда међународне правде изнетог у случајевима српских²⁰⁶ и бразилских²⁰⁷ зајмова, према коме се на уговоре који државе закључују у комерцијалном својству (*ex iure gestionis*) увек примењује неко национално право, а претпоставља се да је то право државе која је закључила уговор, што је, по правилу, држава пријемница улагања. Став *ad hoc* комитета у предмету *Klöckner* подржан је и у одлуци *ad hoc* комитета за поништај

²⁰⁴ Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, „The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* бр. 2/2003, стр. 383.

²⁰⁵ У поступку поништаја одлуке у предмету *Klöckner v. Cameroon ad hoc* комитет је, између осталог, био позван и да се изјасни о тврдњи да је арбитражно веће повредило члан 42(1) Вашингтонске конвенције тиме што је утврдило да је *Klöckner* повредио дужност откривања података, чије је постојање изведено из општих принципа лојалности, а не из француског права које је било меродавно у спору. Комитет је нашао да општи принцип лојалности не представља општи принцип међународног права у смислу члана 38 Статута Међународног суда правде, а све и када би било супротно, принципи међународног права би могли да буду примењени само ако би у конкретном случају вршили корективну или комплементарну функцију у односу на право државе пријемнице улагања. Вид. *Klöckner v. Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2 Decision on Annulment, 3 May 1985, пасус 69.

²⁰⁶ Serbian Loans, Judgment No. 14, 12 July 1929.

²⁰⁷ Case concerning Brazilian Loans, Judgment No. 15, 12 July 1929.

одлуке у предмету *Amco v. Indonesia*,²⁰⁸ као и у предметима *LETCO v. Liberia*,²⁰⁹ *SPP v. Egypt*,²¹⁰ *Santa Elena v. Costa Rica*²¹¹. Изложено гледиште подржано је и у једном делу доктрине.²¹²

Становиште да, када стране у спору пред Међународним центром нису изабрале меродавно право, међународно право има само комплементарну или корективну функцију у односу на право државе пријемнице улагања доживело је бројне критике, преваходно због тога што у сваком случају даје примат домаћем праву, редукујући при том могућност примене међународног права на само две тачно дефинисане ситуације.²¹³ Такође, примећено је да су у неким случајевима арбитри олако констатовали да право државе пријемнице улагања садржи правне празнине како би отворили пут примени међународног права, без претходног ваљаног испитивања да ли правна празнина у конкретној ситуацији заиста постоји.²¹⁴ Тако су се јавила два става која представљају реакцију на поимање међународног права као комплементарног или корективног механизма у примени права државе пријемнице улагања.

Према професору Рајзману (*Reisman*), који нуди **друго тумачење** одредбе о одређивању меродавног права у одсуству аутономије воље по Вашингтонској конвенцији, смисао коришћења саставног везника „и“ у другој реченици члана 42(1) Конвенције је да изједначи доступност унутрашњег и међународног права као потенцијално меродавних правних система пред арбитражним већима Међународног центра.²¹⁵ Међутим, без обзира на ово, по нашем схватању исправно, опажање, професор Рајзман наводи да је циљ повезивања националног и међународног права у

²⁰⁸ *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment, 16 May 1986.

²⁰⁹ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986.

²¹⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992.

²¹¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000.

²¹² За преглед извора у којима је изложено становиште подржано вид. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, стр. 393, фн. 65.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Вид. нпр. *SPP v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992 и коментаре те одлуке код E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, стр. 395, са упућивањем на даљу литературу.

²¹⁵ W. Michael Reisman, „The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice-of-Law Provision and the Question of Its Threshold“, *FILJ – ICSID Review* бр. 2/2000, стр. 365.

члану 42(1) Вашингтонске конвенције у настојању да одређивање меродавног права учињено од арбитра у одсуству избора које су направиле стране буде дозвољено из перспективе међународног јавног права. Сходно томе, проста несагласност права државе пријемнице улагања са међународним правом није довољна да би се применило међународно право, већ та могућност постоји само онда када су одредбе права државе пријемнице улагања у супротности са перемпторним нормама међународног права (*ius cogens*).²¹⁶ Сматрамо, међутим, да овако изузетно редукционистичко схватање улоге међународног права нема утемељење у тексту члана 42(1) Вашингтонске конвенције. Наиме, перемпторне норме међународног права су, по дефиницији садржаној у члану 53 Бечке конвенције о уговорном праву, оне норме међународног права од којих није допуштено никакво одступање. Према томе, с обзиром да се од перемпторних норми међународног права не може одступити никако, па ни одређивањем националног права као меродавног, крај друге реченице члана 42(1) Вашингтонске конвенције, схваћен на начин на који то предлаже професор Рајзман, у тој констелацији не би донео ништа ново. Све и када се члан 42(1) Вашингтонске конвенције не би позивао на међународно право, арбитражни суд Међународног центра, па ни било који други форум за решавање улагачких спорова, не би могао да примени одредбе националног права којим би се прекршиле перемпторне норме међународног права.

Коначно, почетком 2000-их година *ad hoc* комитет за поништај одлуке у спору *Wena v. Egypt* који су чинили познати правници Константинос Керамеус (*Kerameus*), Андрес Бухер (*Bucher*) и Франсиско Орего Викуња (*Orrego Vicuña*) формулисао је ново, **треће гледиште** у тумачењу члана 42(1) Вашингтонске конвенције према коме право државе пријемнице улагања и међународно право не стоје ни у каквом хијерархијском односу, већ околности сваког конкретног случаја треба да одреде арбитра да ли ће у одсуству избора учињеног од страна примењивати право државе пријемнице улагања, међународно право, или оба ова система правила истовремено. Речима *ad hoc* комитета: „Јасно је да смисао и значај преговора који су довели до формулисања друге реченице члана 42(1) указују да оба правна система могу да се примењују у решавању спора. Према томе, право државе пријемнице улагања може да се примени заједно са међународним правом, уколико је то оправдано. Исто тако, и

²¹⁶ *Ibid.*, стр. 375-377.

међународно право може да буде самостално примењено, уколико се у оквиру њега налази одговарајуће правило за конкретан случај²¹⁷ (превео и подвукао аутор).

Афирмативно коментаришући ову одлуку, професор Гајар (*Gaillard*) примећује да је изложено гледиште *ad hoc* комитета у складу са принципом арбитражног права да арбитри треба да имају што је могуће ширу слободу у одређивању меродавног права када га већ странке нису изабрале и додаје да је тумачење *ad hoc* комитета поткрепљено и самим текстом члана 42(1) Вашингтонске конвенције који не даје предност у примени једном систему правила над другим, већ их хијерархијски неутрално повезује користећи саставни везник „и“.²¹⁸ Слажемо се оваквим тумачењем члана 42(1) Вашингтонске конвенције јер сматрамо да је тежиште друге реченице ове одредбе на подобности одређеног правила да буде примењено, а не на припадности меродавног правила одређеном правном систему. Да је намера аутора Конвенције била да међународном праву доделе само комплементарну или корективну функцију у односу на право државе пријемнице улагања, очекивали бисмо да, уместо синтагме која се односи на подобност меродавног правила да буде примењено, члан 42(1) садржи формулацију која би јасно указивала на помоћну улогу међународног права. Такође, гледиште о једнакој могућности примене унутрашњег и међународног права је у складу са мешовитом природом међународног улагачког подухвата и његовим сложеним правним оквиром који обухвата како изворе права државе пријемнице улагања, тако и изворе међународног права.²¹⁹

За разлику од Вашингтонске конвенције, Арбитражна правила UNCITRAL, Правила Међународне трговинске коморе (ICC) и Правила Стокхолмске привредне

²¹⁷ *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 February 2002, пасус 40.

²¹⁸ E. Gaillard, Y. Banifatemi, *op. cit.*, стр. 408-411. За афирмативни коментар одлуке у случају *Wena v. Egypt* види и: Zachary Douglas, „Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 837-839.

²¹⁹ Вид. у том смислу и Резолуцију Института за међународно право о арбитражи између држава, државних компанија или државних ентитета и страних улагача усвојеној на седници Института у Сантјаго де Компостели 1989. године (текст Резолуције је доступан на веб-адреси: <http://www.iiil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF>). Члан 6 Резолуције предвиђа слободу страна да изаберу меродавна процесна и материјална правила и принципе, при чему та правила и принципи могу да буду садржани у различитим правним системима, али и у анационалним или међународним изворима, као што су принципи међународног права, општи правни принципи или међународни трговински обичаји. Премда ова Резолуција нема обавезујуће дејство, њен ауторитет проистиче из престижа самог Института, као и професионалног угледа известилаца (Хименес де Аречага и фон Мерен).

коморе (SCC) несумњиво дају широку слободу арбитрама у одређивању меродавног права. У одсуству избора учињеног од самих страна, члан 35(1) Арбитражних правила UNCITRAL предвиђа примену *права* које арбитражно веће оцени подобним. Члан 21(1) Правила ICC користи још ширу терминологију, па предвиђа примену *правних правила* које арбитражно веће нађе подобним. Сматра се да ова формулација дозвољава арбитрама да, поред међународног и националних права, примене и она правила која не чине један заокружен, свеобухватан и кохерентан систем, као што је то, примера ради, аутономно трговачко право (*lex mercatoria*), UNIDROIT Принципи међународних трговинских уговора и сл.²²⁰ Несумњиво најширу формулацију користи члан 22(1) Правила Стокхолмске привредне коморе који арбитрама дозвољава да, у одсуству избора меродавног права учињеног од страна у поступку, примене *право или правна правила* која нађу подобним.

Коначно, Правила Сталног арбитражног суда за решавање спорова између две стране од којих је само једна држава предвиђају мало другачије решење за одабир меродавног права у случају да стране у спору то нису учиниле. Док претходно наведени правилници предвиђају директну примену одређеног права или правних правила, члан 33(1) Правила Сталног арбитражног суда предвиђа да ће се у одсуству аутономије воље применити оно право на које указују *колизионе норме* које арбитра нађу подобним за примену.²²¹ Правила Сталног арбитражног суда, дакле, арбитрама остављају много мање слободе у одређивању меродавног права од свих претходно наведених правилника, јер њихову могућност избора ограничавају само на колизионе норме, које ће их затим, посредно, довести до меродавног права.

III - РЕЛЕВАНТНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Опште је место теорије међународног јавног права да је круг формалних извора међународног права изложен у члану 38 Статута Међународног суда правде. Ова одредба као основне изворе међународног права наводи међународни уговор, међународни обичај, општа правна начела призната од просвећених народа, док као помоћне изворе (оне чије је дејство ограничено само на конкретан спор) одређује

²²⁰ E. Gaillard, Y. Vanifatem, *op. cit.*, стр. 410.

²²¹ Идентично правило садржано је у члану VII(1) Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи из 1961. године.

судске одлуке и учења најпозванијих стручњака јавног права разних народа. Међутим, круг извора међународног права који садрже одредбе релевантне за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања нешто је другачији од листе садржане у члану 38 Статута. Зато ћемо на овом месту испитивати релевантност међународних уговора (1.), међународних обичаја (2.), правних начела (3.), извора тзв. „меког“ нормативитета (4.) као и праксе форумā за решавање улагачких спорова (5.), чији се место у кругу потенцијално меродавних извора права све чешће испитује у новијој стручној литератури.

1. Међународни уговор као извор права страних улагања

Члан 2(1)(а) Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године одређује међународни уговор као споразум који је закључен између држава у писаној форми и подвргнут међународном праву, без обзира на то да ли је садржан у јединственом акту или у два или више повезаних аката и без обзира на назив који носи. У циљу прегледности излагања, међу бројним начинима класификације међународних уговора, определили смо се за онај критеријум поделе која се заснива на броју страна уговорница, па ћемо тако анализирати најпре мултилатералне (1.1.), а затим билатералне (1.2.) међународне уговоре.

1.1. Мултилатерални међународни уговори

Зависно од територијалног обухвата мултилатералних међународних уговора, могуће је поделити их на универзалне (1.1.1.) и регионалне (1.1.2.).

1.1.1. Универзални мултилатерални међународни уговори

Први, али нажалост неуспешни, кораци ка мултилатералном регулисању права одговорности држава за заштиту страних улагања на универзалном нивоу почео је већ у првој половини XX века у оквиру Лиге народа.²²² Сличну судбину доживео је и

²²² Двадесетих година XX века у оквиру Лиге народа учињен је први покушај успостављања универзалног правног режима заштите страних улагања, као и кодификације права међународне одговорности држава уопште. Задатак кодификације права међународне одговорности држава поверен је Трећем комитету Хашке конференције одржане 1930. године. Премда Комитет није успео да сачини предлог текста инструмента који би могао да буде прихваћен као мултилатерални извор права, сматра се да је највећи допринос Конференције из 1930. године у томе што је проблем кодификације права одговорности држава увела у круг актуелних тема правне теорије, што је, у крајњем исходу, довело до

покушај универзалне мултилатералне кодификације права страних директних улагања.²²³ Коначно, и неки скорији покушаји целовите кодификације права страних директних улагања на универзалном нивоу, као што је предлог Мултилатералног споразума о улагањима који је у периоду 1995-1998 израдила Организација за економску сарадњу и развој (OECD) нису се завршили успехом.²²⁴ Ипак, на овом месту ћемо издвојити три успешна универзална мултилатерална међународна уговора који су од значаја за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

У погледу садржаја обавезе заштите страних директних улагања, али само у области трговине робом, од значаја је **Споразум о инвестиционим мерама у вези са трговином** (енг. *Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures - TRIMs*), један од саставних делова Споразума о Светској трговинској организацији, закључен у оквиру Уругвајске рунде преговора. Чланом 2 овог Споразума државе потписнице су се обавезале да ће се уздржати од предузимања мера према страним улагањима у области трговине робом које би биле несагласне њиховим обавезама успостављеним члановима III (признавање националног третмана у унутрашњем опорезивању и регулисању промета робе) и XI (опште укидање квантитативних ограничења у трговини робом) Општег споразума о царинама и трговини (енг. *General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*). Неки аутори, међутим, на основу анализе арбитражне праксе која се бавила повредама националног третмана као облицима угрожавања страних улагања упозоравају да арбитражна већа не примењују увек исправно право Светске трговинске организације, што даље води неуједначености праксе.²²⁵

формулисања тренутно применљивих Правила о одговорности држава из 2001. године. Више о томе вид. Sol Picciotto, „Linkages in International Investment Regulation: the Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment“, *U. Penn. JIEL* бр. 3/1998, стр. 740; Clémentine Bories, „The Hague Conference of 1930“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 61-68.

²²³ Члан 12 Хаванске повеље из 1947. године, оснивачког акта никада успостављене Међународне трговинске организације који није ступио на снагу због противљења (највише) Сједињених Америчких Држава, носио је рубрум „Међународна улагања за привредни развој и реконструкцију“ и, између осталог, обавезивао државе потписнице да предузму одговарајуће мере за јачање правне сигурности у односу на постојећа и будућа страна улагања на њиховим територијама. За коментар вид. К. Ј. Vandeveld, *op. cit.*, стр. 162.

²²⁴ Више о томе вид. Jürgen Kurtz, „NGOs, the Internet and International Policy Making...“, (*op. cit.*), стр. 213-246.

²²⁵ Jürgen Kurtz, „The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents“, *EJIL* бр. 3/2009, стр. 749-771.

Такође у погледу садржаја обавезе заштите страних директних улагања, али у сектору енергетике, значајан је **Уговор о енергетској повељи** (енг. *Energy Charter Treaty*).²²⁶ Овај Уговор настао је из Енергетске повеље закључене у Хагу 17. децембра 1991. године, која је представљала декларацију принципа међународног пословања у области енергетике и чији је циљ била европска и светска интеграција енергетског сектора држава некадашњег Источног блока. Повеља је прерасла у мултилатерални међународни уговор у децембру 1994. године.²²⁷ Трећи део Уговора (чланови 10-17) посвећен је унапређењу и заштити улагања и тежи да изједначи услове улагања у енергетику тако што ће умањити некомерцијалне ризике који се у овој области јављају. Конкретно, Уговор обавезује државе потписнице да улагачима из других држава потписница пруже национални третман или третман улагача из најповлашћеније нације, зависно од тога који је од ова два третмана повољнији (члан 10(7) Уговора), забрањује да улагање буде предмет национализације, експропријације или мера са сличним дејством (члан 13 Уговора), јемчи слободу трансфера прихода од улагања (члан 14 Уговора) и сл.

Коначно, на терену имплементације правила о одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања широко је прихваћена **Конвенција о решавању улагачких спорова између држава и држављана других држава** (енг. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* – Вашингтонска конвенција), закључена у Вашингтону 1965. године.²²⁸

²²⁶ Више о инвестиционоправним аспектима овог Уговора вид. Маја Stanivuković, „State-Investor Disputes Connected to Foreign Investments in the Nuclear Energy Sector: A Review of the Two Cases Arising under the ECT“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Новом Саду* бр. 3/2011, стр. 253-298.

²²⁷ До 20. децембра 2013. године Споразум је ратификовало 48 држава. Србија још увек није потписала Споразум, али од 4. јула 2001. године има статус посматрача, што јој омогућава да присуствује састанцима држава-потписница, прима документацију, извештаје и анализе у вези са применом Споразума и учествује у стручним дебатама. За више података о овом Споразуму вид. <www.encharter.org>

²²⁸ О Вашингтонској конвенцији вид. рани али још увек актуелни приказ: Georges Delaume, „Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States“, *International Lawyer* бр. 1/1966-1967, стр. 64-80. Од новијих приказа, уместо свих вид. С. Schreuer, *The Commentary... (op. cit.)*. Литература о Вашингтонској конвенцији од аутора са територије бивше Југославије: Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID*, Правни факултет Свеучилишта у Ријеси, Ријека 2002; Маја Станивуковић, „ICSID и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије“, у: Весна Ракић-Водинелић, Гашо Кнежевић (ур.), *Liber amicorum Dobrosav Mitrović*, Београд 2007, стр. 583-602; Предраг Цветковић, „Критеријуми утврђивања меродавног материјалног права пред ICSID Центром“, *Право и привреда* бр. 5-8/2007, стр. 375-387; Предраг Цветковић, „Услови надлежности ICSID Центра за

Конвенцијом је основан Међународни центар за решавање улагачких спорова као једна од институција у оквиру групације Светске банке. Међународни центар је специјализована арбитражна институција за решавање спорова који настају између улагача и држава пријемница улагања. Творци Вашингтонске конвенције су сматрали да ће шездесетих година XX века, на почетку периода интензивног развоја права страних улагања, прекогранични промет капитала много више поспешити формирање специјализованог глобалног форума за решавање улагачких спорова него што би то учинио покушај унификације тада још увек оскудних материјалних правила.²²⁹ Да би се успоставила надлежност Међународног центра, члан 25 Конвенције налаже да морају да буду испуњена три услова: 1) да постоји спор о праву које директно произлази из улагања; 2) да постоји сагласност између страна да спор изнесу пред Међународни центар и 3) да су и држава чију припадност има улагач и држава пријемница улагања чланице Вашингтонске конвенције. Само уколико су сва три наведена услова испуњена, могуће је користити најзначајнију предност арбитраже Међународног центра из перспективе улагача – директну извршност арбитражне одлуке без потребе претходног признања или било какве друге контроле у држави пријемници улагања.²³⁰

Уколико услов у погледу чланства државе чију припадност има улагач и државе пријемнице улагања у Вашингтонској конвенцији није испуњен, стране свој спор могу да подвргну арбитражи према тзв. Додатним арбитражним правилима Међународног центра (енг. *Additional Facility*).²³¹ Међутим, одлуке донете у овом процесном оквиру не уживају привилегију директне извршности.²³²

решавање инвестиционих спорова“, у: Маја Костић Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2008, стр. 57-82.

²²⁹ G. Delaume, *op. cit.*, стр. 66.

²³⁰ Члан 53(1) Вашингтонске конвенције предвиђа да одлука Центра не подлеже никаквом другом правном леку осим оних који су предвиђени Конвенцијом, а члан 54(2) предвиђа да је за признање или извршење одлуке Центра довољно да се надлежном органу државе у којој се признање или извршење ражи поднесе препис одлуке. О извршењу одлука Међународног центра вид. Vincent Orlu Nmehielle, „Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)“, *ASICL* бр. 1/2001, стр. 30-48; Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International 2010, стр. 179-190.

²³¹ Више о Додатним правилима вид. А. Reinisch, L. Malintoppi, *op. cit.*, стр. 704-707; Сања Ђајић, *Међународно правосуђе*, Службени гласник, Београд 2012, стр. 119; Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд 2013, стр. 62.

²³² Е. Kunštek, *op. cit.*, стр. 84.

1.1.2. Регионални мултилатерални међународни уговори

У регионалним оквирима постоје бројни мултилатерални међународни уговори значајни за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Тако је, примера ради, у оквиру Асоцијације народа Југоисточне Азије (ASEAN), 29. фебруара 2009. године закључен Свеобухватни споразум о улагањима (енг. *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*),²³³ у оквиру Јединственог тржишта Јужне Америке (MERCOSUR), закључена су два протокола: један о подстицању и заштити страних директних улагања између држава чланица Меркосура²³⁴ и други о подстицању и заштити страних директних улагања из трећих држава²³⁵ а у оквиру Централноафричке економске и монетарне заједнице (фр. *Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale - CEMAC*) усвојена је Повеља о улагањима²³⁶. По свом значају нарочито се издваја Северноамерички споразум о слободној трговини (енг. *North American Free Trade Agreement*, у даљем тексту: NAFTA), који је 1. јануара 1994. године ступио на снагу између Сједињених Америчких Држава, Канаде и Мексика и чије је Поглавље XI посвећено страним директним улагањима.²³⁷ Ипак, у овом раду ћемо се, због значаја који имају за Србију, ограничити на ближе представљање само

²³³ Споразум је ступио на снагу 29. марта 2012. године. Текст Споразума је доступан на веб-страни: <<http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2009%20ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement-pdf.pdf>>.

²³⁴ Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, потписан у уругвајском граду Колонија дел Сакраменто 17. јануара 1994. године. Текст Протокола је доступан на веб-страни: <<http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espanol/5-protocolodecolonia.pdf>>.

²³⁵ Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR, потписан у Буенос Ајресу 5. августа 1994. године. Текст Протокола је доступан на веб-страни: <[http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espanol/6-protocolodepromocionyprotecciondeinversiones\(portugues\).pdf](http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espanol/6-protocolodepromocionyprotecciondeinversiones(portugues).pdf)>.

²³⁶ Règlement No. 17/99/CEMAC-20-CM-03 portant Charte des Investissements од 17. децембра 1999. године, чији је текст доступан на веб-адреси: <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Afrique_centre/CEMAC%20-%20Charte%20Investissements.pdf>. Ипак, треба напоменути да се, упркос свом називу, ова Повеља бави питањима страних директних улагања у врло ограниченом обиму а њен највећи део је посвећен материји јавних финансија, монетарне политике и функционисања привредног система уопште.

²³⁷ О инвестиционоправним аспектима Споразума NAFTA вид. нпр. Julie A. Soloway, „NAFTA's Chapter 11“, *Journal of International Arbitration* бр. 2/1999, стр. 1-14; Charles Brower II, „Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back“, *Columbia Journal of Transnational Law* vol. 40, 2001-2002, стр. 43-88; Guillermo Aguilar Alvarez, William W. Park, „The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11“, *The Yale Journal of International Law* бр. 28/2003, стр. 365-408; Jacqueline Granados, „Investor Protection and Foreign Investment under NAFTA Chapter 11: Prospects for the Western Hemisphere under Chapter 17 of the FAA“, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* vol. 13, 2005, стр. 189-224.

два регионална инструмента: Уговора о функционисању Европске уније и Централноевропског споразума о слободној трговини (ЦЕФТА).

Ступањем на снагу Лисабонског уговора 1. децембра 2009. године и претварањем Уговора којим се успоставља Европска заједница у **Уговор о функционисању Европске уније** (у даљем тексту: УФЕУ) дошло је до великих промена у организацији и систему надлежности Европске уније. За потребе овог рада, од нарочитог интереса су измене успостављене чланом 207(1) УФЕУ, који област страних директних улагања укључује у заједничку европску трговинску политику, што није био случај у ранијим верзијама оснивачких уговора Европске (економске) заједнице и Европске уније. Будући да, сходно члану 3(1)(е) УФЕУ, заједничка трговинска политика спада у поље искључиве надлежности Европске уније, то значи да су од ступања на снагу Лисабонског уговора државе чланице ЕУ изгубиле надлежност да доносе мере и закључују међународне уговоре у области страних директних улагања. Према томе, од ступања на снагу Лисабонског уговора државе чланице ЕУ више нису овлашћене да појединачно закључују међународне уговоре у области директних улагања, већ ће убудуће питања из ове области бити регулисана посебним „инвестиционим поглављима“ у трговинским споразумима које Европска унија буде закључивала са трећим земљама.²³⁸

Међутим, како до примене новог ЕУ-система регулисања страних директних улагања не може да дође у једном тренутку јер је за то потребан период припреме и прилагођавања, Европска унија је за потребе уобличавања правног режима преноса надлежности у овој области усвојила Уредбу бр. 1219/2012 о успостављању прелазног режима за двостране уговоре о заштити и подстицању страних улагања закључених између држава чланица и трећих држава²³⁹ којом покушава да реши спорна питања која се постављају у вези са будућим начином уређивања међународних улагачких подухвата између држава чланица ЕУ и трећих земаља. Уредба предвиђа да досадашњи

²³⁸ Вид. у том смислу Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a comprehensive European international investment policy, COM(2010)343 final од 7. јула 2010. године, доступно на <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>.

²³⁹ Regulation of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and Third Countries, *OJEU* L-351 од 20. децембра 2012. године, стр. 40-46. Више о овој Уредби вид. Велимир Живковић, „Лисабонски уговор и нова Уредба 1219/2012 као основи права заштите страних улагања Европске уније“, *Право и привреда* бр. 4-6/2013, стр. 592-604.

споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања које су државе чланице ЕУ потписале са трећим државама привремено остану на снази уколико испуњавају одређене услове у погледу усклађености са заједничком трговинском политиком ЕУ и омогућава државама чланицама да, у изузетним случајевима и опет под јасно одређеним условима, и надаље закључују међународне улагачке споразуме.

Али, Уредба не даје решење за кључни проблем који ће се применом новог режима заштите страних улагања јавити на нивоу одговорности за заштиту онда када је држава пријемница улагања чланица ЕУ. Тај проблем се налази на терену имплементације правила о одговорности и проистиче из околности да Европска унија нема својство нити државе нити међународне организације па, следствено томе, не може да учествује као странка у арбитражним поступцима који се воде према правилима Међународног центра или Сталног арбитражног суда у Хагу, нити има *ius standi* пред Међународни суд правде. Ова околност би, према неподељеном мишљењу доктрине, могла да доведе до великих практичних тешкоћа у ситуацији када се као држава пријемница улагања коју улагач терети за повреду његових улагачких права јавља држава чланица ЕУ, јер би у таквој ситуацији улагач остао без делотворних механизма принудне заштите својих права.²⁴⁰ Остаје да се види како ће Европска унија покушати да изађе на крај са овим проблемом у будућности. У сваком случају, то решење ће веома занимати и нашу земљу не само због настојања да се прикључи ЕУ, већ и због околности да је у овом тренутку Србија везана двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања са 25 од 28 држава чланица ЕУ.

Тренутно важећи **Централноевропски споразум о слободној трговини** (ЦЕФТА) је „наследник“ истоименог споразума који је закључен децембра 1992. године са циљем да промовише тржишне реформе у државама чланицама тзв. „Вишеградске групе“ (коју су чиниле Чешка, Словачка, Мађарска и Пољска), помогне

²⁴⁰ Више о проблемима у вези са новим режимом регулација страних директних улагања у Европској унији вид. Markus Burgstaller, „European Law and Investment Treaties“, *Journal of International Arbitration* бр. 2/2009, стр. 181-216; Javier Diez-Hochleitner, „El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea“, *Revista del Club Español del Arbitraje* бр. 8/2010, стр. 19-52; Jan Kleinheisterkamp, „The Future of the BITs of European Member States after Lisbon“, *ASA Bulletin* бр. 1/2011, стр. 212-223; Wenhua Shan, Sheng Zhang, „The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy“, *EJIL* бр. 4/2011, стр. 1049-1073. На српском језику: Марко Јовановић, „Заштита страних директних улагања између држава чланица Европске уније и трећих држава након ступања на снагу Лисабонског споразума“, *Правни живот* бр. 11/2011, стр. 417-434; Маја Станивуковић, „Двострани споразуми о заштити и унапређењу улагања са државама чланицама Европске уније“, *Правни живот* бр. 12/2011, стр. 311-327.

им да лакше превазиђу слом комунистичких режима и интегришу се у Европску унију. Деведесетих година XX века Споразуму ЦЕФТА су се прикључиле и државе југоисточне Европе (Словенија, Румунија и Бугарска), па је овај Споразум практично постао нека врста „припремног механизма“ за учлањење у ЕУ. Након што су „оснивачи“ ЦЕФТА-е и Словенија постали чланови ЕУ 1. маја 2004. године, иступили су из Споразума, па је у Букурешту у децембру 2006. године потписан Споразум о изменама и допунама и о приступању Споразуму о слободној трговини у централној Европи (тзв. ЦЕФТА 2006), чији су чланови Албанија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Македонија, Молдавија, Румунија, Србија, УНМИК, Хрватска и Црна Гора. Круг чланова Споразума је поново измењен годину дана касније, када су Румунија и Бугарска, поставши чланице ЕУ, иступиле из ЦЕФТА-е. Последња промена чланства догодила се 1. јула 2013. године, када је због пријема у Европску унију Хрватска иступила из Споразума ЦЕФТА.²⁴¹

Премда се ЦЕФТА првенствено бави стварањем зоне слободне трговине међу царинским територијама-чланицама и либерализацијом међусобне трговине, део Б Поглавља VI („Нова трговинска питања“) бави се питањем страних улагања. Стране уговорнице пре свега, у члану 30 Споразума, потврђују обавезе које су преузеле међусобним двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, чији је списак наведен у Анексу 6 Споразума, што значи да у питањима заштите и подстицања страних директних улагања двострани споразуми имају предност у примени над Споразумом ЦЕФТА. Ипак, независно од постојања двостраног споразума о заштити и подстицању страних улагања, стране уговорнице се обавезују да створе и одржавају стабилне, повољне и транспарентне услове за улагаче из других страна уговорница и унапређују та улагања колико год је то могуће.²⁴² Такође, без обзира да ли постоји посебан двострани споразум који би ова питања регулисао, стране уговорнице ЦЕФТА-е се, чланом 32 овог Споразума, обавезују да обезбеде коректан и једнак третман и пуну заштиту и сигурност улагања улагача из других страна уговорница, да штите та улагања и не нарушавају њихово управљање, одржавање, употребу, уживање, проширивање, продају или ликвидацију неоснованим или дискриминаторним мерама, не усвајају никакве нове прописе којима се уводи

²⁴¹ Више о Споразуму ЦЕФТА вид. <www.cefta.int>.

²⁴² Члан 31 Споразума ЦЕФТА.

дискриминација у погледу оснивања компаније било које друге стране уговорнице на њиховој територији и обезбеде национални или третман најповлашћеније нације зависно од тога који пружа више повољности. Коначно, развојном клаузулом садржаном у члану 33 стране уговорнице се обавезују да постепено испитују унутрашње законске оквире који се односе на улагања, с циљем олакшања услова за улагање.

1.2. Билатерални међународни уговори

У мрежи билатералних међународних уговора који су релевантни за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања по својој распрострањености и значају се издвајају двострани споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања.²⁴³ Ови споразуми су настали из потребе да се, у контексту све већег повезивања националних привреда и растуће потребе за страним капиталом као покретачем економског развоја након Другог светског рата, улагачима пружи прикладнија и обухватнија међународноправна заштита него што је то био случај са билатералним инструментима којима се пре Другог светског рата штитила имовина странаца, како би се додатно охрабрили и подстакли да се упусте у прекограничне трансакције.²⁴⁴

Двострани споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања су међудржавни уговори којима се потписнице међусобно обавезују да улагаче који имају националну припадност друге државе уговорнице на својој територији третирају на споразумом предвиђени начин. У општем смислу, двострани споразуми треба да заштите улагаче од промене правне ситуације њиховог улагања тако што ће им, са једне стране, јемчити заштиту од различитих облика сужења, ограничења или укидања улагачких права и правног захватања државе пријемнице у предмет његовог улагања, а са друге обезбедити ефикасан механизам за заштиту улагачких права уколико до

²⁴³ О различитим облицима билатералних међународних уговора у области страних директних улагања вид. Jeswald W. Salacuse, „The Treatification of International Investment Law“, *Law and Business Review of the Americas* vol. 13, 2007, стр. 155-166.

²⁴⁴ Rudolph Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1995, стр. 11-12. У литератури се наводи да је прве модерне двостране споразуме о заштити и подстицању страних директних улагања закључила Немачка управо са циљем да избегне ситуацију у којој би имовина немачких улагача у иностранству била изложена некој међународноправној санкцији усмереној против Немачке као губитнице Другог светског рата. Вид у том смислу: K. J. Vandeveld, *op. cit.*, стр. 169.

њихове повреде ипак дође.²⁴⁵ Према се држава пријемница улагања обавезује према држави чију припадност има улагач да ће поштовати његова зајемчена улагачка права на својој територији, сâм улагач би се могао назвати „рефлексним субјектом“ двостраног споразума о заштити и подстицању страних улагања јер је он, у случају да сматра да му је повређено неко споразумом заштићено улагачко право, овлашћен да непосредно покрене поступак против државе пријемнице улагања пред неким од споразумом предвиђених форума, без потребе да тражи посебну сагласност државе пријемнице улагања за покретање таквог поступка и без потребе да се држава пријемница улагања посебно одриче свог јурисдикционог имунитета како би против ње могао да се покрене правозаштитни поступак. Према томе, двострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања производе две врсте дејстава: међународно-јавноправна и међународно-приватноправна.²⁴⁶

С обзиром на околност да су циљеви свих двостраних споразума слични и да многе државе користе моделе споразума када преговарају о закључењу ове врсте међународних уговора, двострани споразуми о заштити и подстицању страних директних улагања имају врло сличну структуру. У преамбули се излажу разлози који су довели до закључивања споразума, први чланови су посвећени одређењу предмета споразума и дефинисању појмова који ће у споразуму бити коришћени, а затим долазе одредбе којима се гарантује третман страних директних улагања (забрана национализације и експропријације, правичан и равноправан третман, пуна заштита улагања, национални третман или третман најповлашћеније нације, слобода трансфера добити и сл.) и одредбе којима се дефинишу механизми решавања спорова између улагача и државе пријемнице улагања, као и између држава потписница споразума.²⁴⁷

За питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања од значаја је како двострани споразуми одређују појам улагања (јер је оно представља

²⁴⁵ Karl-Heinz Bockstiegel, „Arbitration of Foreign Investment Disputes: An Introduction“, у: Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA Congress Series*, The Hague/London/Boston, 2005, стр. 126; Annie Leeks, „The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: the ICSID Approach“, *University of Toronto Faculty of Law Review* бр. 2/2007, стр. 5-8.

²⁴⁶ Тако и Оља Јовичић, „Двострани међународни уговори о узајамном подстицању и заштити улагања“, *Билтен Републичког јавног правобранилаштва* бр. 4/2011, стр. 22.

²⁴⁷ Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, 2. издање, ИП Јустинијан, Београд 2003, стр. 120.

објекат заштите па ширина његове дефиниције одређује домашај обавезе заштите), начин како су дефинисани стандарди третмана страног улагања (јер њихово кршење представља повреду обавезе заштите и рађа одговорност), клаузуле о одређивању меродавног права и механизми за решавање улагачких спорова (јер они представљају начин имплементације правила о одговорности државе).

Такође, за питање успостављања одговорности државе за заштиту страних директних улагања од значаја је и једна посебна врста клаузула двостраних инвестиционих споразума – тзв. „кишобран-клаузуле“ (енг. *umbrella clauses*). Кишобран-клаузулом држава пријемница улагања се обавезује да ће поштовати *све обавезе* које је преузела према улагачу којима има националну припадност државе према којој је обавезана двостраним улагачким споразумом који садржи предметну кишобран-клаузулу. Сврха кишобран-клаузула је, према томе, да у поље заштите страних улагања зајемчено двостраним улагачким уговором између државе пријемнице улагања и државе чију припадност има улагач уведу и све оне обавезе које нису изричито прописане самим двостраним (међудржавним) уговором, већ приватноправним уговором између улагача и државе којим се непосредно остварује улагање (нпр. уговор о приватизацији). Кишобран-клаузуле, дакле, издижу приватноправне обавезе државе које држава преузима према страном улагачу на ниво међународноправне обавезе заштите улагања загарантоване двостраним уговором о заштити и подстицању страних директних улагања и стављају их „под кишобран“ тог уговора, ширећи на тај поље међународне одговорности државе.²⁴⁸

Републику Србију обавезује преко 50 двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања.²⁴⁹ Наша земља је била међу првим

²⁴⁸ Више о кишобран-клаузулама вид. поделељак 3 одељка III Главе IV овог рада.

²⁴⁹ Закључно са 31. октобром 2013. године, Србија је ратификовала 52 двострана уговора о заштити и подстицању страних директних улагања, и то са: Албанијом (2002), Алжиром (2012), Азербејџаном (2011), Аустријом (2001), Белгијско-луксембуршком економском унијом (2004), Белорусијом (1996), Босном и Херцеговином (2001), Бугарском (1996), Ганом (2000), Грчком (1998), Гвинејом (1998), Данском (2009), Египтом (2005), Зимбабвеом (1996), Израелом (2004), Индијом (2003), Индонезијом (2011), Ираном (2003), Италијом (2001), Казахстаном (2010), Канадом (1979), Кином (1995), Кипром (2005), Демократском Народном Републиком Корејом (1998), Кувајтом (2004), Либијом (2004), Литванијом (2005), Мађарском (2001), БЈР Македонијом (1996), Малтом (2010), Мароком (2013), Немачком (1989), Нигеријом (2002), Пољском (1996), Португалијом (2009), Румунијом (1995), Руском Федерацијом (1995), Словачком (1996), Словенијом (2002), Турском (2001), Уједињеним Арапским Емиратима (2013), Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске (2002), Украјином (2001), Финском (2005), Француском (1974), Холандијом (2002), Хрватском (1998), Црном Гором (2009), Чешком Републиком (1997), Швајцарском (2005), Шведском (1978) и Шпанијом (2002). Такође, 2001.

социјалистичким државама које су омогућиле улагање страног капитала још и пре преласка на систем тржишне привреде,²⁵⁰ тако да је прве двостране споразуме о заштити и подстицању страних директних улагања потписала још седамдесетих година XX века са Француском (1974), Холандијом (1976 – овај споразум је аброгиран и замењен новим споразумом из 2002), Египтом (1977 – и овај споразум је аброгиран и замењен новим споразумом из 2005), Шведском (1978) и Канадом (1979). У последње време наша земља сауговораче тражи у државама некадашњег СССР-а (Азербејџан, Казахстан), Европске уније (Данска, Малта, Португалија), Блиског истока (Уједињени Арапски Емирати) и Магреба (Мароко).

2. Међународни обичај као извор права страних улагања

Члан 38(1)(б) Статута Међународног суда правде, убрајајући међународни обичај као један од формалних извора међународног права, одређује га као доказ опште праксе прихваћен као право.²⁵¹ Лапидарна формулација ове одредбе наметнула је потребу њеног тумачења. У том смислу, због своје речитости и илустративности, нарочито је корисно тумачење члана 38(1)(б) Статута дато у заједничкој пресуди Међународног суда правде у споровима између Немачке и Данске, односно Немачке и Холандије поводом континенталног платоа у Северном мору.²⁵² Изјашњавајући се о

године тадашња Савезна Република Југославија закључила је са Сједињеним Америчким Државама Споразум о подстицању инвестиција између СРЈ и САД (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори* бр. 12/2001). Овим Споразумом се уређују правила инвестиционе подршке коју ће америчка Прекоморска корпорација за приватне инвестиције (ОРИС) пружати америчким улагачима у тадашњу СРЈ, односно данас Србију, и његовим ступањем на снагу престао је да важи Споразум о инвестиционим гаранцијама између СФРЈ и САД из 1973. године. Према томе, упркос свом називу, југословенско-амерички споразум из 2001. године не представља двострани споразум о заштити и подстицању страних улагања. За приказ кључних одредаба двостраних улагачких споразума закључених до 2006. године вид. Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду – Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд 2006, стр. 514-532.

²⁵⁰ R. Dolzer, M. Stevens, *op. cit.*, стр. 10; Драгана Раденковић-Јоцић, „Заштита страних инвестиција у Југославији и земљама источне и централне Европе“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 522-531; Емилија Вукадин, *Економска политика*, Досије, Београд 2003, стр. 307; Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право (op. cit.)*, стр. 124-125; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 14. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 469-477.

²⁵¹ Детаљно о обичају као извору права, уместо свих вид. D. J. Bederman, *op. cit.*, нарочито стр. 135-167.

²⁵² North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. The Netherlands), Judgment, 20 February 1969, *ICJ Reports* 1969, стр. 3-56.

томе да ли правило повлачења средишње линије при разграничењу епиконтиненталних појасева представља обичајно правно правило, Суд је закључио да се из самог понашања држава „(...) не може разумно закључити да се државе тако понашају у уверењу да примењују обавезујућу норму међународног обичајног права. [...] Спорне радње треба да представљају не само сталну праксу, већ морају и да сведоче својом природом или начином како су вршене, о томе да је у питању убеђење да је ова пракса постала обавезна постојањем правног правила. Нужност постојања таквог убеђења, тј. постојање субјективног елемента, произлази из самог појма *opinio iuris sive necessitatis*. Заинтересоване државе стога треба да сматрају да су дужне да своје понашање уподобе ономе што одговара правној обавези. Учесталост понашања, па чак ни околност да се оно периодично понавља, нису довољни“²⁵³.

Дакле, да би неко правило понашања могло да се сматра обичајем у смислу међународног јавног права, потребно је да кумулативно буду испуњена два услова:

1. Да се ради о *општој* пракси међу државама, и
2. Да праксу прати *свест о њеној правној обавезности*.

Први услов, услов постојања опште праксе међу државама, сматра се задовољеним ако постоји устаљено једнообразно понашање заинтересованих држава.²⁵⁴ Захтев за постојањем устаљеног једнообразног понашања само у погледу *заинтересованих* држава као практичну последицу има околност да за квалификовање неког понашања као међународног обичаја није неопходно да постоји универзална, свеопшта прихваћеност таквог понашања.²⁵⁵ Овакво схватање објективног елемента међународног обичаја донекле олакшава положај стране која се на њега позива, јер на ту страну пада терет доказивања постојања обичаја.²⁵⁶ Па ипак, чак и уз прихваћено ограничење захтеваног домашаја испољавања праксе која чини међународни обичај, доказивање обичаја је у пракси веома тешко из бројних разлога: начелног непостојања

²⁵³ *Ibid.*, стр. 44-45.

²⁵⁴ „*The Colombian Government must prove that the rule invoked by it is in accordance with a constant and uniform usage practiced by the States in question*“, Colombian-Peruvian Asylum Case, *ICJ Reports* 1950, стр. 276. Ове критеријуме за испитивање објективног елемента међународног обичаја Међународни суд правде је употребио и у пресуди у случају португалског права преласка преко индијске територије. Вид. Case concerning Right of Passage over Indian Territory, Judgment on Merits, *ICJ Reports* 1960, стр. 40.

²⁵⁵ Универзалност праксе би евентуално могла да се захтева само у погледу локалних или регионалних обичаја, јер они ионако везују мали број држава. Вид. у том смислу D. J. Bederman, *op. cit.*, стр. 152.

²⁵⁶ Colombian-Peruvian Asylum Case, *ICJ Reports* 1950, стр. 276.

писаних трагова о међународној пракси,²⁵⁷ несугласица у погледу релевантних начина испољавања међународне праксе,²⁵⁸ времена потребног за настанак обичаја итд.²⁵⁹

Да би устаљена једнообразна пракса постала међународни обичај, потребно је да се предузима уз свест о њеној *правној* обавезности. Другим речима, да би се сматрало да се држава својим понашањем повинује обичају, нужно је да предметно понашање предузима са свешћу и намером да тиме испуни правну обавезу, а не из разлога пуке практичности,²⁶⁰ међународне куртоазије и сл. Свест о правној обавезности понашања као субјективни или, по неким ауторима, психолошки²⁶¹ елемент међународног обичаја створио је доста проблема у тумачењу, јер се по класичном схватању формулације члана 38(1)(б) Статута Међународног суда правде сматрало да ова одредба имплицира да су обичајна правила унапред дата, па државе само могу да развију свест о њиховом постојању, али не и да их саме сагласношћу воља створе.²⁶² Овако ригидно поимање

²⁵⁷ Као примере држава у којима се објављује релевантна национална пракса о питањима међународног права Бедерман наводи Сједињене Државе, Велику Британију, Француску и Јапан (D. J. Bederman, *op. cit.*, стр. 145). Шири списак националних зборника даје Silke Sahl, *Researching Customary International Law, State Practice and the Pronouncements of States regarding International Law*, текст доступан на веб-страници: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/customary_international_law.htm>.

²⁵⁸ Тако, на пример, д'Амато сматра да изјаве представника државе не могу да буду доказ њихове праксе (Anthony d'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York 1971, стр. 88), док Ејкхарст брани супротан став (Michael Akehurst, „Custom as a Source of International Law“, *BYIL* vol. 47, 1977, стр. 1-5).

²⁵⁹ Више о проблемима у вези са испољавањем објективног елемента обичаја вид. Jörg Kammerhofer, „Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems“, *EJIL* бр. 3/2004, стр. 523-553

²⁶⁰ Као пример за устаљену и широко прихваћену праксу која ипак није међународни обичај у смислу члана 38(1)(б) Статута Међународног суда правде може се навести статус правила *lex rei sitae* за одређивање меродавног права за стварноправне односе на непокретностима. Иако се након мишљења Сталног суда међународне правде у случајевима српских и бразилских зајмова јавио део доктрине који је сматрао да је садржај наведене колизионе норме последица дејства међународног обичаја, пажљивија анализа ипак указује да државе усвајају принцип *lex rei sitae* као колизионо правило из разлога практичности а не из свести о међународноправној дужности да тако поступају, нити из страха да ће, уколико се одлуче да колизиону норму другачије формулишу, трпети санкције. Сходно томе, ово правило се не може сматрати међународним обичајем. О томе вид. Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право – општи део*, 4. издање, Службени гласник, Београд 2010, стр. 59. На исти начин је резоновало и Међународни суд правде у спору поводом континенталног платоа у Северном мору експлицитно наводећи у пресуди да одређено правило своју правну снагу не може да црпи само из практичних предности које његова примена производи. Вид. *North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports* 1969, стр. 23, пасус 23.

²⁶¹ Овај термин користи François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1919, *passim*.

²⁶² М. Akehurst, *op. cit.*, стр. 32.

међународног обичаја је свакако неприхватљиво, али ни теорија ни пракса још увек нису успеле да понуде тумачење које би могло да постане општеприхваћено. Предлози се крећу од умањивања значаја субјективног елемента обичаја до његовог схватања као моралне или друштвено одговорне свести, од постављања врло релаксираних до крајње ригорозних стандарда доказивања и разликовања „индуктивног“ и „дедуктивног“ обичаја.²⁶³

Имајући у виду предмет нашег рада, на овом месту ћемо се ограничити на разматрање релевантности међународног обичаја као извора права у погледу одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Ово питање је веома сложено, јер институт одговорности обухвата различите аспекте: услове постојања одговорности, основе њеног искључења и последице њеног постојања, па је терен за потенцијално испољавање обичаја веома широк. Штавише, додатни проблеми у погледу домашаја међународног обичаја у области одговорности државе за заштиту страних директних улагања узроковани су и чињеницом да је у доба глобализације круг „заинтересованих“ држава на које евентуални обичај треба да се односи прилично велики, тако да се захтев општости у постојању обичаја овде приближава, ако чак и не достиже, ниво универзалности, што даље рађа велике тешкоће на терену доказивања постојања обичаја у евентуалном улагачком спору. Сходно томе, значај и дејство обичаја у међународном праву страних улагања нису ништа мање спорни него значај и дејство обичаја у општем међународном праву.²⁶⁴

Једини неспорни аспект улоге међународног обичаја на пољу одговорности државе за заштиту страних улагање јесте питање приписивости држави радње којом улагач сматра да му је угрожено или повређено неко улагачко право. Ово питање је, као и у општем међународном праву, уређено Правилима о одговорности државе за међународно недозвољена дела (енг. *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, у даљем тексту: Правила о одговорности).²⁶⁵ Сам „развојни пут“

²⁶³ За преглед различитих схватања у поимању субјективног елемента обичаја вид. М. Akehurst, *op. cit.*, стр. 32-36; D. J. Vederman, *op. cit.*, стр. 149-151; Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, 4. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, стр. 88-91.

²⁶⁴ Више о томе, вид. P. Juillard, *op. cit.*, стр. 76-77.

²⁶⁵ ILC Yearbook 2001, стр. 26-143. О Правилима о одговорности вид. James Crawford, *The International Law Commission Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

Правила о одговорности донекле је специфичан.²⁶⁶ Кодификација правила о међународној одговорности државе је означена као један од приоритетних задатака Лиге народа још тридесетих година XX века, али због немогућности усаглашавања ставова држава чланица, рад на кодификацији је дуго стагнирао. До помака је дошло тек када је Комисија за међународно право 1955. године именовала кубанског правника Франсиска Гарсију Амадора (*García Amador*) за специјалног известиоца за питање одговорности државе. Предлози Гарсије Амадора, међутим, нису били прихваћени јер се он у свом раду ограначио на кодификацију правила о одговорности државе за штету учињену странцима и њиховој имовини.²⁶⁷

Нови дах у рад на кодификацији правила о одговорности унели су Италијан Роберто Аго (*Ago*) и његови наследници у Комисији за међународно право, који су одлучили да напусте метод којег се држао Гарсија Амадор. Резултат тог рада је предлог Правила о одговорности државе за међународно недозвољена дела, који је окончан 2001. године. Међутим, уместо да се претвори у међународни уговор, што је „убичајени еволутивни пут“ правила међународног права, предлог Правила о одговорности је изнет пред Генералну скупштину УН, која га је Резолуцијом бр. 56/83 од 12. децембра 2001. године примила к знању и скренула пажњу држава на тај предлог, не дајући при том никакву сугестију у погледу даље правне судбине Правила. Ипак, опште је прихваћен став да Правила о одговорности по свом садржају представљају одраз међународног обичајног права.²⁶⁸

Спорних питања у погледу улоге међународног обичаја је много више. Основно спорно питање које се везује за значај обичаја у међународном праву страних улагања је питање да ли уопште има посебних међународних обичаја у овој области права. У том смислу је нарочито индикативна одлука Међународног суда правде у предмету *Barcelona Traction*, у којој се, између осталог, каже: „Имајући у виду значајан развој дешавања у последњих пола века, повећање страних улагања и ширење међународних пословних трансакција, нарочито оних које предузимају холдинг компаније (које су

²⁶⁶ Више о томе вид. А. Pellet, „*The ILC Articles...*“ (*op. cit.*), стр. 75-94.

²⁶⁷ О разлозима неуспеха предлога кодификације који је сачинио Гарсија Амадор вид. Daniel Müller, „*The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens*“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 69-74.

²⁶⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 184, са упућивањем на релевантну праксу.

често мултинационалне), и у светлу умножавања економских интереса држава, на први поглед може да зачуди што развој права није даље одмакао и што се још увек нису искристалисала општеприхваћена правила на међународном плану“.²⁶⁹ Управо последњи део овог мишљења, онај који говори о непостојању општеприхваћених међународних правила у области права страних улагања, по нашем схватању говори не само о одсуству значајнијег броја међународних уговора већ и о изостанку обичаја, јер и он за своје постојање захтева општу прихваћеност.²⁷⁰

Занимљиву анализу услова за постојање обичаја у праву страних улагања изнео је чувени француски интернационалиста Рене-Жан Дипуи (*Dupu*) поступајући као арбитар-појединац у спору *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Libyan Arab Republic* из 1977. године.²⁷¹ Арбитар-појединац је анализирао неколико резолуција Генералне скупштине Уједињених нација: Резолуцију бр. 1803 (XVII) од 14. децембра 1962. године („Стални суверенитет над природним ресурсима“), Резолуцију бр. 3201 (S-VI) од 1. маја 1974. године („Декларација о успостављању новог међународног економског поретка“) и Резолуцију бр. 3281 (XXIX) од 12. децембра 1974. године („Повеља о економским правима и дужностима држава“), покушавајући да утврди да ли оне представљају кодификацију међународног обичаја у области права страних улагања. Премда су све три резолуције добиле довољну већину гласова држава чланица Уједињених нација да би биле усвојене, арбитар појединац је приметио да су само прву од три наведене, Резолуцију бр. 1803/1962, подржали представници свих *група* држава, укључујући и развијене државе, што за потоње две резолуције није био случај.²⁷² На основу тога, арбитар-појединац је закључио да само Резолуција бр. 1803/1962

²⁶⁹ „Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane“. Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Judgment, 5 February 1970, пасус 89.

²⁷⁰ Мишљења о непостојању посебних међународних обичаја у области права страних улагања изражена су и у делу модерне теорије. Вид. у том смислу: Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, Cambridge 2010, стр. 89-93.

²⁷¹ *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977.

²⁷² “With respect to the voting conditions, the arbitrator observed that only Resolution 1803 of 1962 was supported by a majority of Member States representing all the various groups. In contrast, the other Resolutions, mentioned above, were supported by a majority of States but not by any of the developed countries with market economies which carry on the major part of international trade“. *Texaco v. Libya*, стр. 184.

представља *opinio iuris communis*, док друге две резолуције представљају слику правила *de lege ferenda* за државе које су их својим гласовима у Генералној скупштини подржале, а праксу *contra legem* за државе које су гласале против њих.²⁷³

Расправе о (не)постојању међународног обичаја у области права страних улагања су биле нарочито жестоке на терену правила о експропријацији. Ово не чуди, јер је експропријација вид повреде улагачких права који ће улагач готово редовно ставити на терет држави у инвестиционом спору. Став о непостојању међународног обичаја у погледу садржаја обавеза које проистичу из постојања одговорности државе за експропријацију, односно национализацију страног улагања изражен је у арбитражној одлуци у спору *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic* из 1977. године.²⁷⁴ Одлучујући о тужиочевом захтеву за осуду Либије на плаћање накнаде због национализације ЛИАМКО-вих нафтних постројења у Либији, арбитар појединац је, узимајући у обзир стандарде за процену постојања међународног обичаја постављене у пракси Међународног суда правде, закључио да у погледу методологије одређивања висине накнаде за национализовану имовину не постоји општеприхваћени правно обавезујући стандард.²⁷⁵

Исти став је детаљније елабориран у арбитражној одлуци у спору *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)* из 1982. године.²⁷⁶ У овој одлуци арбитражно веће стаје на становиште да, ако би важила претпоставка да методологија одређивања висине накнаде за национализовану имовину представља међународни обичај, она мора да буде резултат свести о правној обавезности њене примене. Међутим, арбитражно веће оцењује да је пристанак арапских држава које су национализовале имовину страних улагача на постројењима за експлоатацију и прераду нафте током седамдесетих година XX века да исплате накнаду за национализовану имовину на одређени начин и у одређеној висини био изазван фактичким околностима као што су потреба да се поново привуку страни улагачи, обезбеди непрекинута производња нафте и различити политички циљеви држава које

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977, *Yearbook of Commercial Arbitration* 1981, стр. 89-118.

²⁷⁵ *Ibid.*, стр. 112-113.

²⁷⁶ *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Award, 24 May 1982, *Yearbook of Commercial Arbitration* 1984, стр. 71-96.

су предузеле национализацију, а не свешћу о правној обавезности таквог поступања. Арбитражно веће сматра да „*субјект права, чак и када се налази под економским притиском, има способност да предузима послове на начин који ће довести до конкретних ваљаних резултата, али се не може тврдити да су таква поступања подобна и да створе општа правна правила применљива и у другим случајевима*“²⁷⁷ (подвукао аутор).

Са друге стране, ни број одлука у којима су судије и арбитри стали на становиште да у области страних директних улагања,²⁷⁸ а нарочито експропријације, постоје међународни обичаји није занемарљив. Тако су, на пример, инвестиционе арбитраже у неколико случајева стале на становиште да је садржај обавезе државе пријемнице улагања у случају да је оглашена одговорном за експропријацију страног директног улагања одређен међународним обичајним правом.²⁷⁹ У том смислу нарочито је занимљива одлука арбитражног већа Међународног центра у предмету *Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt*, где је веће стало на становиште да, иако меродавни италијанско-египатски двострани споразум о заштити и подстицању страних директних улагања предвиђа да држава која експроприше страно улагање има обавезу да исплати адекватну и правичну (али не и благовремену) накнаду, захтев благовремене исплате се свеједно има применити као део међународног обичајног

²⁷⁷ *Ibid.*, стр. 88.

²⁷⁸ Примера ради, у пасусу 65 одлуке у предмету *Saratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12, Award, 31 July 2009, арбитражно веће је стало на начелно становиште да је, у складу са чланом 42 Вашингтонске конвенције, овлашћено да се позове (и) на међународни обичај као извор меродавног права (што нужно логички подразумева да међународни обичаји у области права страних улагања постоје), иако ово своје овлашћење приликом доношења одлуке није искористило.

²⁷⁹ Без намере да дајемо исцрпан преглед свих одлука у којима је изложено схватање подржано, ограничићемо се на навођење само неколико илустративних случајева: *SEDCO Inc v. National Iranian Oil Company, The Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 129, Award, 2 July 1987; *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 485: Concurring and Dissenting Opinion of Assadollah Noori of 18 September 2003 regarding Award No. 600-485-1, нарочито пасус 237; *ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ltd v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, са позивањем на бројне случајеве из праксе Сталног суда међународне правде, Иранско-америчког трибунала, Међународног центра, Стокхолмске привредне коморе и арбитража по основу NAFTA Споразума (пасуси 480-494); *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, 30 June 2009, нарочито пасус 201; *Ioannis Kardassopoulos & others v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 and ARB/07/15, 3 March 2010; *Rossinvest UK Ltd v. Russian Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, V079/2005, 12 September 2010.

права.²⁸⁰ Овом одлуком арбитражно веће не само да је тзв. Халову доктрину²⁸¹ уздигло на ранг међународног обичаја, што је у теорији спорно,²⁸² већ је занемарило и општеприхваћено становиште по коме је двострани споразум о заштити и подстицању страних директних улагања *lex specialis* у односу на општи међународни обичај па, имајући у виду хијерархијску равноправност извора међународног права садржаних у члану 38(1) Статута Међународног суда правде, може да га дерогира.²⁸³

Компромисно мишљење о односу међународног обичаја и последица постојања одговорности државе за експропријацију страног директног улагања исказано је у одлуци *ad hoc* одбора за поништај Међународног центра у предмету *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*.²⁸⁴ У захтеву за поништај арбитражне одлуке од 14. јула 2006. године којом је оглашена одговорном за повреду америчко-аргентинског двостраног уговора о заштити и подстицању страних директних улагања и обавезана да накнади штету коју је компанија Азурикс услед тога претрпела, Аргентина је, између осталог, истакла да је арбитражно веће погрешно применило материјално право тиме што на питање начина израчунавања висине штете у случају повреде двостраног улагачког уговора није применило међународно обичајно право, већ је износ накнаде определило по сопственом нахођењу, испитујући све околности случаја. Одбацујући овај основ жалбе, Комисија за поништај је истакла да дискрециони избор стандарда за израчунавање висине накнаде штете није примењен *уместо* међународног обичаја, већ да управо међународни обичај *овлашћује* форум за решавање спорова да у сваком

²⁸⁰ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, пасуси 434-435.

²⁸¹ Термин „Халова доктрина“ везује се за некадашњег америчког државног секретара Кордела Хала (Hull), који је у ноти упућеној мексичкој влади 1940. године поводом решавања спора који је настао почетком XX века између Мексика и САД због одузимања пољопривредног земљишта и нафтних постројења у Мексику чији су власници били амерички држављани, изнео став да накнада коју Мексико дугује за одузете поседе треба да буде „брзо исплаћена, адекватна и делотворна“ (енг. *prompt, adequate and effective*). Више о Халовој доктрини и њеним одјецима вид. нпр. Lee O'Connor, „The International Law of Expropriation of Foreign-Owned Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State“, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* vol. 6, 1983, стр. 355-425, са детаљним упућивањем на друга доктринарне радове и примарне изворе.

²⁸² *Ibid.*, стр. 316-317.

²⁸³ Вид. у том смислу: *Merrill & Ring Forestry v. Canada*, Award, 31 March 2010, пасус 184.

²⁸⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 Decision on Annulment, 1 September 2009.

конкретном случају висину накнаде штете определи по сопственом нахођењу, узимајући у обзир све релевантне околности.²⁸⁵

Проблем оцене релевантности међународног обичаја у области права страних улагања и, нарочито, последица постојања одговорности државе за кршење обавезе заштите страних директних улагања, добио је нови заплет наглим ширењем праксе закључивања двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања током осамдесетих и деведесетих година XX века. Растући број међународних уговора у области права страних улагања наметнуо је питање да ли двострани улагачки споразуми заправо представљају кодификацију међународних обичаја у овој области. Ово питање има велики практични значај, јер се неки извори права страних улагања, као што је нпр. Споразум NAFTA, у дефинисању стандарда третмана страних улагања не дају експлицитно одређење, већ се позивају на општа правила међународног права, што укључује и правила обичајног карактера.²⁸⁶ Расправа о односу двостраних улагачких споразума и међународних обичаја се водила како на академском,²⁸⁷ тако и на практичном пољу.²⁸⁸ Сматрамо да у тражењу одговора на ову дилему треба поћи од саставних елемената обичаја – опште праксе и свести о њеној правној обавезности – и утврдити да ли су они присутни у постојећем светском корпусу двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања. Другим речима, треба најпре проверити да ли су постојећи двострани улагачки споразуми у тој мери слични да представљају доказ једнообразне праксе држава у погледу услова и начина заштите страних директних улагања. Што се тиче објективног елемента обичаја – постојања опште праксе – каснија разматрања ће показати да се у погледу основних елемената

²⁸⁵ „*The Committee therefore cannot accept Argentina's argument that the Tribunal determined the standard as a matter of discretion rather than applying principles of customary international law. The Tribunal decided to exercise a discretion pursuant to customary international law, and not to exercise a discretion instead of customary international law*“. Вид. *Ibid.*, пасус 320.

²⁸⁶ Члан 1105(1) NAFTA Споразума гласи: „Свака држава потписница ће улагањима улагача из друге државе потписнице пружити третман у складу са међународним правом, укључујући правичан и поштен третман и пуну заштиту и сигурност“.

²⁸⁷ Вид. у том смислу: Patrick Dumberry, „Are BITs Representing the „New“ Customary International Law in International Investment Law?“, *Penn State International Law Review* vol. 28, 2010, стр. 675-701, нарочито стр. 680-682, са позивањем на друге ауторе у фн. 20.

²⁸⁸ Вид. у том смислу: *CME v. Czech Republic, Final Award*, 14 March 2003, пасус 498; *Mondev v. USA, ICSID Case No. ARB/(AF)/99/2, Award*, 11 October 2002, пасус 125; *Chemtura Corp v. Government of Canada. Award*, 2 August 2010, пасуси 120-123; *Merrill & Ring Forestry v. Canada, Award*, 31 March 2010, пасус 186.

одговорности државе за заштиту страних директних улагања двострани улагачки споразуми међусобно у великој мери разилазе.²⁸⁹ У погледу испуњености другог услова за постојање обичаја – предузимања понашања уз свест о његовој правној обавезности – придружујемо се оним ауторима који стоје на становишту да садржај сваког конкретног двостраног улагачког споразума није (само) производ свести о правној обавезности прихватања одређеног скупа правила већ је у великој мери резултат преговора држава које су га потписале и условљен је бројним ванправним факторима, као што су међусобни однос економских снага држава-уговорница, њихов политички утицај и сл.²⁹⁰ Из ових разлога сматрамо да теза о „новом“ обичајном праву страних улагања које би представљало агрегат свих и датом тренутку важећих двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања не може да прође „тест“ испуњености услова за постојање међународног обичаја у смислу члана 38(1)(б) Статута Међународног суда правде.

Међутим, чини се да би и став о одсуству било какве везе између међународног обичаја и двостраних уговора о заштити и подстицању страних директних улагања био једнако неприхватљив као и став о потпуном поклапању ова два извора права. Наиме, пракса различитих светских форума за решавање спорова, а нарочито Међународног суда правде, показала је да узимање у обзир обичаја општег међународног права некада може да буде значајано за тумачење и примену меродавног извора права – међународног уговора.²⁹¹ Овај став је нарочито јасно изражен у одлуци Међународног суда правде у спору између Ирана и Сједињених Америчких Држава поводом иранских нафтних платформи у Персијском заливу. Суочен са питањем да ли су извесне мере које је Америка применила према Ирану за време Заливског рата биле у складу са америчко-иранским Уговором о пријатељству из 1955. године, Суд је стао на становиште да за потребе тумачења уговорне одредбе која уговорне стране овлашћује да примене мере које су неопходне за заштиту суштинских безбедносних интереса

²⁸⁹ Вид. о томе детаљно Главу IV овог рада.

²⁹⁰ P. Dumberry, *op. cit.*, стр. 691-692; Andrew Guzman, „Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties“, *VJIL* vol. 38, 1998, стр. 642-643; Ryan J. Bubb, Susan Rose-Ackerman, „BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment“, *International Review of Law and Economics* vol. 27, 2007, стр. 305-307.

²⁹¹ Више о томе, са навођењем и коментарисањем одлука Међународног суда правде, вид. Enzo Cannizzaro, Beatrice Bonafé, „Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the *Oil Platforms* Case“, *EJIL* бр. 3/2005, стр. 481-497.

мора да прибегне општим правилима тумачења међународних уговора која су кодификована у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године. Једно од правила Бечке конвенције из 1969. године, а које је за Суд у овом случају било веома значајно, предвиђа да се при тумачењу међународног уговора морају се узети у обзир сва релевантна правила међународног права која се примењују на стране чији се уговор тумачи.²⁹² Сходно томе, међународни уговор који је непосредно меродавни извор права за одређено спорно питање никад не делује у „правном вакууму“, већ је део ширег система правила који чине други међународни уговори релевантни за конкретан случај, међународни обичај, општи правни принципи и други меродавни извори права. Намеће се, дакле, закључак да, у данашњем стању права страних улагања, међународни обичај своје место налази као помоћни извор за тумачење међународних уговора непосредно меродавних за спорна питања.²⁹³

Коначно, у новијој литератури се појавила идеја да је могуће уочити постепени настанак међународног обичаја у једном специфичном домену: на терену имплементације правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања, и то у погледу права на приступ инвестиционој арбитражи.²⁹⁴ Аутори који заступају ово гледиште бране тезу да се у садашњем тренутку развоја права страних улагања може говорити о настанку обичајног права страног улагача на приступ инвестиционој арбитражи, чак и у одсуству изричите арбитражне понуде државе пријемнице улагања или њене сагласности на овакав начин решавања улагачких спорова. Упориште за један од својих кључних аргумената – да се право на приступ суду односи и на право на приступ трибуналима и то не само у контексту домаћег већ и међународног правосуђа, па да зато сагласност државе да буде тужена пред одређеним

²⁹² Члан 31(3)(ц) Бечке конвенције из 1969. године.

²⁹³ У том смислу и: *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, пасуси 196-197; *Total S.A. & others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, пасус 221. Чини се да овај закључак у основи дели и P. Dumberry, *op. cit.*, стр. 697-700, који, међутим, сматра да међународни обичај није само средство тумачења уговора и попуњавања правних празнина, већ и непосредно меродаван извор права у одсуству двостраног споразума о заштити и подстицању страних улагања. С обзиром да, у светлу претходних излагања, стојимо на становишту да (још увек) не постоје посебни међународни обичаји у области права страних улагања, сматрамо да би евентуална хипотеза о међународном обичају као једином непосредно меродавном извору права у области одговорности државе за заштиту страних директних улагања била врло тешко аргументована у теорији и применљива у пракси.

²⁹⁴ Mathias Audit, Mathias Forteau, „Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration?“, *Journal of International Arbitration* бр. 5/2012, стр. 581-604.

форумом губи практичан значај²⁹⁵ – ови аутори налазе у саветодавним мишљењима Међународног суда правде из 1956.²⁹⁶ и 2012.²⁹⁷ године и две одлуке француског Касационог суда²⁹⁸. Сматрамо, међутим, да основаност овог гледишта заслужује мало детаљнију анализу.

Прво, контекст у коме су се Међународни суд правде и Касациони суд у цитираним мишљењима и одлукама изјашњавали о праву на приступ суду, односно трибуналу, је, по нашем схватању, од великог значаја за стварање става о евентуалном обичајном правилу о праву на приступ арбитражи. У саветодавним мишљењима из 1956. и 2012. године Међународни суд правде се бавио питањем ваљаности успостављања надлежности Административног трибунала Међународне организације рада у споровима између запослених у Организацији и Организације. Насупрот томе, у одлуци Касационог суда у предмету бр. 04-41.012 радило се о питању да ли Афричка банка за развој, мултилатерална развојна банка основана Картумским споразумом закљученим између 23 афричке државе 4. августа 1963. године, са седиштем управе у Абиџану, може да се позове на јурисдикциони имунитет у поступку за накнаду штете због неоснованог отпуштања који је против ње повео њен бивши запослени, док се у заједничкој одлуци Касационог суда за предмете бр. 01-13.742 и 02-15.237 радило о питању надлежности париског првостепеног суда опште надлежности (*Tribunal de grande instance de Paris*) да за потребе арбитражног поступка између иранске Националне нафтне компаније (*National Iranian Oil Company - NIOC*) и Државе Израел у погледу кога су странке склопиле арбитражни споразум још 1968. године, именује арбитра уместо Израела који је пропустио да то учини, а у поступку пред париским судом се позвао на јурисдикциони имунитет.

²⁹⁵ *Ibid.*, стр. 588-591.

²⁹⁶ Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon complaints made against the UNESCO, Advisory Opinion, 23 October 1956, *ICJ Reports* 1956, стр. 77 et seq.

²⁹⁷ Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a complaint filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, 1 February 2012, *ICJ Reports* 2012, стр. 10 et seq.

²⁹⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 janvier 2005, No. 04-41.012, доступно на: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051781&dateTexte=>> и Cour de Cassation, Première chambre civile, du 1er février 2005, Nos. 01-13.742 et 02-15.237, доступно на: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html>

Дакле, наведене случајеве могуће је поделити, према чињеничним околностима, у две групе: у првој би била саветодавна мишљења Међународног суда правде и одлука касационог суда у предмету бр. 04-41.012, којима је заједнички именоватељ да се односе на проблем утврђивања надлежног форума у споровима запослених против њихових послодаваца-међународних организација, док би се у другој групи нашао обједињена одлука Касационог суда за предмете бр. 01-13.742 и 02-15.237, у којој се као спорно питање појавила надлежност суда да изврши радњу којом помаже одвијање арбитражног поступка. Што се прве групе случајева тиче, сматрамо да су неподобни за прављење аналогije са улагачким споровима из најмање три разлога: нити се запослени у међународним организацијама по природи своје делатности и заштити коју уживају могу поистоветити са страним улагачима, нити се међународне организације могу поистоветити са државама пријемницама улагања (јер су статус и обим имунитета међународних организација регулисани њиховим оснивачким актима и у том погледу, за разлику од статуса и имунитета држава, не постоји јединствени режим у међународном праву), нити се радноправна веза између запосленог у међународној организацији и организације-послодавца може уподобити правној вези која постоји између улагача и државе пријемнице улагања. Што се друге групе случајева тиче, важна разлика у односу на улагачке спорове је та што се Касациони суд у својој одлуци бавио надлежношћу суда у предузимању *помоћне радње* за извођење арбитраже, док ће арбитражни суд чија је надлежност била заснована класичним и пред Касационим судом неоспореним арбитражним споразумом одлучивати о меритуму. Дакле, управо супротно тези наведених аутора, тужена држава је у посматраном случају *дала сагласност* за арбитражно решавање улагачког спора и својим накнадним држањем није оспоравала ваљаност споразума него је пред арбитражним судом примењивала тзв. „тактику одлагања“ и покушавала да опструира поступак онемогућавањем спровођења (пуноважног) арбитражног споразума.

Други разлог због којег стојимо на становишту да тези о постојању обичајног права на приступ инвестиционој арбитражи треба упутити критику односи се на само својство арбитраже као механизма за решавање спорова. Ако би сагласност тужене државе за покретање инвестиционог спора пред арбитражом била потпуно ирелевантна, а под претпоставком да држава не изражава индиректно своју сагласност на вођење арбитраже упуштањем у спор без истицања приговора ненадлежности, то би довело до неколико озбиљних практичних проблема. Прво, с обзиром на то да постоји

практично неограничен број форума пред којима се могу водити улагачки спорови (Међународни центар, разне светске (трговинске) арбитражне институције, *ad hoc* арбитраже), изостављање захтева сагласности тужене државе би довело до правне несигурности за државе тужене у улагачким споровима, јер оне никада не би могле да предвиде ком форуму ће се улагач обратити са захтевом за принудну заштиту својих права. Ова несигурност у извесној мери постоји и сада постоји јер споразуми о заштити страних директних улагања по правилу предвиђају алтернативну надлежност више форума (суда државе пријемнице улагања и два или више арбитражних судова). Ипак, када би захтев постојања сагласности на арбитражу државе пријемнице улагања био изостављен, спектар потенцијално надлежних форума би био далеко шири а несигурност сразмерно већа. Друго, ако би се улагачки спор водио пред неком од институција која није основана међународним споразумом и чије одлуке не уживају посебан статус (а то би у овом тренутку биле све *ad hoc* арбитраже и арбитражне институције са изузетком Међународног центра), евентуална одлука, по нашем мишљењу, не би могла да прође тест Њујоршке конвенције као најшире прихваћеног мултилатералног инструмента у области признања и извршења страних арбитражних одлука,²⁹⁹ који у свом члану II захтева постојање арбитражног *споразума*, па самим тим и сагласности туженог да му се суди пред арбитражом. Коначно, све и уколико би се практична препрека на коју смо управо указали покушала превазићи тумачењем да се право на доступност инвестиционе арбитраже без обзира на сагласност тужене државе односи само на Међународни центар чије су одлуке, сходно члану 54(1) Вашингтонске конвенције, изједначене са коначним одлукама судова тужене државе, то би значило да се претендује да Међународни центар има универзалну надлежност за улагачке спорове, што је став за који не налазимо упориште у тексту Вашингтонске конвенције. Штавише, важи управо супротно: члан 1(2) Вашингтонске конвенције предвиђа да је сврха Центра да обезбеди услове за концилијаторно и арбитражно решавање улагачких спорова између држава-**уговорница** Конвенције и држављана других држава-**уговорница**.

²⁹⁹ Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука потписана 12. јуна 1958. године, на дан 20. децембра 2013. године бројала је 149 држава-потписница.

У светлу изложених аргумената, сматрамо да је став о постојању, па чак и успостављању међународног обичајног права на приступ инвестиционој арбиражи без обзира на пристанак тужене државе пријемнице улагања у најмању руку преураћен.

3. Општи правни принципи

Члан 38(1)(ц) Статута Међународног суда правде међу формалне изворе међународног права убраја и „опште правне принципе прихваћене од просвећених народа“ (енг. *general principles of law recognized by civilized nations*, фр. *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*). Већ је сама формулација ове одредбе изазвала жучне дискусије међу теоретичарима међународног права. За почетак, означавање „просвећених“ народа као „стваралаца“ општих принципа оштро је критиковано у модерној правној књижевности. Чини се да је једнодушна оцена да је формулација члана 38(1)(ц) Статута из данашње перспективе анахрона, јер је подела народа на просвећене и непросвећене, цивилизоване и нецивилизоване, данас превазиђена.³⁰⁰ Зато неки аутори предлажу да би ову синтагму данас требало разумети да се односи на принципе прихваћене од *заједнице* народа.³⁰¹

Ипак, овим појашњењем и даље нису решени сви проблеми тумачења члана 38(1)(ц) Статута. Велике потешкоће јављају се на терену разумевања природе и начина примене овог извора права. Сматра се да је неодређеност Статута при дефинисању општих принципа намерна, и да је настала из потребе да се у што је могуће већој мери сузи могућност да се Међународни суд правде огласи ненадлежним да одлучује услед непостојања правних правила меродавних за конкретан случај.³⁰² Због тога је улога општих правних принципа као извора права највећа у оним областима међународног права које се тек развијају и чија правила још увек нису у потребној и довољној мери кодификована.

³⁰⁰ М. Крећа, *op. cit.*, стр. 94; D. Carreau, F. Marrella, *op. cit.*, стр. 326. за нарочито детаљно образложу анализу анахроности формулације члана 38(1)(ц) Статута вид. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. The Netherlands), Separate Opinion of Judge Fouad Amoun, *ICJ Reports* 1969, стр. 133-135.

³⁰¹ Christina Voigt, „The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law“, *Retfærd NJLJ* vol. 31, 2008, стр. 5.

³⁰² М. Shaw, *op. cit.*, стр. 98, са даљим упућивањима.

У покушајима решавања проблема тумачења члана 38(1)(ц) Статута акценат се ставља на околност да Статут предвиђа да су општи правни принципи, као извор међународног права, они правни принципи који су *прихваћени* у националним правним системима. То заправо значи да, за разлику од међународног уговора и међународног обичаја који настају сагласношћу воља држава као субјеката међународног права и затим делују тако што обавезују све државе које су их прихватиле (у случају уговора), односно које се њиховој примени не противе (у случају обичаја), да их директно примењују и/или ускладе своје унутрашње прописе са овим изворима (ефекат „одозго надоле“), општи правни принципи настају тако што се руководна начела конкретних норми унутрашњих правних система која су заједничка већини држава међународне заједнице „издижу“ на ниво међународног права и постају обавезујућа за све чланове међународне заједнице.³⁰³ Механизам настанка и дејства општих правних принципа би се тако могао сликовито упоредити са начином јављања кише: водена пара из реке или језера диже се у атмосферу, тамо се обликује, односно кондензује и као киша пада назад на земљу, али на већу површину од оне са које се водена пара подигла.

Овако схваћени, општи правни принципи без сумње представљају значајан извор права на терену одговорности државе за заштиту страних директних улагања, јер они, речима арбитражног већа у предмету *Enron v. Argentina*, треба да „*руководе и 'дисциплинују' државе у њиховом понашању према страним улагањима*“³⁰⁴. О значају општих правних принципа за решавање улагачких спорова сведочи и број одлука у којима су се судије или арбитражи позивали на овај извор права.³⁰⁵ За почетак, још је Стални суд међународне правде у предмету *Chorzów* као општи правни принцип препознао правило *neminem laedere* и стао на становиште да је не само принцип међународног права, већ и руководећа идеја права уопште, да свака повреда обавезе за

³⁰³ У том смислу: M. Shaw, *op. cit.*, стр. 99-100; C. Voigt, *op. cit.*, стр. 6-7; D. Carreau, F. Marrella, *op. cit.*, стр. 327.

³⁰⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 257.

³⁰⁵ Нпр. *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, Award, 15 March 1963; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977; *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Award, 24 May 1982; *Klöckner v. Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2 Award, 21 October 1983; *Sea-Land Service v. Iran*, *Iran-US Claims Tribunal Case No. 33*, Award, 20 June 1984; *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000; *Nycomb v. Latvia*, Award, 16 December 2003; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

собом повлачи дужност одштете.³⁰⁶ Премда се ова одлука односи на међународноправно утемељење принципа одговорности државе уопште, а не само у праву страних улагања, Стални суд међународне правде је својим резонавањем у предмету *Chorzów* утврдио пут за ширу примену општих правних принципа при решавању улагачких спорова. Како је временом растао значај страних директних улагања, форуми за решавање улагачких спорова су се окренули утврђивању специфичних принципа у овој грани права. Будући да су услови за постојање одговорности већ били утемељени општим међународним правом, принципи међународног права су се тражили на терену садржаја обавезе заштите страних директних улагања и последица постојања одговорности за повреду ове обавезе.

У погледу садржаја обавезе заштите страних директних улагања, може се закључити да стандарди третмана страних улагања у својој основи представљају опште правне принципе. Наиме, данас свака држава међународним или унутрашњим инструментима гарантује заштиту релативно сличном кругу улагачких права кроз „класичне“ стандарде третмана страних директних улагања: забрану незаконите експропријације, национални или третман најповлашћеније нације, правичан и равноправан третман, пуну заштиту и сигурност улагања, слободу трансфера добити.³⁰⁷ Међутим, сām садржај ових стандарда, тј. обим гарантоване заштите, мање или више се разликује од државе до државе, од закона до закона и од споразума до споразума. Управо ова релативна неуједначеност чини стандарде третмана страних улагања „плодним тлом“ за дедукцију општих правних принципа. Ово нарочито долази до изражаја код оних стандарда чији садржај није у довољној мери кодификован или где постоје значајније разлике у дефинисању у упоредном праву, као што је, примера ради, правичан и поштен третман. Тако је арбитражно веће у предмету *Rumeli Telekom v. Kazakhstan* садржај овог стандарда третмана дефинисало преко општих правних принципа понашања у доброј вери, недискриминације улагача и поштовања поступка.³⁰⁸

³⁰⁶ Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Decision No. 13 (Merits), Series A – No. 17, 13 September 1928, стр. 29.

³⁰⁷ Више о томе вид. Christoph Schreuer, „Interrelationship of Standards“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 1-8.

³⁰⁸ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikayson Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, пасус 609.

Потреба за општим правним принципима јавила се и на терену последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страног улагања, у погледу садржајно спорног и политички осетљивог питања обима накнаде штете коју држава пријемница улагања дугује оштећеном улагачу. Тако је арбитражно веће у одлуци у спору *AMCO v. Indonesia* стало на становиште да „пуна накнада штете, која се постиже досуђивањем оштећеном накнаде директне штете (*damnum emergens*) и измакле користи (*lucrum cessans*), представља правни принцип који је **заједнички** свим главним **националним** правним системима, на **самим тим** и општи правни принцип који се има сматрати извором међународног права“³⁰⁹ (подвукао аутор).

Према томе, намеће се закључак да динамичност развоја права страних улагања и непрестана еволуција ове гране права чине опште правне принципе веома важним извором права у овој области, чији је значај нарочито видљив на пољу одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

4. Извори „меког“ нормативитета

Извори „меког“ (или „релативног“) нормативитета представљају круг правила међународног права чији су правна природа и дејство веома контроверзни.³¹⁰ Мишљења се крећу од негирања било каквог правно обавезујућег дејства овим правилима³¹¹ до схватања да повреда ових норми рађа посебну врсту међународне одговорности³¹². Чињеница да извори меког нормативитета нису укључени у круг формалних извора међународног права дефинисан чланом 38 Статута Међународног суда правде не би требало да *a priori* наведе на закључак да су ова правила потпуно правно ирелевантна, јер друштвени и политички односи, као и стање међународног права, данас нису исти као што су били у време када је Статут писан.³¹³ У данашње време субјекти међународног јавног, баш као и субјекти приватног права, трагају за

³⁰⁹ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 November 1984, пасус 267.

³¹⁰ За детаљну правно-филозофску анализу извора меког нормативитета вид. Ulrich Fastenrath, „Relative Normativity in International Law“, *EJIL* бр. 4/1993, стр. 305-340.

³¹¹ Prosper Weil, „Vers une normativité relative en droit international?“, *RGDIP* бр. 1/1982, стр. 5-47.

³¹² Jean-Marc Sorel „The Concept of 'Soft Responsibility'“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 165-171.

³¹³ Karl Zemanek, „Is the Term 'Soft Law' Convenient?“, у: Gerhard Hafner et al. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Kluwer Law International 1998, стр. 843-862.

новим формама уређења својих односа које ће тим односима дугорочно обезбедити највећу ефикасност.³¹⁴

У изворе меког нормативитета најчешће се убрајају резолуције Генералне скупштине УН, кодекси и руководна начела међународних организација, политичке декларације као и уговорне и обичајне норме у фази настајања, док још увек не стекну формалну обавезност. Остављајући по страни резолуције Генералне скупштине, које смо већ представили разматрајући питање међународног обичаја као извора права страних улагања и за које, уосталом, постоји спор да ли представљају изворе меког нормативитета или би их требало другачије класификовати,³¹⁵ у сфери међународног права страних улагања значајани извори меког нормативитета су Водич Светске банке за третман страних директних улагања³¹⁶ и OECD Водич за мултинационалне компаније³¹⁷.

У склопу напора на пољу унапређивања правног оквира за међународни привредни развој, Светска банка је 1992. године објавила Водич за третман страних директних улагања.³¹⁸ Као извор меког нормативитета Водич нема обавезујуће дејство и, сходно његовом члану 1, „могу [га] применити чланице институција из Групаације Светске банке као допуну меродавним билатералним и мултилатералним уговорима и другим међународним инструментима, у мери у којој одредбе Водича нису у супротности са наведеним уговорима и обавезујућим инструментима, и као могући извор за формулисање унутрашњих правила о третману страних директних улагања“

³¹⁴ Andrew Guzman, Timothy Meyer, „International Soft Law“, *Journal of Legal Analysis* бр. 1/2010, стр. 174-176. Гузман и Мејер овај закључак изводе на основу економске анализе типичних извора меког нормативитета, као што су писмо о намерама и центлменски споразум, где стране које улазе у ове врсте односа прихватају да (неформално) уреде своје понашање на неки начин у одређеном периоду како би на основу тога у наредној фази, приликом формализовања свог правног односа, испословали одређену повољност приликом преговарања услова уговора. У истом смислу вид. и M. Shaw, *op. cit.*, стр. 118.

³¹⁵ M. Shaw, *op. cit.*, стр. 117 сугерише да су резолуције Генералне скупштине првенствено политички а не правни инструменти. За супротно мишљење, о резолуцијама Генералне скупштине као *par excellence* правним инструментима вид. U. Fastenrath, *op. cit.*, стр. 313-314.

³¹⁶ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, доступно на веб-адреси: <<http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>>.

³¹⁷ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, доступно на веб-адреси: <<http://www.oecd.org/investment/mne/1903291.pdf>>.

³¹⁸ Више о томе вид. Andrew Paul Newcombe, Lluís Paradell, *Law and Practice of International Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International 2009, стр. 49.

(подвукао аутор). Водич се заснива на „најбољој пракси“³¹⁹ у погледу правила допуштености и пријема страних директних улагања, њиховог третмана, забране експропријације улагања и једностранних измена и раскида улагачких уговора и решавања улагачких спорова. Сходно томе, није изненађујуће што су се арбитражна већа у неколико међународних инвестиционих арбитража позивала на одредбе Водича приликом тумачења одредаба меродавних улагачких уговора.³²⁰

ОЕСД Водич за мултинационалне компаније представља анекс ОЕСД-овој Декларацији о међународним улагањима и мултинационалним компанијама.³²¹ Водич садржи препоруке влада мултинационалним компанијама у погледу принципа и стандарда одговорног пословања у складу са меродавним прописима, како би се ојачало међусобно поверење, побољшала инвестициона клима у државама пријемницама улагања и у потпуности искористили економски потенцијали мултинационалних компанија.³²² С обзиром на то да су адресати овог извора меког нормативитета мултинационалне компаније, директан значај Водича за правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања није велики. Али, препоручујући мултинационалним компанијама одређена понашања, нарочито на пољима људских права, заштите животне средине, конкуренције и борбе против корупције, Водич помаже избегавању конфликта између улагача и држава пријемница улагања и тако превентивно делује на заштиту страних директних улагања.

5. Практика форумā за решавање улагачких спорова

Конзистентност одлучивања представља одлику сваког уређеног правног система.³²³ Имајући у виду значај одлука форумā за решавање улагачких спорова, веома је важно да њихова пракса буде уједначена. Један од често навођених примера где је жељена уједначеност изостала су предмети *SGS v. Philippines* и *SGS v. Pakistan* где су арбитражна већа исте институције, Међународног центра, текстуално сличне

³¹⁹ Вид. Преамбулу Водича.

³²⁰ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, пасус 35; *Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, пасус 53.

³²¹ Водич је усвојен 1976. године а ревидиран 1979, 1982, 1984, 1991, 2000 и 2011.

³²² Вид. Предговор Водича, тачка 1.

³²³ Christoph Schreuer, Matthew Weiniger, „A Doctrine of Precedent?“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 1189.

кишобран-клаузуле садржане у швајцарско-филипинском (у првом), односно швајцарско-пакистанском (у другом случају) споразуму о заштити и подстицању страних улагања тумачили на супротне начине.³²⁴

Међутим, потреба за уједначеношћу судске и арбитражне праксе не треба аутоматски да наведе на закључак да пракса форум̄а за решавање улагачких спорова представља извор права у међународном праву заштите страних улагања. Напротив, члан 53 став 1 Вашингтонске конвенције предвиђа да је арбитражна одлука Међународног центра обавезујућа за стране у поступку, не и за трећа лица. Чак и члан 59 Статута Међународног суда правде, упркос околности да члан 38(1)(д) истог акта начелно препознаје судску праксу као супсидијарни извор права, предвиђа да ће одлуке Суда бити обавезују само за стране у спору, и то у погледу предмета конкретног спора. Иако се арбитражни судови неретко позивају на раније одлуке, анализа претходне праксе је по правилу праћена констатацијама да та пракса не представља извор права и да јој се прибегава да би се лакше утврдиле сличности и разлике конкретног спора у односу на оне који су раније решавани³²⁵ или зато што су арбитражна већа такав приступ сматрала прикладним³²⁶ или корисним³²⁷.

Према томе, и правилници форум̄а за решавање улагачких спорова и арбитражни судови и теорија³²⁸ су сагласни да ранија пракса (још увек) не представља извор права. Међутим, неки аутори препознају дугорочни значај уједначавања одлука различитих форума за решавање улагачких спорова па у садашњем тренутку развоја међународног права страних улагања посматрају угледање на ранију праксу као неку врсту транспозиције концепта утврђене судске праксе (фр. *jurisprudence constante*)

³²⁴ Више о различитим приступима арбитражних већа тумачењу кишобран-клаузула у наведеним предметима вид. Маја Станивуковић, „Кишобран-клаузула у билатералним инвестиционим споразумима“, у: Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита инвеститора*, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Подгорица 2008, стр. 38-50.

³²⁵ Вид. нпр. *Gas Natural v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, пасус 94; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3 Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, пасус 40; *AES v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 April 2005, пасуси 17-33.

³²⁶ *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, пасус 76.

³²⁷ *Gas Natural v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005, пасус 36.

³²⁸ C. Schreuer, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 1189-1191.

француског Касационог суда.³²⁹ Ипак, ови аутори упозоравају да би требало бити веома опрезан у признавању било каквог обавезујућег дејства ранијој пракси, јер би то, према њиховом схватању, могло да подрије поверење држава у тренутни концепт решавања међународних улагачких спорова.³³⁰

IV - РЕЛЕВАНТНОСТ УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

Унутрашње право може бити релевантно за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања на два начина. Унутрашњим правом, с једне стране, може да се постави унилатерални систем заштите страних директних улагања (1.) док, с друге стране, чак и уколико се заштита страних улагања постиже применом правила међународног порекла, правила унутрашњег права некад морају да буду примењена или барем узета у обзир како би се међународно право исправно применило (2.).

1. Унутрашње право као унилатерални механизам заштите страних директних улагања

Држава пријемница улагања може да својим унутрашњим прописима регулише стандарде третмана страних улагања, последице повреде тих третмана и механизме решавања улагачких спорова. Пошто се, за разлику од међународноправних инструмената заштите, који настају сагласношћу најмање два субјекта међународног права, унутрашњи механизми заштите страних директних улагања заснивају на једностраној одлуци државе, неки аутори заштиту страних директних улагања унутрашњим прописима називају унилатералним механизмом заштите.³³¹ Могуће је разликовати унилатералну заштиту страних улагања која се постиже мерама државе порекла страног улагача (кроз прописивање услова за примену механизма дипломатске заштите и успостављање система обезбеђења и осигурања улагања), од унилатералне заштите која се остварује мерама државе пријемнице улагања (кроз различите начине успостављања обавезе гарантовања одређених стандарда заштите страних директних

³²⁹ Andrea Bjorklund, „The Emerging Civilization of Investment Arbitration“, *Penn State Law Review* бр. 4/2009, стр. 1294-1297.

³³⁰ *Ibid.*, стр. 1296-1297.

³³¹ M. Sornarajah, „*Protection and Guarantee...*“ (*op. cit.*), стр. 1290.

улагања).³³² За тему нашег рада релевантна је само унилатерална заштита која се остварује мерама државе пријемнице улагања, јер ће се одговорност државе за заштиту страних улагања јавити једино у случају повреде обавеза прописаних овим кругом правила.

Заштита страних директних улагања унутрашњим изворима права државе пријемнице улагања се правнотехнички остварује било кроз доношење посебног закона који целовито регулише материју страних улагања, било кроз уношење специфичних одредаба које се тичу положаја страних улагача у законе који регулишу питања оснивања и организовања привредних друштава, пореске и законе о девизном пословању или законе који регулишу делатности којима страни улагачи могу да се баве, без доношења посебног закона о страним улагањима, као што је то, на пример, случај у Сједињеним Америчким Државама и Кини.³³³ Примећено је да први приступ бирају економски неразвијене државе или државе у развоју у односу на које постоји сумња страних улагача да не представљају политички и правно довољно стабилна окружења за пријем страних улагања, док је други приступ карактеристичан за развијене привреде.³³⁴ Наша земља комбинује два описана приступа јер Законом о страним улагањима³³⁵ на општи начин регулише ову материју, док бројни посебни прописи³³⁶ садрже специјалне норме које се примењују на улагаче у одређеним областима.

Унилатерална заштита страних директних улагања у Републици Србији остварује се на неколико нивоа. Пре свега, Устав Републике Србије изједначује

³³² Више о овој разлици вид. Александар Тирић, „Правни оквири заштите страних директних инвестиција“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 472-481.

³³³ За правни оквир заштите страних директних улагања у САД вид. Fred L. Morrison, „The Protection of Foreign Investment in the United States of America“, *The American Journal of Comparative Law* vol. 58, 2010, стр. 437-454. За правни оквир заштите страних директних улагања у Кину вид. Lutz-Christian Wolff, „China's Private International Investment Law: One-Way Street into PRC Law?“, *The American Journal of Comparative Law* vol. 56, 2008, стр. 1039-1074.

³³⁴ Љиљана Рајновић, „Нови прописи и заштита страних инвестиција“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 547.

³³⁵ *Службени лист СРЈ* бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља.

³³⁶ Нпр. Законом о привредним друштвима (*Службени гласник РС* бр. 36/2011 и 99/2011) конкретизована су питања права страног лица да оснује привредно друштво у Србији; Закон о банкама (*Службени гласник РС* бр. 107/2005 и 91/2010) регулисана су питања пословања страних банака у Србији; Законом о слободним зонама (*Службени гласник РС* бр. 62/2006) уређена су права и обавезе страних лица у погледу оснивања или коришћења слободних зона у Србији, итд.

положај страних лица на тржишту са домаћим³³⁷ и начелно предвиђа да страна физичка и правна лица могу стећи својину на непокретностима, у складу са законом или међународним уговором³³⁸. Од изузетне важности за стране улагаче је члан 84 став 3 који представља клаузулу замрзавања и предвиђа да права стечена улагањем капитала на основу закона, не могу законом бити умањена. Коначно, на пољу услова за искључење одговорности државе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања од значаја је члан 83 став 2 Устава, који предвиђа да се предузетништво може ограничити законом, ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије.

Специјализовани извор заштите страних директних улагања представља Закон о страним улагањима, усвојен још 2002. године као савезни закон Савезне Републике Југославије.³³⁹ Закон је сажет: садржи (само) 25 чланова подељених у седам делова. У првом делу се, између осталог, дефинишу појмови страног улагача и страног улагања и одређује разлика између основних и посебних облика страних улагања, што је, у контексту правила о одговорности државе, значајно за дефинисање заштитног објекта и одређење домашаја дужности заштите. Други део Закона чине одредбе којима се дефинише садржај обавезе заштите страних директних улагања. Страном улагачу је гарантована слобода улагања (чл. 7), национални третман (чл. 8), пуна правна сигурност и заштита улагања (чл. 9 ст. 1), заштита од незаконите експропријације и мера државе с истим дејством (чл. 9 ст. 3-5), право на слободну конверзију у погледу сваког плаћања везаног за страно улагање и право на слободно плаћање у међународним пословним односима (чл. 10), право на вођење пословних књига и сачињавање финансијских извештаја у складу са међународно прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима (чл. 11), право на слободан трансфер добити и имовине (чл. 12) као и право на повољнији третман, уколико је такав предвиђен неким мултилатералним или билатералним споразумом чије су чланице и држава чију припадност има страни улагач и Србија (чл. 13).

³³⁷ Члан 84 став 4 Устава.

³³⁸ Члан 85 став 1 Устава.

³³⁹ О Закону о страним улагањима вид. Јелена Перовић, „Правни аспекти страних улагања“, *Право и привреда* бр. 1-4/2002, стр. 122-127; Светислав Табороши, „Циљна функција закона о страним улагањима“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 427-437; Дара Миленовић, „Правни режим страних улагања према новом Закону о страним улагањима“, *Право и привреда* бр. 5-8/2002, стр. 462-470.

Осим тога, Закон у свом трећем делу пружа и одређене подстицаје страним улагачима: слободу увоза ствари које представљају улог страног улагача (под условом да задовољавају прописе који регулишу заштиту животне средине), пореске и царинске олакшице у складу са законима који регулишу ове области, као и царинска ослобођења на увоз опреме по основу улога страног улагача (осим путничких моторних возила и аутомата за забаву и игре на срећу).³⁴⁰

Коначно, на терену имплементације правила о одговорности значајан је члан 17 Закона који предвиђа да спорови који проистичу из страних улагања могу да се решавају пред надлежним српским судовима или пред уговореном домаћом или иностраном међународном арбитражом. Неки аутори ову хибридную врсту надлежности називају „релативно искључивом“, јер се њоме за спорове из страних улагања успоставља искључива надлежност домаћих судова, али се истовремено дозвољава да страни улагач и његов сауговорач из уговора којим се остварује страно улагање (а тај сауговорач може бити и држава) уговоре надлежност домаће или стране међународне арбитраже.³⁴¹

Осим Закона о страним улагањима, делове унилатералног механизма заштите страних директних улагања у Србији представљају и закони који регулишу конкретне облике пословања страних улагача у Србији: већ наведени закони о привредним друштвима, банкама и слободним зонама, Закон о спољнотрговинском пословању,³⁴² Закон о девизном пословању,³⁴³ порески закони, итд.

2. Унутрашње право у функцији примене међународног права

Чак и уколико је за међународни улагачки подухват предвиђена (искључива) меродавност међународног права, његова правила нису увек подобна да самостално уређују све аспекте одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Према Шројеру (*Schreuer*), унутрашње право се нужно примењује на одређене „техничке“ аспекте међународног улагачког подухвата, као што су питања

³⁴⁰ Вид. чл. 14-16 Закона о страним улагањима.

³⁴¹ Вид. у том смислу Т. Вараци, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, *op. cit.*, стр. 496.

³⁴² *Службени гласник РС* бр. 36/2009 и 88/2011.

³⁴³ *Службени гласник РС* бр. 62/2006, 31/2011 и 119/2012.

допуштености улагања, радноправни, порески и спољнотрговински прописи, док су међународним правом уређене материје минималног стандарда третмана странаца, заштите имовине странаца, тумачења међународних уговора (пре свега двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања).³⁴⁴

Ипак, за разлику од Шројера, који сматра да је питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања искључиво уређено међународним правом,³⁴⁵ мишљења смо да на ово питање мора да се примење кумулативно међународно и унутрашње право, чак и када је за међународни улагачки подухват предвиђено или одређено међународно право као искључиво меродавно. На овакав закључак нас наводи околност да се одговорност државе за заштиту страних директних улагања не може свести на једну или неколико норми међународног права већ представља сложен институт који прожима све аспекте међународног улагачког подухвата. Примери неопходности примене или барем узимања у обзир норми унутрашњег права како би међународно право уопште могло да буде примењено на питање одговорности нарочито су јасно изражени на плану садржаја обавезе заштите страног директног улагања и приписивости радњи повреде улагачких права држави пријемници улагања.

Двострани уговори о заштити и подстицању страних улагања често дефинишу страном улагање тако што наводе да ће се под тим појмом подразумевати „*свака врста средстава коју улагач једне Стране уговорнице улаже на територији друге Стране уговорнице, у складу са њеним законима и прописима* [...]”³⁴⁶ (истакао аутор). Овакве формулације користе и инострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања, па се тако пред арбитре Међународног центра почетком овог века, у поступку *Salini v. Morocco*, вођеном на основу италијанско-мароканског споразума о заштити и подстицању страних улагања, поставило питање тумачења значаја позивања на унутрашње право приликом дефинисања појма страног улагања. Члан 1(1) италијанско-мароканског споразума о заштити и подстицању страних улагања из 1990.

³⁴⁴ Christoph Schreuer, „International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID“, *Austrian Review of International and European Law* бр. 1/1996, стр. 89.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ Вид. нпр. формулације споразума о заштити и подстицању улагања између Србије и Данске (члан 1(1)), Србије и Португалије (члан 1(1)), Србије и Црне Горе (члан 1(1)), Србије и Казахстана (члан 1(1)), Србије и Индонезије (члан 1(1)), Србије и Алжира (члан 1(1)). Српско-азербејџански споразум садржи суштински исту дефиницију, али се текстуално, у члану 1(1), уместо закона и прописа, позива на национално законодавство државе пријемнице улагања.

године предвиђа да ће се улагањем сматрати „[...] свака врста средстава коју, након ступања на снагу овог Споразума, уложи физичко или правно лице, укључујући и Владу, из једне Стране уговорнице на територији друге стране уговорнице, у складу са њеним законима и прописима [...]“³⁴⁷ (превео и подвукао аутор). Тумачећи ову одредбу, арбитражно веће је одбацило аргумент Марока да изложена дефиниција улагања заправо само упућује на право државе пријемнице које је једино меродавно да одреди појам улагања и стало на становиште да спорни део члана 1(1) Споразума треба тумачити тако да заштиту зајемчену Споразумом уживају само она улагања која су пуноважно учињена на територији државе пријемнице улагања.³⁴⁸ Према томе, унутрашње право државе пријемнице улагања меродавно је само за питање пуноважности учињеног улагања (што, по нашем схватању, представља домашај одговорности државе за заштиту улагања *in concreto*), а не и за питање квалификације појма улагања (што би за нас било питање домашаја одговорности државе за заштиту улагања *in abstracto*).

Последица изложеног резоновања арбитражног већа је да, када испитује постојање одговорности државе за заштиту улагања, надлежни форум мора да обави једну врсту двостепене квалификације. Најпре, приликом утврђивања да ли спорни пословни подухват уопште представља улагање у смислу дефиниције садржане у међудржавном споразуму о заштити и подстицању страних улагања, форум обавља квалификацију по међународном праву. У случају да је одговор на питање постојања улагања позитиван, форум прелази на утврђивање да ли је конкретно улагање по свом квалитету (пуноважности) подобно да ужива међународноправну заштиту, чиме у ствари обавља преквалификацију (или, прецизније речено, доквалификацију) по

³⁴⁷ Наведено према *Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 45. Иначе, захтев да улагање буде остварено у складу са законима и прописима државе пријемнице улагања је прилично чест елемент дефиниције појма страног улагања у међународним споразумима о заштити и подстицању страних улагања. О овом захтеву и његовом тумачењу у новијој арбитражној пракси вид. *Rahim Molloo, Alex Khachaturian, „The Compliance with the Law Requirement in International Investment Arbitration“*, *Fordham International Law Journal* vol. 34, 2011, стр. 1473-1501.

³⁴⁸ Напомињемо да су арбитражна већа у оквиру Међународног центра прибегавала примени унутрашњег права државе пријемнице улагања како би утврдиле да ли је одређени трансфер средстава који тужилац квалификује као улагање заиста и допуштен и пуноважно изведен чак и у случајевима када двострани споразум о заштити и подстицању страних улагања у делу у коме дефинише појам страног улагања не садржи никакву упутницу на унутрашње право. Вид. у том смислу одлуку у предмету *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, пасуси 8.1-8.14.

унутрашњем праву државе пријемнице улагања. Ако је одговор и на то питање позитиван, форум се враћа у домен примене међународног права и наставља да одлучује о осталим питањима везаним за одговорност државе: да ли се спорна радња може приписати држави, да ли се том радњом вређа неко од међународним правом заштићених улагачких права и какве последице одговорна држава треба да трпи.

Значај унутрашњег права за примену међународног видљив је и на плану домаћаја и садржаја обавезе државе да штити страно директно улагања, нарочито у погледу обавезе заштите улагања од незаконите експропријације. Добру илустрацију међузависности унутрашњег и међународног права на овом пољу даје одлука у предмету *EnCana v. Ecuador*. Канадска компанија *EnCana* покренула је поступак против Еквадора, државе пријемнице њеног улагања, тражећи накнаду штете због незаконите експропријације њеног улагања која је, по мишљењу канадског улагача, учињена одбијањем Еквадора да *EnCana*-и изврши повраћај пореза на додату вредност. Спор је вођен на основу канадско-еквадорског Споразума о унапређењу и међусобној заштити улагања из 1996. године, који у члану XIII(7) предвиђа да ће се спорови између улагача и државе пријемнице улагања решавати на основу самог Споразума и меродавних правила међународног права. Споразум, дакле, као меродавно за улагачки спор означава искључиво међународно право, што је арбитражно веће уочило и јасно истакло у пасусу 184 арбитражне одлуке. Међутим, у истом параграфу, арбитражно веће примећује да постојање експропријације подразумева ограничавање или ускраћивање неког имовинског права улагача на предмету улагања. Сходно томе, ако се експропријација састоји од ускраћивања права на повраћај пореза, неопходно је најпре утврдити да ли је такво право уопште и постојало, тј. да ли је улагач уопште био овлашћен на повраћај пореза у конкретном случају, што је питање које, по схватању арбитражног већа, уређује унутрашње право државе пријемнице улагања. У светлу таквог става, арбитражно веће је, без обзира на одредбу члана XIII(7) канадско-еквадорског улагачког споразума, узело у обзир еквадорско пореско право како би утврдило да ли је кадански улагач био овлашћен да тражи повраћај пореза на додату вредност и да ли му је ускраћивањем таквог повраћаја, улагање експрописано у смислу члана VIII канадско-еквадорског Споразума о подстицању и међусобној заштити страних улагања.³⁴⁹

³⁴⁹ *EnCana Corporation v. The Republic of Ecuador, Final Award, 3 February 2006, пасуси 184-200.*

Иако је „канонско“ правило међународног јавног права да став унутрашњег права о допуштености радњи које држава предузима не утиче на квалификацију те радње из перспективе међународног права,³⁵⁰ арбитражна пракса пружа примере неопходности испитивања усклађености радњи државе са њеним унутрашњим прописима како би се утврдило да ли је дошло до повреде неког улагачког права зајемченог двостраним уговором о заштити улагања. Један од таквих примера је предмет *Genin v. Estonia*³⁵¹. Спор је избио између три улагача (физичког лица – држављанина САД, тексашке корпорације и естонске компаније која је у целости у власништву друге тексашке компаније) и државе Естоније. Улагачи-тужиоци су своје улагање остварили куповином једне банке у Естонији. Међутим, како у предвиђеном року нису доставили податке Естонској централној банци (ЕЦБ) о власничкој структури купљене банке, ЕЦБ је купљеној банци ускратила дозволу за рад, што су тужиоци посматрали као повреду националног третмана њиховог улагања, сматрајући да су дискриминисани у односу на банке у власништву домаћих лица. Да би утврдило основаност тужбеног захтева, арбитражно веће је морало да узме у обзир естонско унутрашње право како би оценило да ли је његова примена довела до *de facto* дискриминације банака у страном власништву у односу на банке у домаћем власништву (ово под претпоставком да је ЕЦБ исправно применила естонско право), као и да ли је до наводне дискриминације дошло евентуално погрешном применом домаћег права. Како је одговор на оба питања био негативан, арбитражно веће је нашло да америчким улагачима није ускраћен међународним правом зајемчен национални третман. Слично је било размишљање арбитражног већа и у предмету *Noble Ventures v. Romania*,³⁵² где је веће у светлу румунског права испитивало основаност и правилност статусне реорганизације до које је дошло услед инсолвентности челичане коју је америчка компанија купила у поступку приватизације и тиме остварила своје улагање.

На први поглед би се могло закључити да резонување арбитражних већа у изложеним случајевима представља одступање од правила да су међународно и унутрашње право међусобно независни у квалификацији правне допуштености радњи државе. Нама се, међутим, чини да би објашњење требало да иде у другом правцу.

³⁵⁰ Аргумент из члана 3 Правила о одговорности.

³⁵¹ Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc. and A. S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, пасуси 348-373.

³⁵² Noble Ventures Inc v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, пасуси 175-183.

Наиме, обавеза заштите страног улагања је у сваком од наведених случајева била утврђена међународним правом и арбитражна већа су се изјашњавала да ли су државе пријемнице улагања повредиле обавезе утврђене двостраним споразумима о заштити страних улагања. Међутим, да би могла да оцене да ли је до повреде међународних обавеза у конкретним случајевима заиста дошло, већа су морала да прибегну унутрашњем праву, јер сама природа међународне обавезе то налаже. Да би утврдило да ли тужиоцима у предмету *Genin* заиста ускраћен национални третман, арбитражно веће је најпре морало да утврди какав је садржај тог третмана у конкретном случају, што је без примене или узимања у обзир унутрашњег права немогуће учинити. Даље, имајући у виду да је национални третман релативан стандард јер се процењује у односу на третман домаћих лица, арбитражно веће је опет морало да прибегне унутрашњем праву. Али, узимање у обзир или примена унутрашњег права обавља се искључиво у *функцији* примене међународног права као меродавног за улагачки подухват.

Примери неопходности примене или макар узимања у обзир норми унутрашњег права како би међународно могло да буде примењено постоје и на плану приписивости противправне радње држави. Опште је прихваћено да је питање приписивости регулисано правилима међународног обичајног права.³⁵³ Међутим, сама Правила о одговорности државе за међународно недозвољена дела у неколико наврата упућују на унутрашње право. Тако, на пример, сходно члану 4(2), државним органом ће се сматрати свако лице или ентитет који статус државног органа има *према унутрашњем праву* државе којој припада. Члан 5 предвиђа да ће се радње лица или ентитета који није државни орган у смислу члана 4 али које је *унутрашњим правом* државе којој припада *овлашћено* да обавља акте државне власти сматрати радњама државног органа уколико су предметно лице или ентитет у спорном случају вршили државну власт. Дакле, у случају примене члана 4(2) или 5, форум који решава улагачки спор мора да узме у обзир одредбе унутрашњег права државе пријемнице улагања како би утврдио да ли се радње за које улагач сматра да су му повредила права могу приписати држави пријемници улагања или не.

Према томе, чини нам се да у међународном праву страних улагања линија разграничења између сфера примене међународног и унутрашњег права није толико оштра колико у другим гранама права. Конкретно, у погледу одговорности државе за

³⁵³ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 184.

заштиту страних директних улагања, релевантно је како међународно тако и национално право. Док међународно право превасходно уређује садржај обавезе заштите страних директних улагања, унутрашње право превасходно уређује домашај те обавезе.³⁵⁴

V – СИНТЕЗА – МОДЕЛ ОДРЕЂИВАЊА МЕРОДАВНОГ ПРАВА У ПОГЛЕДУ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ УЛАГАЊА

Истраживања меродавног права за одговорност државе за заштиту страних директних улагања која смо спровели у оквиру ове Главе показују да и међународно и унутрашње право могу да се примењују на *поједине* аспекте одговорности државе, али да ниједан од ова две регистра правила није подобан да самостално у *целости* уређује одговорност државе за заштиту страних директних улагања. То се, чини нам се, јасно види из формулације члана 42(1) Вашингтонске конвенције, у делу у којем арбитражном већу налаже заједничку примену унутрашњег и међународног права у ситуацији када стране у спору нису изабрале меродавно право.

Остављајући по страни разлике монистичког и дуалистичког приступа односу међународног и унутрашњег права,³⁵⁵ сматрамо да је коегзистенција међународних и унутрашњих извора права у уређивању питања одговорности државе за заштиту страних улагања условљена природом различитих аспеката института одговорности. У таквој ситуацији, приликом одређивања меродавног права за питање одговорности државе за заштиту страних директних улагања, форум за решавање улагачких спорова мора да предузме неколико повезаних и међузависних корака.

Први корак у одређивању меродавног права за одговорност државе за заштиту страних директних улагања јесте утврђивање да ли стране у спору везује споразум о избору меродавног права за улагачки подухват, било експлицитан или имплицитан, садржан у двостраном уговору о заштити и подстицању страних директних улагања или неком другом извору права који обавезује улагача и државу пријемницу улагања.

³⁵⁴ У том смислу и: А. Diehl, *op. cit.*, стр. 293.

³⁵⁵ О различитим теоријама односа међународног и унутрашњег права вид. М. Shaw, *op. cit.*, стр. 131-133.

У случају да постоји споразум којим се као меродавно за улагачки подухват одређује неко унутрашње право (право државе пријемнице улагања, право државе чију припадност има улагач или право треће државе), то право ће уређивати и питања обима, садржаја и услова одговорности, као и питање последица њеног евентуалног постојања. Али, питања приписивости штетне радње држави нужно ће бити регулисана међународним правом. Такође, међународно обичајно право и општи принципи међународног права позвани су да попуне правне празнине које могу да се јаве уколико унутрашње право евентуално не садржи правила која би требало да се примене на спорни случај. Коначно, међународно право би, у ограниченом смислу, могло да обавља и корективну функцију, и то кроз установу транснационалног јавног поретка.

Ако су стране у спору изабрале међународно право као меродавно, извесни аспекти одговорности државе ће свеједно морати да буду уређени унутрашњим правом. Унутрашње право налази своје место на пољу утврђивања допуштености и пуноважности улагања, као и конкретног домашаја одговорности државе за заштиту страних улагања.

Уколико стране нису изабрале меродавно право за свој улагачки спор, надлежни форум ће у одређивању меродавног права бити везан сопственим правилима поступка. Специјализовани форум за решавање улагачких спорова, Међународни центар, у таквој ситуацији експлицитно предвиђа заједничку примену унутрашњег и међународног права, док национална међународна приватна права и арбитражни правилници садрже уопштена решења која предвиђају примену одређених колизионих норми, унутрашњих права или правних правила. Када би национално међународно приватно право (у случају да се улагачки спор решава пред судом) или арбитражни правилник упутили на примену неког унутрашњег права, ситуација би била упоредива са оном која настаје када саме стране изаберу неку унутрашње право као меродавно, па би и тада постојала могућност за примену међународног права у истим областима у којима би то било могуће и да су стране изричито изабрале примену унутрашњег права на свој спор.

ГЛАВА III

СТРАНО ДИРЕКТНО УЛАГАЊЕ КАО ОБЈЕКТ ЗАШТИТЕ

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Одређење појма страног директног улагања кључно је за тему нашег рада, јер од дефиниције страног директног улагања непосредно зависе домашај и садржај одговорности државе за његову заштиту. Међутим, како то сликовито примећује Катја Јанака-Смол (*Yannaca-Small*), „појам страног улагања се налази на тремеђи економије, права и међународних односа“³⁵⁶. Сходно томе, веома је тешко наћи дефиницију страног директног улагања која ће омогућити подједнако задовољење интереса свих учесника у међународном улагачком подухвату – улагача, државе чију припадност он има и државе пријемнице улагања. Ово јасно потврђује и ток преговора о тексту најшире прихваћеног мултилатералног извора заштите страних директних улагања, Вашингтонске конвенције: иако Конвенција користи термин „улагање“ већ у свом називу,³⁵⁷ њени творци ипак нису могли да се усагласе о начину на који би овај појам требало дефинисати, па коначан текст Конвенције не садржи никакво одређење овог кључног института.³⁵⁸

Непостојање општеприхваћеног одређења појма страног директног улагања довело је до ситуације да различити међународни споразуми и унутрашњи извори права страних улагања садрже дефиниције различитог степена прецизности, од којих су неке веома еластичне, друге крајње ригидне, а у сваком случају често

³⁵⁶ Katia Yannaca-Small, „Definition of 'Investment': an Open-Ended Search for a Balanced Approach“, у: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 244.

³⁵⁷ Пун назив Вашингтонске конвенције на српском језику гласи: Конвенција о решавању *инвестиционих* спорова између држава и држављана других држава.

³⁵⁸ Више о томе вид. G Delaume, *op. cit.*, стр. 70; C. Schreuer, *The ICSID Convention... (op. cit.)*, стр. 121-125.

контрадикторне.³⁵⁹ Ово обиље међусобно неусклађених дефиниција у пракси доводи до апсурдних исхода.

Тако је, на пример, веће за поништај одлуке у предмету *Mitchell v. Congo* стало на становиште да канцеларија за пружање правних савета која је у потпуности основана иностраним, америчким капиталом, којом је управљао амерички држављанин и која је годинама пословала у Киншаси, а у коју су за време немира у Конгу упале државне снаге, ухапсиле запослене, запечатиле просторије и затвориле фирму не представља страно улагање јер, по тумачењу меродавног америчко-конгоанског споразума о заштити и подстицању страних улагања које је прихватило арбитражно веће, да би нека услуга представљала улагање у смислу америчко-конгоанског споразума, потребно је да је пружа лице које је већ стекло статус улагача на неки од начина описан чланом I тог споразума.³⁶⁰ Такође, стиче се утисак да, све и да је овај услов у конкретном случају био испуњен, веће би и даље држало да тужиочева делатност у Конгу не представља улагање јер, по схватању арбитра, не испуњава услов доприноса економском развоју државе пријемнице улагања, што је веће оценило као једну од кључних карактеристика улагања.³⁶¹

Са друге стране, арбитражно веће исте институције, Међународног центра, у предмету *PSEG v. Turkey* приликом изјашњавања о питању да ли постоји улагање у случају када је између страна закључен концесиони уговор који још увек није почео да се извршава јер међу странама није постигнута сагласност о свим елементима концесионог посла, отишло је у другу крајност и стало на становиште да је за постојање улагања довољно да је уговор којим се реализује улагачки подухват пуноважно закључен.³⁶²

³⁵⁹ Noah Rubins, „The Notion of ‘Investment’ in International Investment Agreements“, у: Norbert Horn, Stefan Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International 2004, стр. 283-284.

³⁶⁰ Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for the Annulment of the Award, 1 November 2006, нарочито пасус 37.

³⁶¹ *Ibid.*, пасуси 38-39.

³⁶² PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation and Konya Iğın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. The Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction, 4 June 2004. Наиме, турска влада је крајем деведесетих година XX века одлучила да страним улагачима понуди да изграде термоелектрану у провинцији Коња коју би затим одређено време користили а онда предали Турској. Најбољи понуђач била је америчка компанија *PSEG*. Међутим, током израде предлога концесионог уговора, показало се да локална компанија коју би *PSEG* морао да оснује за потребе

Ако правила о одговорности државе за заштиту страних директних улагања схватимо као инструмент за координацију интереса учесника међународног улагачког подухвата, што је једна од наших полазних претпоставки, три су кључна аспекта дефиниције појма страног директног улагања чијем начину формулисања треба посветити нарочиту пажњу. То су питање садржинског одређења појма страног директног улагања (шта се сматра страним директним улагањем *ratione materiae?*), питање временског тренутка од ког се сматра да је улагање учињено, тј. тренутка од ког се успоставља одговорност државе пријемнице за његову заштиту (шта се сматра страним директним улагањем *ratione temporis?*) и питање шта се сматра улагањем у државу пријемницу улагања, тј. питање територијалног домаћаја одговорности државе пријемнице за заштиту улагања (шта се сматра страним директним улагањем *ratione loci?*).

Испитивању наведених аспеката појма страног директног улагања ћемо, за потребе овог рада, приступити у светлу једне од наших основних хипотеза, по којој дефиниције појма страног улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију и унутрашњим прописима из ове области не обезбеђују потребни баланс интереса учесника међународног улагачког подухвата. Да бисмо ову хипотезу доказали, биће потребно да најпре представимо у

управљања електраном када пројекат буде остварен мора, према меродавним турским прописима, да има организациону структуру због које би била подвргнута значајно вишим фискалним наметима него што се то процењивало када је *PSEG* састављао студију изводљивости пословног подухвата. Тај губитак би могао да се неутралише променом капацитета електране у односу на снагу предвиђену студијом изводљивости и променом првобитно предвиђене цене електричне енергије коју би оператор наплаћивао за време коришћења електране. Да би се уштедело на времену, нацрт концесионог уговора сачињен према студији изводљивости је свеједно поднет турском Државном већу на одобрење, али су *PSEG* и Министарство енергетике наставили преговоре у циљу редефинисања предвиђене снаге будуће термоелектране и цене електричне енергије. Државно веће је одобрило концесиони уговор, који се тиме сматрао закљученим, али преговори међу странама нису успели. Иако реализација самог пројекта никада није започета јер међу странама на крају није договорено колика ће се термоелектрана градити и како ће се одређивати цена електричне енергије док оператор буде користио електрану, *PSEG* је покренуо арбитражу против Турске пред Међународним центром тражећи накнаду штете за трошкове које је имао припремајући пројекат термоелектране, пратећу документацију, предлоге уговора и покушавајући да обезбеди финансијска средства за изградњу. Турска је истакла приговор ненадлежности арбитражног већа Међународног центра и образложила га, између осталог, околношћу да у конкретном случају нема улагања јер пројекат термоелектране „*никад није одмакао даље од табле за цртање и преговарачког стола*“ (пасус 54 Одлуке о надлежности). Арбитражно веће је, међутим, питање постојања улагања везало за питање постојања пуноважног концесионог уговора. Како је нашло да је концесиони уговор закључен и да садржи све битне делове прописане турским правом, арбитражно веће је закључило да је улагање у конкретном случају остварено, не обазирјући се на околност да ли је концесиони уговор свом садржају применљив и исплатив за улагача.

чему се страна директна улагања разликују од осталих врста улагања (II), након тога да испитамо међународне стандарде у дефинисању појма страног директног улагања (III) па затим, у том светлу, анализирамо дефиниције садржане у изворима права страних улагања који обавезују Републику Србију (IV), да бисмо коначно, на основу спроведених истраживања, могли да предложимо елементе за дефиницију појма страног директног улагања која би осликавала баланс легитимних интереса свих заинтересованих учесника једног међународног улагачког подухвата (V).

II - РАЗЛИЧИТИ ОБЛИЦИ СТРАНИХ УЛАГАЊА

Страно улагање представља трансфер капитала (новца или других материјалних вредности) из једне државе (државе извознице капитала) у другу (државу пријемницу улагања) са циљем директног или индиректног учешћа у добити која проистиче из таквог пословног подухвата.³⁶³ Страна улагања се могу класификовати према различитим критеријумима.³⁶⁴ Како би испитивање сваког појединачног критеријума поделе превазилазило сврху и предвиђени домашај овог рада, задржаћемо се на подели страних улагања учињеној с обзиром на могућност страног улагача да утиче на управљање предметом свог улагања. Према овом критеријуму могуће је разликовати директна (1.) и портфолио улагања (2.).

Неки аутори према критеријуму утицаја на управљање препознају и трећу врсту улагања коју збирно означавају као различите уговорне форме страних улагања и у њих сврставају оне облике улагања код којих улагач не стиче право својине над инвестицијом већ само права облигационог карактера.³⁶⁵ У светлу околности да смо као критеријум поделе улагања на директна и портфолио прихватили могућност страног улагача да управља предметом свог улагања, сматрамо да бисмо се увођењем елемента разликовања природе права која проистичу из страног улагања удаљили од

³⁶³ *Encyclopaedia of Public International Law* vol. 8, стр. 246 наведено према: М. Sornarajah, *The International Law...* (op. cit.), стр. 8.

³⁶⁴ Могући критеријуми класификације су: врста економске вредности која се улаже (улагања у стварима и улагања у правима), својински карактер уложеног капитала (приватна и државна улагања), извор средстава (улагања свежег капитала и улагања капитала који се реинвестира)... Више о томе вид. П. Цветковић, *Међународно-правна заштита...* (op. cit.), стр. 30.

³⁶⁵ *Ibid.*, стр. 37-38.

основног критеријума класификације коју смо прихватили. Такође, замашни прекогранични пословни подухвати чији је правни режим у основи одређен различитим облицима уговора о делу или уговора са мешовитом грађанскоправном природом (изградња путева, електрана или других инфраструктурних пројеката, трансфер технологије, производна кооперација и сл.) по својој природи и значају суштински превазилазе „ефемерни однос извођач радова/пужалац услуга - клијент и приближавају се односу улагач - држава пријемница“³⁶⁶, из чега произлази потреба да се заштита ове категорије улагача уподоби заштити страних директних улагача, према њихови пословни подухвати не садрже све карактеристике страног директног улагања. Са овим на уму, а и имајући у виду да тзв. уговорне форме страних улагања у себи комбинују карактеристике послова међународног трговинског промета и директних улагања,³⁶⁷ за потребе овог рада ћемо оне уговорне облике страних улагања код којих улагач остварује дуже и значајније присуство на тржишту државе пријемнице улагања (осим већ побројаних облика то су и концесије, *Build-Operate-Transfer* аранжмани и сл.) третирати као посебне облике страних директних улагања.

1. Директна улагања

Страна директна улагања представљају трансфер телесних и бестелесних вредности из једне државе у другу (државу пријемницу), да би се у држави пријемници користиле у сврху стварања добити кроз лице које је под потпуном или делимичном контролом власника тих вредности.³⁶⁸ Битни делови изложене доктринарне дефиниције – прекогранични трансфер средстава и улагање које за циљ има стицање права учешћа у управљању органа лица које је предмет улагања – прихваћени су и додатно разрађени и у збиркама референтних дефиниција Организације за економску сарадњу и развој (ОЕСД) и Конференције Уједињених нација за трговину и развој (UNCTAD), чији је циљ уједначавање методологије за израду статистика страних директних улагања.

ОЕСД износи дефиниције страног директног улагања у своја два важна документа. У публикацији о референтним дефиницијама страних директних улагања,

³⁶⁶ Farouk Yala, „The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some 'Un-Conventional' Thoughts on Salini, SGS and Mihaly“, *Journal of International Arbitration* бр. 2/2005, стр. 107.

³⁶⁷ Тако П. Цветковић, *Међународно-правна заштита...* (op. cit.), стр. 38.

³⁶⁸ М. Sornarajah, *The International Law...* (op. cit.), стр. 8.

која служи да обезбеди оперативна упутства за једнообразно рачунање и приказивање различитих статистика у овој области, OECD дефинише страно директно улагање као облик прекограничног трансфера капитала код кога страни (директни) улагач успоставља дугорочан пословни интерес у компанији која има седиште у држави пријемници улагања и остварује значајан степен учешћа у управљању том компанијом.³⁶⁹ Сматраће се да значајан степен учешћа у управљању постоји онда када страни улагач има најмање 10% учешћа у гласачким правима у органима компаније у коју је уложио.³⁷⁰

На општији начин OECD дефинише страно директно улагање у свом познатом Кодексу либерализације кретања капитала, који објављује још од 1961. године и чији је циљ успостављање једнообразног и усклађеног међународног механизма за уклањање препрека прекограничном кретању капитала. У Кодексу се страно директно улагање дефинише на општији начин него у упутствима о референтним дефиницијама као „*улагање чији је циљ успостављање трајније економске везе са пословним подухватом у који је уложено, нарочито кроз омогућавање ефективног утицаја на управљање тим подухватом*“³⁷¹. Сматраће се да могућност ефективног утицаја на управљање подухватом постоји када нерезидент у држави пријемници или резидент у иностранству стиче пуно власништво у већ постојећем привредном друштву, огранку, представништву или другом облику пословног подухвата, стиче удео у новом или већ постојећем подухвату или даје кредит или зајам са роком доспећа од најмање пет година, при чему су из појма страног директног улагања изричито искључена улагања која имају чисто финансијски карактер и служе да улагачу обезбеде посредан приступ новцу или финансијском тржишту државе пријемнице.³⁷²

На сличан начин као и OECD у цитираним референтним дефиницијама дефинисању појма страног директног улагања приступа и UNCTAD у својим годишњим извештајима о међународним улагањима. За UNCTAD страно директно улагање је оно улагање којим се између страног улагача и компаније чије је седиште у

³⁶⁹ *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4th edition, 2008, стр. 17. Публикација је доступна на веб-адреси: <<http://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf>>.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ *OECD Code of Liberalization of Capital Movements*, OECD Publications 2013, Annex A, List A, Art. I, стр. 25.

³⁷² *Ibidem*.

држави пријемници улагања остварује дугорочна веза и које показује да страни улагач има значајан утицај на управљање компанијом у коју је уложио.³⁷³ Страни директни улагачи могу бити како физичка тако и правна лица.³⁷⁴

Српски Закон о девизном пословању комбинује приступе изложених референтних дефиниција и Кодекса либерализације кретања капитала, па тако у члану 2 став 1 тачка 17 одређује директне инвестиције као улагања резидената у иностранству и нерезидената у Републици (Србији) у правно лице са циљем да се укључе у управљање пословима тог правног лица. Под улагањем у смислу Закона о девизном пословању сматра се: оснивање правног лица, огранка или представништва, куповина удела или акција у капиталу правног лица, докапитализација правног лица као и сваки други облик улагања којим улагач стиче најмање 10% учешћа у основном капиталу, односно најмање 10% гласачких права, у року не дужем од годину дана од дана првог улагања у то правно лице у случају сукцесивних улагања (ради достизања прага од 10%), као и кредити и зајмови са роком доспећа од пет година или дужим уколико имају природу подређеног потраживања (субординирани кредити и зајмови).³⁷⁵

Иако се учешће од 10% у основном капиталу и гласачким правима уобичајено узима као минимални праг за претпоставку да улагач остварује значајну контролу над пословањем привредног друштва у које је уложио, стране директно улагање (теоретски) постоји сваки пут када улагач има *значајан* удео у управљању пословањем друштва у које је уложио, независно од номиналног процента његовог учешћа у основном капиталу и гласачким правима.³⁷⁶

У општем случају, стране директно улагање може да се оствари самосталним оснивањем привредног друштва у држави пријемници улагања, стицањем удела у већ постојећем привредном друштву, разним облицима статусних промена у већ постојећем привредном друштву (преузимање, спајање, итд.) или оснивањем

³⁷³ UNCTAD World Investment Report 2012 – Methodological Note, стр. 3. Публикација је доступна на веб-адреси: <http://unctad.org/en/PublicationChapters/WIR2012MethodologicalNote_en.pdf>.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Чл. 2 ст. 1 т. 17 Закона о девизном пословању, *Службени гласник РС* бр. 62/2006, 31/2011 и 119/2012.

³⁷⁶ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements – Scope and Definition, UN Publications, New York/Geneva 1999, стр. 8; J. E. Alvarez, „The Public International Law...“ (*op. cit.*), стр. 204-205.

заједничког предузећа са домаћим лицем (*equity joint venture*).³⁷⁷ Улог страног директног улагача може да се састоји у новцу, али и у другим материјално мерљивим вредностима које служе обављању делатности правног лица у које се улаже: некретнине, машине, алати и друге покретне ствари, хартије од вредности, права интелектуалне својине, *know-how* и сл.

Пажљиво дефинисање страног директног улагања је од велике важности за ниво и обим заштите који ће тој врсти прекограничног трансфера капитала бити зајемчен, јер круг зајемчених улагачких права и механизма њихове принудне заштите морају да узму у обзир околност да страним директним улагањем улагач остварује дуготрајну и чврсту везу са тржиштем државе пријемнице улагања, па у случају проблема не може свој капитал брзо да уклони са тог тржишта што, како ћемо показати, није случај са портфолио улагањима.

2. Портфолио улагања

Портфолио улагања представљају прекогранични трансфер капитала са циљем куповине хартија од вредности које свом имаоцу не дају право учешћа у управљању у органима издаваоца (акције, обвезнице, разни финансијски инструменти).³⁷⁸ Искљученост улагача из управљачке функције код портфолио улагања условљава неколико значајних разлика овог облика инвестирања у односу на страна директна улагања.

Прва разлика налази се на пољу мотива улагања. Док је страни директни улагач, као управљач предмета свог улагања, осим стицања добити заинтересован и за пословну делатност компаније у коју је уложио јер на њено профилисање може да утиче и тако своје улагање учини још уноснијим, мотиви портфолио улагача ограничавају се на процену вредности и исплатљивости предмета улагања на тржишту капитала, зато што се добит која проистиче из портфолио улагања остварује из дивиденди и манипулација предметом улагања на тржишту капитала.

Друга разлика везује се за интензитет везе између улагача и државе пријемнице улагања. Будући да је заинтересован само за профит а не и за управљање предметом

³⁷⁷ Више о различитим формама страних директних улагања вид. М. Sornarajah, *The Settlement...* (*op. cit.*), стр. 31-47.

³⁷⁸ Дефиниција према: М. Sornarajah, *The International Law...* (*op. cit.*), стр. 8.

улагања, портфолио улагач по правилу не предузима дугорочна улагања. За разлику од страних директних улагања која подразумевају одређену трајност везе између улагача и државе пријемнице улагања, портфолио улагања су по правилу краткорочна и најчешће не трају дуже од годину дана.³⁷⁹ Управо због ове „несталности“ портфолио улагања, државе у развоју су прилично уздржане у погледу пријема ове врсте инвестиција, јер би нагло и масовно повлачење портфолио улагања лако могло да дестабилише њихове крхке националне економије.³⁸⁰

Коначно, трећа и можда најважнија разлика портфолио улагања у односу на страна директна улагања односи се на обим заштите који овој врсти улагања пружа држава пријемница. Према владајућем мишљењу у теорији, портфолио улагачи не могу уживати исти обим заштите као и страни директни улагачи, јер због лабавости односа између портфолио улагача и државе пријемнице, као и због и лакше покретљивости капитала ангажованог у портфолио инвестицију од оног који је директно уложен, веза између портфолио улагача и државе пријемнице улагања није довољно јака да би успостављање једнако строгих услова одговорности за заштиту улагања било оправдано.³⁸¹ То, наравно, не значи да портфолио улагачи не уживају никакву улагачку заштиту, већ само да механизам заштите портфолио улагања треба да буде примерен природи берзанских трансакција.³⁸² Ипак, може се претпоставити да ће се, у светлу тренда либерализације правила прекограничног кретања капитала, и заштита портфолио улагања уредити посебним међународним уговорима и тако по свом спектру и домаћају постати равноправна заштити страних директних улагања, наравно под условом да се нађу решења за тешкоће које у овом тренутку спречавају

³⁷⁹ UNCTAD *Series on Issues in International Investment Agreements – Scope and Definition* (op. cit.), стр. 9.

³⁸⁰ Више о томе вид. П. Цветковић, *Међународно-правна заштита...* (op. cit.), стр. 35, са навођењем примера краха јужнокорејске економије 1996. године условљеног, између осталог, наглим повлачењем портфолио улагања. О штетним последицама које могу да проистекну из брзе покретљивости и несталности портфолио улагања вид. и Небојша Јовановић, „Правни режим страних улагања у Србију као 'банана државу'“, *Право и привреда* бр. 4-6/2013, стр. 456, са навођењем примера слома Београдске берзе 2009. године.

³⁸¹ M. Sornarajah, *The International Law...* (op. cit.), стр. 9.

³⁸² О заштити портфолио улагања у Србији у режиму који је важио пре ступања на снагу Закона о тржишту капитала вид. Дара Миленовић, „Заштита инвеститора према Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената“, *Право и привреда* бр. 5-8/2007, стр. 917-931. О општим тенденцијама заштите портфолио улагача вид. Мирко Васиљевић, „Право и заштита инвеститора“, *Право и привреда* бр. 5-8/2007, стр. 13-15.

успостављање одговорности државе за њихову заштиту у истој мери као и за заштиту страних директних улагања.³⁸³

III - МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ У ДЕФИНИСАЊУ ПОЈМА СТРАНОГ ДИРЕКТНОГ УЛАГАЊА

Међународна пракса показује изразиту хетерогеност у приступу дефинисању појма страног директног улагања.

Остављајући по страни инструменте који уопште не дефинишу појам улагања (нпр. Вашингтонска конвенција, некадашњи амерички модел споразума о заштити и подстицању улагања из 1984. године,...) на једном крају спектра се налазе извори права који прихватају описну, отворену, и сходно томе веома широку дефиницију страног директног улагања, везујући је најчешће за сваки облик капитала или имовине коју улагач поседује или контролише на територији државе пријемнице улагања.³⁸⁴ Један од новијих примера коришћења описне дефиниције страног улагања је Свеобухватни споразум о улагањима Асоцијације народа Југоисточне Азије (енг. *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*), који у члану 4(ц) одређује страно улагање као „сваки облик средстава које улагач поседује или контролише“ (енг. „[...] *every kind of asset, owned or controlled, by an investor* [...]”).³⁸⁵

На супротном крају спектра се налазе извори права који садрже *numerus clausus* појавних облика страних улагања, чиме се елиминише (или бар значајно ограничава) дискреционо овлашћење форума при процењивању да ли спорни облик трансфера

³⁸³ M. Sornarajah, *The International Law...* (op. cit.), стр. 9-10.

³⁸⁴ Више о томе вид. N. Rubins, op. cit., стр. 292-293. О проблемима широко постављеног појма страног улагања у изворима инвестиционог права у Јужној Азији вид. Prabhash Ranjan, „Definition of Investment in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries and Regulatory Discretion“, *Journal of International Arbitration* бр. 2/2009, стр. 219-243.

³⁸⁵ Ова дефиниција је постојала и у акту који је претходио Свеобухватном споразуму – ASEAN-овом споразуму о унапређењу и заштити улагања из 1988. године. Међутим, вероватно свесни практичних проблема које овако широка дефиниција појма улагања може да створи, творци Свеобухватног споразума су у члан 4(ц) укључили фусноту у којој се каже да се улагањем неће сматрати она средства која не поседују својства улагања, без обзира на своју форму. Као својства улагања фуснота уз члан 4(ц) препознаје ангажовање капитала, очекивање добити и преузимање ризика. Остаје, ипак, нејасно зашто је овако важна одредница садржана у фусноти а не у тексту Споразума и какав ће бити њен правни значај. С обзиром да је Свеобухватни споразум ступио на снагу релативно недавно, 29. марта 2012. године, још увек је рано да се на ово питање да одговор, па остаје да будућа пракса покаже како ће се за потребе примене Свеобухватног споразума тумачити појам улагања.

капитала представља улагање или не. Тако, на пример, члан 1139 Споразума NAFTA изричито набраја који облици трансфера средстава ће се сматрати улагањем (привредна друштва, одређене врсте удела у привредним друштвима, одређена средства обезбеђења, одређени облици кредита датих привредним друштвима, некретнине и друге ствари стечене у очекивању коришћења у сврхе стицања добити или коришћене за стицање добити или друге пословне подухвате, средства која су добијена ангажовањем капитала или других фактора производње на територији државе пријемнице улагања, а у сврху обављања привредне активности), али исто тако изричито наводи и који облици трансфера средстава не представљају улагање (новчана потраживања из привредних уговора о продаји робе или обављању услуга, потраживања везана за финансирање трговинских послова и сва друга новчана потраживања која нису обухваћена претходно дефинисаним појмом улагања).

Између ова два „екстремна“ приступа, налазе се дефиниције које постављају прецизне смернице за одређивање појма улагања (по чему се разликују од отворених дефиниција) и наводе карактеристичне облике страних улагања, али при томе не претендују да појам улагања ограниче само на наведене облике (по чему се разликују од *numerus clausus* дефиниција). Управо због тога што комбинују одлике два претходно описана приступа, неки аутори овај „трећи пут“ ка дефинисању појма страног улагања називају „хибридним“ или „мешовитим“³⁸⁶. Скорији пример оваквог приступа налазимо у најновијем америчком моделу споразума о заштити и подстицању страних директних улагања из 2012. године, који у Одсеку А, члан 1, улагање дефинише као „*сваки облик средстава које улагач непосредно или посредно поседује или контролише и које има својства улагања*, као што су ангажовање капитала или других ресурса, очекивање добити или преузимање ризика. Облици улагања **између осталог** укључују [...]“³⁸⁷ (подвукао аутор). Истакнути делови дефиниције показују да амерички модел споразум из 2012. одступа од свог (давног) претходника из 1984. тако што напушта таутолошку дефиницију улагања као „*сваког облика улагања*“³⁸⁸, већ је везује за појам

³⁸⁶ Тако N. Rubins, *op. cit.*, стр. 294.

³⁸⁷ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Текст модела споразума је доступан на веб-адреси: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>.

³⁸⁸ Вид. Члан I(1)(b) америчког Модела споразума о узајамном подстицању и заштити улагања од 24. фебруара 1984. године (*U.S. Model Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of February 24, 1984*). Модел споразума је објављен у *Berkeley Journal of International Law*, бр.

трансфера средстава који има јасно набројана својства и, *exempli causa*, даје листу уобичајених облика испољавања таквог улагања.

Управо због наведених разлика у приступу, судска и арбитражна пракса су одиграле велику и важну улогу у успостављању међународних стандарда дефинисања појма страног директног улагања. Као што смо нагостили у уводном делу ове Главе, пажњу ћемо усмерити на стандарде развијене у судској и арбитражној пракси за дефинисање домаћаја појма страног улагања (1.), временског тренутка почевши од ког се успоставља одговорност државе за заштиту страног директног улагања (2.) и територијалног домаћаја одговорности државе за заштиту страног директног улагања (3.).

1. Стандарди праксе форумā за решавање улагачких спорова у дефинисању појма страног улагања

У првим деценијама рада Међународног центра, арбитражна већа ове институције се нису трудила да утврде опште критеријуме на основу којих би проверавала да ли пословни подухват тужиоца у сваком конкретном случају представља улагање или не, већ су ту квалификацију обављала интуитивно, како то каже професор Гајар,³⁸⁹ вођена „уобичајеним схватањем“ значења појма улагања. Активности тужилаца у неким од тих раних случајева, као што су улагања у енергетски сектор³⁹⁰ или производњу оружја³⁹¹, би се вероватно сматрале улагањем и према данас применљивим критеријумима. Са друге стране, нисмо сигурни да би данашња арбитражна већа стала на становиште да посао једнократног ремонта и опремања

1/1986, стр. 136-143, а доступан је на веб-адреси: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1042>>.

³⁸⁹ Emmanuel Gaillard, „Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice“, у: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford 2009, стр. 407-410.

³⁹⁰ *Alcoa Minerals of Jamaica v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 July 1975; *Kaiser Bauxite Company v. Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/3, Decision on Jurisdiction and Competence, 6 July 1975.

³⁹¹ *Colt Industries Operating Corporation v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/84/2, Settlement, 3 August 1990.

рибарских бродова представља улагање, како су то, без икакве дилеме и посебног образложења, учинили арбитри у спору *Atlantic Triton v. Guinea*.³⁹²

Први случајеви у којима је арбитражна пракса почела да се бави утврђивањем стандарда за дефинисање појма страног улагања односили су се на портфолио улагања. Арбитражна већа Међународног центра су била позивана да се изјасне да ли улагања у одређене врсте хартија од вредности и финансијских инструмената представљају страна улагања у смислу члана 25 Вашингтонске конвенције и меродавних двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања.³⁹³ У тим случајевима су почела да се кристалишу прва размишљања о својствима које један међународни пословни подухват мора да поседује да би се сматрао страним улагањем: закључено је да је потребно да подухват траје одређено време, да редовно доноси профит, да обе стране предузимају одређени пословни ризик, да постоји суштинско ангажовање улагача и да пословни подухват доприноси развоју државе пријемнице.³⁹⁴ Изложени скуп карактеристика одговара начину на који економска теорија схвата појам страног улагања.³⁹⁵ Успостављање елемената дефинисања појма страног улагања означило је почетак ере тзв. „дедуктивног“ приступа утврђивању постојања улагања у арбитражној пракси Међународног центра.³⁹⁶

Међутим, како је заштита портфолио улагања ван поља проучавања овог рада, детаљна анализа спорова *Fedax* и *CSOB* ће овде бити изостављена. Наша пажња ће се усмерити ка првом предмету у коме се процењивало да ли једна специфична форма директног улагања – уговорно улагање чији је правни основ уговор о грађењу инфраструктурних објеката, представља страно (директно) улагање. Ради се о предмету *Salini v. Morocco*, у којем је арбитражно веће, између осталог, требало да се изјасни да ли се изградња аутопута може сматрати улагачким подухватом. Одговарајући на ово питање, веће је утврдило круг критеријума које страно улагање

³⁹² *Atlantic Triton Company v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21 April 1986.

³⁹³ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997; *CSOB v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999.

³⁹⁴ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997, пасуси 21-23.

³⁹⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 60.

³⁹⁶ E. Gaillard, *op. cit.*, стр. 410-411.

мора да задовољава, а који ће касније у доктрини и арбитражној пракси бити означен као Салини-тест. Према Салини-тесту, страном улагање мора да има одређено трајање (1.1), да улагача и државу пријемницу излаже улагачком ризику (1.2), да подразумева суштинско ангажовање улагачевих средстава (1.3) и да доприноси развоју државе пријемнице (1.4).³⁹⁷

Салини-тест заправо представља „скраћену верзију“³⁹⁸ теста усвојеног у одлуци *Fedax v. Venezuela*, а који се, опет, исходи из правне доктрине, односно радова професора Жуијара³⁹⁹ и Гајара⁴⁰⁰ са краја XX века. Међутим, важна разлика Салини-теста у односу на Жуијаров и Гајаров теоријски модел појма страног улагања лежи у схватању обавезности испољавања сваког од набројаних критеријума у једном пословном подухвату да би се тај подухват сматрао улагањем. Док доктрина изложене критеријуме схвата чисто оријентационо и сматра да они представљају само типичне одлике улагања, арбитражна пракса Међународног центра је Салини-тест претворила у безмало обавезан испит који примењује када међу странама постоји неслагање да ли предмет спора представља улагања.⁴⁰¹ Ипак, у случају када се улагање остварује кроз сложени подухват састављен из више повезаних и међузависних елемената, није неопходно да сваки појединачни елемент улагања испољава све карактеристике улагања.⁴⁰² Довољно је да је спорна трансакција део ширег подухвата који показује све карактеристике улагања.

³⁹⁷ *Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 52.

³⁹⁸ Скраћење се огледа у изостављању захтева за постојањем редовности профита од пословног подухвата, који је један од елемената Федакс-теста. Остала четири критеријума су заједничка за Федакс Салини-тест.

³⁹⁹ Patrick Juillard, „Contrats d'État et investissements“, у: Hervé Cassan (ed.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Economica, Paris 1989, стр. 159 et seq.

⁴⁰⁰ Emmanuel Gaillard, „Commentaire sur *Fedax v. Venezuela*“, *JDI* бр. 1/1999, стр. 292.

⁴⁰¹ Вид. у том смислу: Julian Davis Mortenson, „The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law“, *Harvard International Law Journal* бр. 1/2010, стр. 272.

⁴⁰² *CSOB v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, пасус 72; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3 Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, пасус 70; *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, пасус 54; *Mitchell v. Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on Annulment, 1 November 2006, пасус 38; *Duke Energy International v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Decision on Jurisdiction, 1 February 2006, пасус 92; *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, пасуси 110 и 114.

У последњој деценији Салини-тест се наметнуо као широко прихваћен приступ не само арбитражних већа Међународног центра већ и неких других арбитражних институција у одређивању појма страног улагања, истина у нешто скраћенијем облику.⁴⁰³ Међутим, забележени су и случајеви где су арбитражна већа свесно и намерно заобишла Салини-тест,⁴⁰⁴ или су критеријуме овог теста посматрале само као оријентационе карактеристике које би улагање *требало* (а не и морало) да испуњава, и који се имају схватити флексибилно и посматрати у контексту других околности случаја⁴⁰⁵. Такође, нека арбитражна већа су прибегавала „поједностављивању“ Салини-теста тако што су из њега искључивале критеријум доприноса привредном развоју државе пријемнице,⁴⁰⁶ док су опет нека друга већа Салини-тест ширила додавањем захтева да улагање буде учињено у доброј вери и да буде изведено у складу са прописима државе пријемнице⁴⁰⁷. Ова не сасвим уједначена пракса примене Салини-теста чији су критеријуми за процену постојања страног улагања теоријски врло прецизно постављени навела је неке ауторе⁴⁰⁸ али и арбитражна већа⁴⁰⁹ да изнесу замерке оним већима која су Салини-тест примењивала сувише либерално.

⁴⁰³ Вид. Romak v. Uzbekistan, Award, 26 November 2009. Овде је арбитражно веће, после извесног методолошког лутања, на крају одлучило да као пресудне карактеристике улагања узме допринос развоју државе пријемнице, трајање подухвата и улагачки ризик.

⁴⁰⁴ То су, на пример, случајеви Biwater Gauff v. Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008; Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 April 2009.

⁴⁰⁵ Нпр. Pantechniki Contractors and Engineers v. Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, пасус 43; RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009, пасуси 239-245.

⁴⁰⁶ Société Générale v. The Dominican Republic, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, пасуси 31-52; Fakes v. Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, пасуси 95-114; Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, пасуси 130-138; Victor Pey Casado v. Chile, ICSID Case No. ARB/98/2 Decision on Jurisdiction, 8 May 2002, пасуси 40-46.

⁴⁰⁷ Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, пасус 114, тачка 5.

⁴⁰⁸ Тако нпр. F. Yala, *op. cit.*, стр. 110-114, са даљим упућивањима и навођењем релевантне литературе, који либералну примену Салини теста замера чак и арбитражном већу у самом случају *Salini*. Вид. у том смислу и J. D. Mortenson, *op. cit.*, стр. 277-278; Laurens Timmer, „The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre“, *Journal of International Arbitration* бр. 4/2012, стр. 368.

⁴⁰⁹ Вид. нпр. Abaclat and Others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, пасус 364.

Без обзира на изнете замерке, а имајући у виду неспорни теоријски и практични ауторитет Салини-теста као и снажне критике које су доживели покушаји увођења нових елемената, потребно је детаљније представити сваки од његових „стандардних“ критеријума.

1.1 Трајање улагања

Што се тиче критеријума трајања улагања, арбитражно веће у предмету *Salini* је оценило да минимални период трајања пословног подухвата који се сматра улагањем треба да износи две године.

Међутим, каснија пракса је показала да овај рок ипак има оријентациони карактер. Наиме, у предмету *Jan de Nul v. Egypt* Египат је оспоравао надлежност арбитражног већа Међународног центра истичући, између осталог, да пословни подухват тужиоца не представља улагање јер не испуњава критеријум одређеног трајања постављен Салини-тестом. У конкретном случају, тужилац – белгијска грађевинска компанија, била је задужена да обави машинска ископавања и припрему терена која би омогућила ширење пратеће инфраструктуре Суецког канала. Од закључења уговора до окончања радова прошло је, међутим, само 23 месеца. Тужилац је зато позвао арбитражно веће да у обзир узме и трајање припремних радњи за закључење уговора, у ком случају би „праг“ од две године био прескочен и временски критеријум Салини-теста би био задовољен, док се Египат, очекивано, томе супротстављао. Арбитражно веће се приликом доношења одлуке уздржало од одлучивања да ли време употребљено за испуњавање обавеза у предуговорној фази треба урачунати у период трајања улагања у смислу Салини-теста, али је проценило да двадесеттросмесечна активност улагача *in situ* представља довољну меру испуњења временског услова да би се, у ситуацији када су и сви остали услови Салини-теста испуњени, тужиочев пословни подухват могао сматрати улагањем.⁴¹⁰

У прилог закључку да је двогодишњи рок установљен у предмету *Salini* само оријентационог карактера говори и одлука у спору *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, где је арбитражно веће проценило да је околност да је тужиочев пословни подухват трајао четири године последица случајности а не стварне потребе, те да

⁴¹⁰ Jan de Nul v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, пасуси 90-95.

временски критеријум Салини-теста ипак није задовољен иако је њиме одређен временски праг задовољен у двоструком трајању.⁴¹¹

На основу изложених случајева, закључујемо да сврха захтева за одређеним трајањем улагања према Салини-тесту није била да постави фиксну временску границу која ће се ригорозно примењивати. Идеја је, по нашем схватању, била само да се из појма улагања искључе краткорочне пословне операције (по правилу на финансијском тржишту) и краткорочни или једнократни уговорни подухвати. Зато сматрамо исправним приступ арбитражних већа која су адекватност трајања улагачког подухвата процењивала у светлу свих околности конкретног случаја.

1.2 Улагачки ризик

У погледу дефинисања критеријума постојања ризика нарочито је значајна одлука у предмету *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*. Овај спор је избио поводом уговора којим је малезијска влада ангажовала тужиоца да лоцира, изрони и спасе извесну количину артефаката од кинеског порцелана са брода који је у деветнаестом веку потонуо у малезијским водама. Осим самог израњања уметнина, тужилац је био у обавези да их очисти, рестаурише и складишти. Уговор је садржавао тзв. „*no finds – no pay*“ клаузулу, због које је његов профит од пословног подухвата зависио од успешности операције спасавања артефаката. Малезијска влада је била у обавези да тужиоцу исплати 70% цене коју спасене уметнине постигну на аукцијској продаји. Спор је настао када је малезијска влада исплатила само 40% цене тужиоцу и одбила да исплати остатак дугованог новца.

Арбитражно веће је, не дајући посебно образложење за свој став, сумарно закључило да овај подухват не укључује довољан ризик да би се сматрао улагањем у смислу Салини-теста. Осим мишљења да подухват није трајао довољно дуго да би се сматрао улагањем, што смо поменули у оквиру разматрања трајања подухвата као елемента Салини-теста, веће је изнело и схватање да израњање порцеланских уметнина није подобно да допринесе развоју државе пријемнице, како се то тражи Салини-тестом.⁴¹²

⁴¹¹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, пасуси 110-111.

⁴¹² *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, пасус 112.

Ова одлука је изазвала велики одјек међу коментаторима. Мортенсон (*Mortenson*) подсећа да међу делегатима на дипломатској конференцији на којој се расправљало о нацрту Вашингтонске конвенције није постигнута сагласност да се чисто трговински послови искључе из надлежности Центра и примећује да су рестриктивним тумачењем појма улагања арбитражна већа отишла корак даље него што је то била намера Конвенције.⁴¹³ Андрејева (*Andreeva*) истиче да је арбитражно веће у предмету *Malaysian Historical Salvors* занемарило широку формулацију појма улагања садржану у меродавном британско-малезијском споразуму о заштити и подстицању страних улагања, чиме је прекршило правила Бечке конвенције из 1969. године која се тичу тумачења међународних уговора. Ова ауторка сматра да није оправдано да се стандарди који су изведени из италијанско-мароканског споразума о заштити и подстицању страних улагања (који је био правни оквир арбитраже у предмету *Salini*) примењују на дефинисање појма улагања у споровима у којима су меродавни други извори права.⁴¹⁴

Наведена размишљања, међутим, нису од велике користи за тумачење суштине захтева постојања улагачког ризика, јер и Мортенсон и Андрејева у ствари оспоравају саму сврху постојања Салини-теста и залажу се за потребу доследне примене правила међународног јавног права у тумачењу текста мултилатералног (Мортенсон), односно билатералног (Андрејева) инструмента. Како смо у овом делу рада себи у задатак дали приказивање и објашњавање Салини-теста, држимо за потребно да покушамо да утврдимо *зашто* је арбитражно веће у предмету *Malaysian Historical Salvors* стало на становиште да пословни подухват тужиоца не подразумева довољан ризик да би се сматрао улагањем.

Иако је део одлуке који се односи на питање постојања ризика као елемента Салини-теста у предмету *Malaysian Historical Salvors* лапидаран, јасно је да је у центру пажње арбитражног већа било разматрање да ли је тужиочев ризик пословања био довољно изражен да се може уподобити „улагачком“ ризику. Претпостављамо да је, у том смислу, арбитражно веће имало у виду неизвесности у погледу обима, вредности и исплативости тужиочевог пословног подухвата, јер су то аспекти који и иначе чине

⁴¹³ J. D. Mortenson, *op. cit.*, стр. 299-300.

⁴¹⁴ Yulia Andreeva, „The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term 'Investment'“, *Journal of International Arbitration* бр. 4/2008, стр. 506.

елементе појма пословног ризика.⁴¹⁵ Што се тиче неизвесности у погледу обима подухвата, у конкретном случају тужилац је био ангажован да обави једнократан, временски ограничен посао и његов пословни ангажман се исцрпљивао обављањем задатка за који је унајмљен или истеком рока предвиђеног уговором. Његова евентуална (не)умешност у послу не би била од значаја за продужетак пословног ангажмана у држави-пријемници јер других бродова са којих би требало спасавати артефакте у малезијском мору (барем у том тренутку) више није било. Неизвесност није постојала ни у погледу даље потражње за тужиочевим услугама на малезијском тржишту, јер је он, по природи ствари, у овом подухвату требало да има само једног клијента. Са друге стране, тужилац је био изложен неизвесности у погледу своје зараде, јер је уговором било предвиђено да буде плаћен по учинку. Такође, тужилац је сносио и општи репутациони ризик у односу на потенцијалне клијенте на светском (а не само малезијском) тржишту.

У изложеним околностима потребно је наћи критеријум за разликовање „обичног“ комерцијалног од „улагачког“ ризика. Пошто арбитражна одлука не садржи никакав путоказ у том смислу, покушаћемо да из описаних начина испољавања пословног ризика индукујемо могући критеријум разликовања. У том смислу, примећујемо да ризици којима је тужилац у конкретном подухвату био изложен произлазе из опште природе његове пословне активности а да околност да је пословао на страном, малезијском тржишту није ни у којој мери умањила или увећала неизвесност његовог пословања. Према томе, закључујемо да би критеријум разликовања „обичног“ комерцијалног ризика својственог самој природи неке пословне активности од „улагачког“ могао да буде следећи: улагачки ризик представља „квалификовани“ комерцијални ризик, односно комерцијални ризик који је модификован (и то по правилу увећан) услед околности да се пословна активност изводи на нематичном тржишту посленика.

Ни након доношења одлуке у предмету *Malaysian Historical Salvors* Међународни центар није направио додатни корак ка утврђивању критеријума квалификације потребног нивоа пословног ризика да би се пословни подухват сматрао улагањем. Наиме, након што је арбитражно веће донело одлуку којом се оглашава

⁴¹⁵ Више о различитим пословним ризицима који прате међународни улагачки подухват вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 21.

ненадлежним, тужилац је покренуо поступак за поништај те одлуке у оквиру механизма Међународног центра. Веће за поништај је већином гласова поништило одлуку, али приликом одлучивања није применило Салини-тест, већ је постојање улагања процењивало тумачењем домашаја који овом појму даје меродавни британско-малезијски споразум о заштити и подстицању страних улагања.⁴¹⁶

1.3 Суштинско ангажовање улагачевих средстава

Критеријум суштинског ангажовања улагачевих средстава се на први поглед може схватити као захтев да улагање подразумева трансфер одређене количине новца из државе чију припадност има улагач у државу пријемницу улагања. Међутим, арбитражна пракса је показала да улагање не мора да се остварује само у новцу, већ и у стварима, правима, знањима, вештинама или другим телесним (нпр. радна снага специфичних квалификација) или бестелесним (нпр. пословни контакти) средствима која несумњиво имају одређену економску вредност али се она понекад тешко може прецизно квантификовати.

Питање природе средстава којима се остварује улагање нарочито је било значајно у случајевима где се улагање остваривало кроз извођење одређеног инфраструктурног пројекта. Још је у предмету *Salini v. Morocco* арбитражно веће истакло да улагачева средства уложена у пословни подухват изградње ауто-пута обухватају *know-how*, ангажовање машина и опреме за извођење грађевинских радова, ангажовање квалификоване радне снаге, постављање градилишне инфраструктуре на локалитету извођења радова, као и исходовање кредита коришћених за плаћање грађевинског материјала и радне снаге.⁴¹⁷

На сличан начин је размишљало и арбитражно веће у предмету *Bayindir v. Pakistan*, где је спор избио поводом улагања које се остваривало кроз изградњу ауто-пута у Пакистану. Веће је и ту сматрало да улагачева средства, поред новца који је непосредно плаћен пакистанским властима за учешће у поступку избора извођача радова и за потребне дозволе, обухватају и *know-how* у области изградње путева,

⁴¹⁶ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 Decision on Annulment, 16 April 2009, пасуси 56-84.

⁴¹⁷ Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 52.

ангажовање машина током извођења радова, као и ангажовање квалификованих радника, а нарочито грађевинских инжењера. Ова средства, по мишљењу већа, „јасно имају економску вредност и могу се подвести под појам 'сваког средства' којим се дефинише улагање у члану I(2) [турско-пакистанског] споразума о заштити и подстицању улагања“⁴¹⁸.

Став о значају неновчаних улагања изражен је и у одлукама које се нису тичале извођења инфраструктурних пројеката, као што је то био спор *Malaysian Historical Salvors*. Ту је критеријум суштинског ангажовања средстава био једини од четири елемента Салини-теста који је тужиочев пословни подухват задовољио. Арбитражно веће је и у овом случају сматрало да примена специфичних знања и вештина у области израњања уметничких предмета, упошљавање квалификоване радне снаге и новчани издаци за извођење операције спасавања артефаката, њихову рестаурацију и конзервацију представљају суштинско ангажовање улагачевих средстава. Али, пошто пословни подухват није задовољио остале критеријуме Салини-теста, арбитражно веће се ипак огласило ненадлежним.⁴¹⁹

Коначно, веома занимљив став о врсти средстава које улагач може да уложи да би остварио свој подухват као и о временском тренутку у ком ангажовање тих средстава треба да се изврши изражен је у одлуци у предмету *Eureko v. Poland*. Холандска компанија *Eureko* купила је 20% акција највећег пољског осигуравајућег друштва PZU у поступку његове приватизације. Сходно уговору о куповини акција, компанија *Eureko* је требало да има више учешћа у управљачким правима PZU-а од процента на који би га вредност удела у капиталу осигуравајућег друштва овлашћивала. Спор међу странама је настао када је пољско министарство финансија, у жељи да повећа управљачки утицај пољске државе као већинског власника у PZU-у, покренуло пред пољским судом поступак за оглашавање уговора о куповини акција ништавим. Оцењујући шта представља улагање компаније *Eureko* у овом случају, арбитражно веће је утврдило да средства која је улагач уложио обухватају и управљачка права у PZU. Веће примећује да је *Eureko* управљачка права стекао куповином акција, али истиче да је коришћење управљачких права било неопходно да би тужилац могао да у потпуности испуни предмет свог улагања, тј. да испуни

⁴¹⁸ Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, пасус 116.

⁴¹⁹ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award, 17 May 2007, пасус 151.

утврђени план развоја PZU (потреба за реформом овог осигуравајућег друштва је била и основни мотив његове приватизације) и да на особље друштва пренесе знања и вештине у области осигурања, на шта је такође био обавезан уговором који је правни основ улагања.⁴²⁰

Одлука у предмету *Eureka* значајна је из најмање три разлога. Прво, одлука показује да не постоји „критичан тренутак“ за оцену садржаја круга ангажованих улагачких средстава. Као што је могуће да ангажовање средстава буде обављено у припремној, предулагачкој фази, тако је прихватљиво и да се улагачка средства сукцесивно ангажују током трајања улагачког подухвата. Друго, одлука је вредна пажње и у делу где говори да улагачка средства могу да обухватају и управљачка права, јер она омогућавају пласман осталих улагачких средстава и обезбеђују да улагачки подухват испуни своју сврху и циљ. Коначно, иако је поступак *Eureka* вођен пред *ad hoc* арбитражом, свеједно су примењени критеријуми Салини-теста, што сматрамо знаком настојања арбитражне праксе да у приступу дефинисању појма страног улагања има колико-толико уједначен приступ. Може се, међутим, поставити питање колико је ова одлука арбитражног већа била оправдана, имајући у виду да је сâмо веће, детаљно анализирајући одлуку Међународног центра у предмету *Vivendi*, стало на становиште да се стандарди који се примењују на процену повреде уговора којим је остварено страно улагање разликују од стандарда који се примењују на повреду двостраног уговора о заштити и подстицању страних улагања.⁴²¹

1.4 Допринос развоју државе пријемнице

У Преамбули Вашингтонске конвенције државе-потписнице, између осталог, препознају потребу за међународном сарадњом усмереном ка привредном развоју.⁴²² Зато не чуди што је допринос (привредном) развоју државе-пријемнице у Салини-тесту препознат као један од критеријума за квалификовање неког пословног подухвата као улагања. Међутим, пракса Међународног центра показује да је однос арбитражних већа према овом критеријуму био веома неуједначен.

⁴²⁰ *Eureka v. Poland, Partial Award, 19 August 2005, пасус 141.*

⁴²¹ *Ibid.*, пасуси 92-114.

⁴²² Вид. Преамбулу Вашингтонске конвенције.

На једном крају спектра налазе се случајеви у којима је допринос развоју државе пријемнице прихваћен као суштински елемент појма улагања. Типичан пример овакве одлуке је предмет *Mitchell v. Congo*, чије смо чињенице описали у уводном делу ове Главе.⁴²³ Веће за поништај је нашло да у конкретном случају тужиочев пословни подухват не представља улагање, јер давање правних савета приватним лицима (а не држави), према мишљењу арбитра, не доприноси привредном развоју државе-пријемнице. Слично размишљање изложено је и у одлуци у предмету *Malaysian Historical Salvors*, где су арбитраи проценили да израњање и конзервација уметничких предмета од кинеског порцелана не задовољава захтеве Салини-теста у погледу доприноса развоју државе-пријемнице.

Док је у односу на случај *Mitchell* лако развити дискусију и формулисати аргументе и у прилог и против става арбитражног већа, дотле се у односу на случај *Malaysian Historical Salvors*, барем на први поглед, чини много тежим пронаћи аргумент којим би се оправдало гледиште да спасавање потопљених уметнина, њихова конзервација и предаја малезијској држави која ће их затим продати на аукцији и задржати 30% постигнуте цене (што је у конкретном случају износило око 900.000 америчких долара⁴²⁴) не доприноси макар индиректно привредном развоју Малезије. Исто тако је неочекиван део одлуке *Malaysian Historical Salvors* где арбитражно веће, иако је констатовало да је израњање уметнина имало „спекулативан“ утицај на малезијски туризам, као и да је тужилац, приликом ангажовања локалног становништва за помоћ у операцији спасавања артефаката ангажованим радницима пренео знања и вештине потребне за обављање предметног посла, опет без образложења оценило да ни ови видови тужиочевог доприноса малезијској привреди нису били довољно значајни да би тужиочев подухват квалификовали као улагање.

Другу групу случајева чине одлуке „средњег пута“ у којима су арбитраи изнели став да се допринос привредном развоју државе-пријемнице подразумева када су испуњена остала три критеријума Салини-теста⁴²⁵ или, чак, да постоји оборива

⁴²³ Вид. одељак I ове Главе.

⁴²⁴ Изрођене уметнине су на аукцији постигле укупну цену од око 2,98 милиона америчких долара. Вид. Y. Andreeva, *op. cit.*, стр. 504.

⁴²⁵ LESI – Dipenta v. Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10 January 2005, пасус 13.

претпоставка да свака привредна активност у држави-пријемници доприноси њеном развоју.⁴²⁶

Коначно, на супротном крају спектра налазе се одлуке које одричу било какав значај критеријуму привредног развоја државе-пријемнице као конститутивном елементу појма улагања (што је супротно Салини-тесту) и не узимају га у обзир приликом процене постојања улагања. Ово гледиште је јасно изражено у одлуци у спору *Saba Fakes v. Turkey*.⁴²⁷ Разматрајући да ли тужиочев пословни подухват представља улагање у смислу члана 25 Вашингтонске конвенције и меродавног холандско-турског споразума о заштити и подстицању страних улагања, арбитражно веће је најпре приметило да постоје два методолошка приступа арбитражних већа Међународног центра у дефинисању појма улагања: интуитивни и дедуктивни.⁴²⁸ Веће је затим истакло да чак и она већа која су примењивала Салини-тест при одређивању да ли тужиочев пословни подухват представља улагање то нису чинила на конзистентан начин и да је број критеријума варирао од три до шест. Сходно томе, арбитражно веће се определило да у конкретном случају испита испуњеност само три критеријума (ангажовање улагачевих средстава, трајање и улагачки ризик) држећи да они одражавају објективно значење појма улагања које одговара уобичајеном схватању овог термина, а усклађено је и са предметом и циљем Вашингтонске конвенције.⁴²⁹ Што се тиче доприноса привредном развоју државе пријемнице улагања, арбитражно веће износи став да је издизање овог захтева у посебан критеријум Салини-теста само последица манљивог тумачења смисла и значаја Преамбуле Вашингтонске конвенције, те да привредни развој државе пријемнице улагања треба да буде логична и очекивана последица улагања, а не посебан захтев од којег зависи постојање улагања.⁴³⁰

Изложене одлуке показују да је допринос привредном развоју државе пријемнице улагања најспорнији елемент Салини-теста. Ипак, примећујемо да се чак и

⁴²⁶ *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, пасус 133.

⁴²⁷ *Fakes v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, пасус 111. Појам улагања преко само три критеријума су одређивала и арбитражна већа у случајевима: *LESI-Dipenta v. Algeria*, *Bayindir v. Turkey*, *Victor Pey Casado v. Chile*.

⁴²⁸ Ово не чуди ако се зна да је председавајући арбитражног већа био професор Емануел Гајар који је методолошке проблеме арбитражних већа Међународног центра у одређивању појма страног улагања обрађивао и са теоријског становишта и чије смо радове о овим питањима већ цитирали.

⁴²⁹ *Fakes v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010, пасус 110.

⁴³⁰ *Ibid.*, пасус 111.

у оним одлукама које одричу важност и самосталност овом елементу Салини-теста, ипак имплицитно тражи или барем очекује одређен значај предмета улагања за државу пријемницу. Имајући у виду неуједначеност праксе која прати овај критеријум, питање значаја доприноса улагања привредном развоју државе пријемнице би требало да буде јасно регулисано у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, како би се учесницима у улагачком подухвату омогућила предвидљивост и правна сигурност у случају спора.

2. Тренутак успостављања обавезе заштите страног директног улагања

Питање тренутка успостављања обавезе државе да штити страно директно улагање се заправо своди на питање одређивања тренутка у ком се сматра да је страно улагање остварено. Овај проблем је био у средишту пажње неколико инвестиционих арбитража у којима су тужиоци тражили надокнаду трошкова које су поднели да би се припремили за улагачки подухват (трошкови израде разних врста техничке документације, откупа тендерске документације, припремања нацрта уговора, обезбеђивања средстава за финансирање улагачког подухвата и сл.).

Први захтев за накнаду трошкова које је тужилац поднео пре закључења уговора којим би се страно улагање остварило поставио се пред Међународни центар 1999. године, у спору *Mihaly v. Sri Lanka*.⁴³¹ Америчка компанија *Mihaly* је желела да оствари улагање на Шри Ланки кроз БОТ (*Build-Operate-Transfer*) пројекат тако што би подигла савремену електрану, управљала њоме одређено време а затим је предала Шри Ланки. Ово је било у складу са намерама власти државе пријемнице улагања да унапреде локални енергетски сектор тиме што ће, нудећи БОТ аранжмане за изградњу електрана, привући стране улагаче и истовремено решити проблеме снабдевања струјом. Америчка компанија је послала писмо о намерама Влади Шри Ланке и почела са њом преговоре о добијању дозволе за извођење предложеног БОТ пројекта. У том циљу стране су размениле још два писма којима су прецизирале динамику преговора. Ни из једног писма, међутим, није произлазило да је *Mihaly* једина компанија са којом Влада Шри Ланке преговара. Током преговора, америчка компанија је имала бројне

⁴³¹ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002. За коментар ове одлуке вид. Robert Hornick, „The *Mihaly* Arbitration – Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction“, *Journal of International Arbitration* бр. 2/2003, стр. 189-197.

издатке за сачињавање пројекта електране, пратеће техничке документације, припреме финансирања пројекта и сл. Влада Шри Ланке је, међутим, водила преговоре и са другим (потенцијалним) улагачима и, коначно, дозволу доделила најповољнијем понуђачу, што није био *Mihaly*. Америчка компанија је затим покренула поступак пред Међународним центром тражећи накнаду за трошкове поднете током преговора и обештећење за повреду легитимних очекивања. Шри Ланка је истакла приговор ненадлежности приговарајући, између осталог, да издаци учињени у пред-инвестиционој фази не представљају улагање у смислу меродавног америчко-шриланканског улагачког споразума и члана 25 Вашингтонске конвенције.

Одлучујући о својој надлежности, арбитражно веће се усредредило на два питања: да ли је успостављена обавеза тужиоца да изгради, користи и преда електрану и да ли је тужиоцу стављено у изглед на правно обавезујући начин да је он једини преговарач у поступку избора извођача радова. Веће је анализило формулације коришћене у писмима које су стране размениле и стало на становиште да је одговор на оба претходно постављена питања одричан, те да, сходно томе, тужиочеви издаци не представљају улагање.⁴³² Иако је приликом одлучивања арбитражно веће строго пазило на околности *конкретног* случаја и покушавало да избегне постављање стандарда који би могли да буду коришћени у каснијим сличним поступцима, арбитражно веће је ипак формулисало један став који нам се чини значајним за све наредне случајеве у којима се као спорно појављује питање тренутка успостављања обавезе заштите страног улагања. Наиме, у ситуацији када је појам страног улагања широко постављен (као што је у конкретном спору то био случај са Вашингтонском конвенцијом и америчко-шриланканским споразумом о заштити и подстицању страних улагања), улагач и држава пријемница улагања су слободни да за потребе сваког конкретног улагачког подухвата појам улагања додатно прецизирају и поставе тако да он, уколико о томе постоји сагласност воља, покрива и оне издатке који служе припреми улагачког подухвата.⁴³³

Чини се да је резонување арбитражног већа у предмету *Mihaly v. Sri Lanka* праћено и у предмету *PSEG v. Turkey*, чије смо чињенице изнели у уводу ове Главе.⁴³⁴ Наиме, ту је арбитражно веће као пресудну чињеницу за закључак о постојању улагања

⁴³² *Mihaly v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002, пасуси 47-50.

⁴³³ *Ibid.*, пасуси 51 и 60-61.

⁴³⁴ Вид. одељак I ове Главе.

узело постојање пуноважног концесионог уговора између америчког улагача и Турске. Утврђујући постојање намере страна да се једна према другој правно обавезу, веће је поставило реторско питање зашто би, да нису желеле да успоставе скуп међусобних права и обавеза, стране саставиле, потписале и поднеле уговор на одобрење Државном савету.⁴³⁵ Стиче се, дакле, утисак да се у овом случају десио инверзан сценарио у односу на спор *Mihaly v. Sri Lanka* и да су *PSEG* и Турска у ствари урадили управо оно што су *Mihaly* и Шри Ланка пропустили: проширили су појам улагања у односу на дефиницију садржану у меродавном двостраном споразуму о заштити и подстицању страних улагања и тиме укључили у поље инвестиционе заштите и оне активности које би у супротном биле изостављене, јер до трансфера капитала усмереног *непосредно* на остварење улагачког подухвата никада није дошло.

Коначно, потврду нашег закључка да је арбитражно веће у предмету *Mihaly v. Sri Lanka* поставило општеприменљиве смернице у оцени тренутка у којем се успоставља обавеза државе пријемнице да штити страном улагање налазимо и у одлуци Арбитражног института Стокхолмске привредне коморе у предмету *Petrobart Ltd v. The Kyrgyz Republic*.⁴³⁶ Тужилац, гибралтарска компанија, закључила је уговор са киргистанском државном компанијом *Kyrgyzgazmunaizat*, којим се обавезала да прода и достави 200.000 тона гаса у неколико испорука, чиме је остварено улагање у Киргистан у смислу Уговора о енергетској повељи. Уговором о купопродаји била је предвиђена и обавеза уговорних страна да наставе преговоре у циљу продужавања пословне сарадње и уговарања услова продаје нових количина гаса. Међу странама је избио спор када је киргистанска компанија пропустила да плати извесну количину испорученог гаса. Поступак решавања спорова пред киргистанским судовима није довео до задовољавајућег резултата, а у међувремену је Киргистан усвојио додатне мере у енергетском сектору које су погоршале положај тужиоца на тамошњем тржишту, па је *Petrobart* покренуо поступак против Киргистана пред Стокхолмском привредном комором, тражећи од Киргистана накнаду штете настале услед ускраћивања третмана *Petrobart*-овог улагања зајемченог Уговором о енергетској повељи. Киргистан је, између осталог, у своју одбрану истакао и аргумент да у конкретном случају не постоји улагање у смислу Уговора о енергетској повељи и киргистанског права, јер коначан

⁴³⁵ *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пасус 103.

⁴³⁶ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

споразум између страна о укупној количини продатог гаса, његовој цени и модалитетима испоруке није утврђен. Изјашњавајући се о овом аргументу, арбитражно веће је направило разлику између споразума о продаји 200.000 тона гаса и споразума о наставку преговора у погледу продаје нових количина гаса. Што се тиче првог споразума, веће је стало на становиште да оно представља улагање, јер су се стране споразумеле о свим битним елементима продаје и испоруке и чак и почеле да испуњавају један део тог споразума, с обзиром да је тужилац испоручио одређену количину гаса, а *Kyrgyzgazmunaizat* је две испоруке платио. У вези са споразумом о наставку преговора, арбитражно веће је стало на становиште да „*шта год да је речено током преговора између страна у погледу даље пословне сарадње, ти преговори се нису окончали успостављањем било каквих обавеза за стране*“⁴³⁷.

Према томе, и у предмету *Petrobart* је као кључан критеријум за процену да ли у конкретном случају постоји улагање узело постојање пуноважног и обавезујућег споразума међу странама. У делу у коме тај споразум постоји, постоји и улагање, док у погледу даљих пословних подухвата то није случај.

3. Територијални домашај одговорности

Захтев да улагање мора да буде учињено на територији државе пријемнице улагања како би могло да ужива њену заштиту чини се до те мере логичним, неспорним и очигледним да би недовољно обазрив истраживач био у искушењу да брзоплето закључи да овај елемент одређења домашаја одговорности државе за заштиту страног директног улагања нема потенцијал да постане плодна тема за научно разматрање.⁴³⁸ Новија арбитражна пракса, међутим, даје примере неколико случајева у којима је управо територијални домашај одговорности државе био у средишту неслагања странака у поступку.

У спору *Bayview v. Mexico* вођеним пред Међународним центром на основу Споразума NAFTA, група од 46 америчких тужилаца тражила је од Мексика накнаду

⁴³⁷ *Ibid.*, стр. 69.

⁴³⁸ Лакше је замисливо и много вероватније да се проблем територијалног домашаја одговорности јави у контексту заштите портфолио улагања (вид. у том смислу одлуке у случајевима *Fedax v. Venezuela* и *CSOB v. Czech Republic*). Али, пошто је ова врста улагања ван теме нашег истраживања, ограничићемо се на испитивање случајева који се односе на територијални домашај одговорности државе за заштиту страних директних улагања.

штете због наводне експропријације њиховог улагања. Предмет улагања тужилаца био је систем за наводњавање у америчкој граничној држави Тексас. Тај систем се снабдевао водом из реке Рио Гранде, која у САД дотиче из Мексика. Мексичке власти су предузеле одређене хидрограђевинске радове на мексичком делу тока реке, услед чега је у САД почела да стиже мања количина воде него што је то био случај у време када су тужиоци изградили иригациони систем. Држећи да њихова улагачка права, између осталог, обухватају и овлашћење да захватају одређену количину воде из реке Рио Гранде, тужиоци су тражили од арбитражног већа да Мексико огласи одговорним за повреду њиховог улагања. Разматрајући аргумент тужилаца да их њихово улагање овлашћује на конституисање стварних права на одређеној запремини воде из реке Рио Гранде на *целој* дужини њеног тока, од извора до иригационог система, и независно од околности да ли се одређени део тока налази у Мексику или САД, арбитражно веће је изложило веома пажљиво срочену анализу територијалног домашаја улагачких права. Одбивши *a limine* као правно неоснован аргумент тужилаца да имају било каква стварна права на води из реке, арбитражно веће је стало на становиште да, чак и ако би тужиоци имали неко стварно право на води из реке, то право би било установљено концесијом коју даје држава Тексас и протезало би се само на она добра која тој држави припадају.⁴³⁹ Док је вода из Рио Гранде на територији Мексика, она, по схватању арбитражног већа, припада Мексику, све и када би Мексико био у обавези да обезбеди да у реци буде одређена количина воде у тренутку када она прелази из Мексика у САД.

Пажљиво анализирајући аргументе страна у предмету *Bayview*, стичемо утисак да тужиоци у основи нису ни имали намеру да Мексико прикажу као државу пријемницу улагања, већ су само настојали да установе његову одговорност за заштиту улагања које је без сумње локализовано у САД. Аргумент тужилаца је, по нашем тумачењу, добио неочекивани обрт уношењем елемента о наводном постојању својинских права на води из реке док је она још увек у Мексику вероватно из настојања да се успостави надлежност арбитражног суда Међународног центра као форума који се тужиоцима у конкретном случају чинио најповољнијим.

Делује нам да су арбитражи у предмету *Bayview* заправо били на путу својеврсног покушаја мултилатерализације одговорности државе за заштиту страних директних

⁴³⁹ *Bayview v. Mexico*, ICSID Case No. ARB/(AF)/05/1 Award, 19 June 2007, пасус 117.

улагања и ширења круга држава које су обавезне да штите одређено стране директно улагање. Такво ширење би за последицу имало успостављање правила да су носиоци обавезе заштите не само државе пријемнице улагања, већ и све оне државе од којих конкретно улагање физички или правно зависи. Утемељење за овај закључак налазимо у делу арбитражне одлуке у којој веће готово узгред помиње хипотетичку могућност да је Мексико (можда) био у обавези да утиче да количина воде реке Рио Гранде која ће из Мексика прећи у САД не падне испод одређеног доњег прага („*While the water is in Mexico, it belongs to Mexico, even though Mexico may be obliged to deliver a certain amount of it into the Rio Bravo/Rio Grande for taking by US nationals*“,⁴⁴⁰ подвукао аутор).

Нажалост, даља дискусија у правцу испитивања да ли је у конкретном случају заиста постојала обавеза Мексика да испоручи одређену количину воде и оцене релевантности те обавезе за заштиту улагања у систем за наводњавање је изостала, јер се арбитражно веће Међународног центра (оправдано) огласило ненадлежним услед одсуства елемента иностраности у погледу држављанства улагача, односно места улагања. Да је чињенични склоп био другачији и да су улагачи у систем за наводњавање имали канадско, а не америчко држављанство, верујемо да би расправа о концепту мултилатерализоване одговорности за заштиту страних директних улагања била бурна и плодна.

У пракси се као спорно поставило и питање да ли државом пријемницом улагања треба сматрати само ону државу на чијој територији се улагање физички налази, или овај статус може да има и држава која извлачи директну корист из предметног улагања. Арбитри Међународног центра су имали прилику да се о овом питању изјасне у спору *SGS v. Philippines*,⁴⁴¹ и том приликом су формулисали став да за постојање улагања *на територији* државе пријемнице није довољно да улагање доноси директну корист држави пријемници већ је потребно да буде физички локализовано, односно изведено на територији државе пријемнице. *SGS* је швајцарска корпорација која је са Филипинима закључила уговор о пружању услуга свеобухватног надзора увоза (енг. *Agreement on the provision of comprehensive import supervision services*).

⁴⁴⁰ *Ibid.*, пасуси 116-117.

⁴⁴¹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

Уговором се *SGS* обавезао да успостави канцеларију за везу (*Liaison Office*) у Манили и пружи различите појединачне услуге од којих су се неке обављале на Филипинима (курсеви стручног оспособљавања припадника филипинске царинске службе, продаја и одржавање опреме царинској служби, израда студије изводљивости компјутеризације царинске службе и процена конкретних потреба за рачунарском опремом, успостављање и опремање библиотеке царинске службе и пружање разних облика консултантских услуга,...), а неке у иностранству (обављање инспекције робе која се увози на Филиппине у земљи порекла, а у циљу исправног утврђивања њене царинске вредности, сврставања и провере да ли постоји неопходна документација како би поступак царинења када роба стигне на Филиппине брзо и несметано протекао).

Спор међу странама је избио када Филиппини нису платили *SGS*-у неке од обављених услуга, међу којима су биле и услуге прелиминарног прегледа робе у државама порекла. У своју одбрану, Филиппини су истакли да тужиоцеве престације ван територије Филиппина не представљају заштићено улагање у смислу меродавног швајцарско-филипинског споразума о заштити и подстицању страних улагања. Разматрајући овај аргумент, арбитражно веће је најпре заузело начелан став да, у складу са општеприхваћеним правилима тумачења међународних уговора садржаним у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године (тумачење појмова према њиховом уобичајеном значењу), улагања предузета ван територије тужене државе не могу бити заштићена двостраним улагачким споразумом, колико год користи доносила туженој држави. Илуструјући овај став, веће је навело пример да улагање које се остварује кроз изградњу амбасаде у трећој држави не може да представља улагање извођача радова у државу чија се амбасада гради.⁴⁴² Међутим, одмах затим је арбитражно веће изнијансирало овај начелан став узимајући у обзир околности конкретног случаја. Према мишљењу арбитражног већа, улагачки подухват *SGS*-а треба посматрати у целини, а не кроз свако појединачно право и обавезу, јер сва појединачна права и обавезе *SGS*-а имају заједнички именоватељ и само заједно чине *SGS*-ов улагачки подухват. Тај заједнички именоватељ је, по схватању арбитражног већа, јединствени циљ свих појединачних радњи које чине улагачки подухват: побољшање функционисања царинског система Филиппина.⁴⁴³ У том светлу, чак и оне обавезе *SGS*-а

⁴⁴² *Ibid.*, пасус 99.

⁴⁴³ *Ibid.*, пасус 101.

које су предузете у иностранству биле су у функцији општег заједничког циља, јер је роба исправно сврстана и ако јој је исправно одређен царинска вредност, царинска служба Филипина ће њеним увозом убрати одговарајући приход и општи економски смисао улагања ће бити постигнут.

Сматрамо да се из одлуке у предмету *SGS v. Philippines* могу извући најмање два значајна закључка у погледу територијалног домашаја одговорности државе за заштиту страног директног улагања. Прво, одлука излаже став да би улагачки подухват требало посматрати у његовом тоталитету, што за последицу има закључак да ће се државом пријемницом улагања сматрати она држава у којој је локализован *претежан део* улагачевих права и обавеза. У ситуацији када појединачна права и обавезе улагача чине нераскидиву целину, међусобна повезаност појединачних права и обавеза оправдава ширење одговорности државе пријемнице улагања и на заштиту оних улагачких права која се исходе из чињеница локализованих ван територије државе пријемнице улагања.

Друга значајна поука предмета *SGS v. Philippines* је да елементи улагачког подухвата који се остварују ван територије државе пријемнице, поред тога што морају да буду нераскидиво повезани са елементима подухвата који се предузимају у држави пријемници, морају да имају и одређену сврху, односно дејство како би дужност њихове заштите могла легитимно да буде сврстана у поље одговорности државе пријемнице. Наиме, у посматраном случају, елементи улагачког подухвата који су се остваривали ван територије Филипина, а који су се састојали у обављању одређених врста контроле робе која ће се увозити на Филипине, по својој сврси и дејству нису били повезани са државама на чијим територијама су се обављали, већ са Филипинима. Сврха контроле робе пре њеног увоза била је да сām увозни поступак учини бржим, што би омогућило филипинским царинским властима да мање времена утроше на увозне формалности и то време искористе за обуку и стручно усавршавање, што је био један од циљева *SGS*-овог улагачког подухвата. Такође, предувозна контрола робе обављала се за потребе увоза предметне робе *на Филипине* и, као таква, осим тога што се физички одигравала ван територије Филипина, није имала никакву другу везу са државама у којима се обављала и њена дејства су у потпуности била усмерена ка Филипинима.

Према томе, спор *SGS v. Philippines* показује да ће држава пријемница бити одговорна и за заштиту оних елемента улагачког подухвата који се одигравају ван њене територије онда када су испуњена три кумулативна услова. Прво, потребно је да је претежни део улагачевих права и обавеза локализован у држави пријемници. Друго, „екстратериторијални“ елементи улагачког подухвата морају да буду неодвојиви од елемената који се обављају у држави пријемници. Коначно, сврха и дејство елемената улагачког подухвата који се обављају ван територије државе пријемнице морају да буду усмерени ка држави пријемници.

Чини се да је став арбитражног већа у предмету *SGS v. Philippines* потврђен и у одлуци у предмету *LESI v. Algeria*,⁴⁴⁴ поводом спора који је избио између италијанских улагача и државе пријемнице њиховог улагања – Алжира, где је требало да изграде брану. Оспоравајући надлежност арбитражног већа Међународног центра, Алжир је, између осталог, изнео и аргумент да се у конкретном случају тужбени захтев не односи на накнаду штете због повреде улагања, јер захтев обухвата и накнаду трошкова које су тужиоци поднели у држави свог порекла, Италији. Изјашњавајући се о овом аргументу Алжира, арбитражно веће је стало на становиште да нема улагања без ангажовања средстава у држави пријемници улагања. Али, веће је исто тако приметило да напред наведени услов није апсолутан, јер ће улагање постојати и онда када се средства делимично ангажују и у држави порекла улагача, ако је такво ангажовање средстава предузето „у циљу и оквиру пројекта који треба извести у иностранству“ (фр. „*en vue et dans le cadre du projet à réaliser à l'étranger*“).⁴⁴⁵

Дакле, премда не користи исте термине као одлука у предмету *SGS v. Philippines* нити садржи једнако детаљну елаборацију територијалног домашаја одговорности, одлука у предмету *LESI v. Algeria* такође инсистира на захтеву да претежни део улагачких средстава буде ангажован у држави пријемници и да између елемената улагачког подухвата предузетих на територији државе пријемнице и ван ње постоји јака и значајна веза.

⁴⁴⁴ L.E.S.I. S.p.A et ASTALDI S.p.A v. République algérienne démocratique et populaire, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12 July 2006.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, пасус 73.

IV - ПОЈАМ СТРАНОГ ДИРЕКТНОГ УЛАГАЊА У ИЗВОРИМА ПРАВА СТРАНИХ УЛАГАЊА КОЈИ ОБАВЕЗУЈУ РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Након што смо изложили међународне стандарде у дефинисању појма страног директног улагања и назначили проблеме који се у вези са тим дефинисањем постављају, потребно је анализирати начин на који извори права страних улагања који обавезују Републику Србију одређују појам страног директног улагања. У том смислу нарочиту пажњу ћемо обратити на три аспекта овог питања: проблем неусклађених дефиниција појма страног (директног) улагања (1.), проблем широког дефинисања појма страног улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију (2.) и, коначно, проблем територијалног домаћаја одговорности Републике Србије за заштиту страних директних улагања (3.).

1. Проблем неусклађених дефиниција појма страног улагања у унутрашњим изворима права

Две групе извора права Републике Србије садрже дефиниције појма страног улагања. То су међународни уговори (билатерални и мултилатерални) и извори унутрашњег права (закони и подзаконски акти). У случају да су држава чију припадност има страни улагач и Република Србија везане неким међународним уговором из области заштите страних улагања, дефиниција страног улагања садржана у том извору имаће предност у примени над дефиницијама садржаним у изворима унутрашњег права.⁴⁴⁶ Премда би се на први поглед могло закључити да међусобна неусклађеност дефиниција појма страног улагања у међународним уговорима не представља проблем јер се на заштиту права једног улагача увек примењује само један међународни уговор о заштити страних улагања – уговор између Србије и државе порекла улагача, тешкоће могу да настану услед дејства клаузуле најповлашћеније нације којом се проширује поље примене најшире дефиниције појма страног улагања на пословне подухвате улагача који имају припадност државе са статусом најповлашћеније нације. Потешкоће такође могу да настану и уколико са државом порекла улагача не постоји међународни уговор а меродавно право за заштиту страног улагања је право Србије. Најмање три извора унутрашњег српског права садрже

⁴⁴⁶ То проистиче из опште хијерархије извора права у Републици Србији садржане у члану 194 Устава Србије.

дефиниције појма страног директног улагања, а те дефиниције су међусобно веома различите.

Најширу дефиницију појма страног улагања садржи српски Закон о страним улагањима.⁴⁴⁷ Према члану 3 овог Закона, под страним улагањем се подразумева улагање у домаће предузеће којим страни улагач стиче удео или акције у основном капиталу тог предузећа, као и стицање сваког другог имовинског права страног улагача којим он остварује своје пословне интересе у Србији. Оваква дефиниција појма страног улагања несумњиво обухвата и директна и портфолио улагања. У домаћој стручној литератури је указано на потенцијалне тешкоће које могу да произађу из овако широког одређења појма страног улагања, јер се тако Законом чак и краткорочним портфолио улагањима гарантује исти ниво заштите који имају страна директна улагања у Србију.⁴⁴⁸ То се не сматра оправданим јер портфолио улагања немају исту природу као страна директна улагања нити исти значај за државу пријемницу, па би начин и обим заштите ове врсте улагања требало уподобити њиховој сврси и циљу.⁴⁴⁹

Сматрамо, међутим, да широка дефиниција појма страног улагања садржана у члану 3 Закона о страним улагањима крије још један потенцијални проблем. Наиме, одређујући страна улагање и као стицање сваког имовинског права страног улагача⁴⁵⁰ којим он остварује своје *пословне* (наглашавамо – не само улагачке!) интересе у Србији, плашимо се да Закон отвара пут за ширење појма улагања и на оне форме уговорних пословних подухвата које представљају класичне послове међународног трговинског права (међународна продаја робе, међународни промет услуга и сл.) и које ни екстензивним стандардима тумачења примењиваним у арбитражној пракси не би могле да се подведу под појам страног улагања. Премда нам није познато да је до сада избио неки „улагачки“ спор против наше државе поводом повреде права из посла

⁴⁴⁷ Закон о страним улагањима, *Службени лист СРЈ* бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁴⁴⁸ Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 455-456.

⁴⁴⁹ *Ibidem.*

⁴⁵⁰ Под страним улагачем Закон подразумева свако страна правно лице са седиштем у иностранству, страна физичко лице или домаћег држављанина са пребивалиштем односно боравиштем у иностранству дужим од годину дана. Према томе, за одређивање појма страног улагача Закон једино поставља услов у погледу његовог седишта, односно држављанства или пребивалишта а не и у погледу делатности којом се бави, тако да ни упућивање на појам страног улагача у дефиницији појма страног улагања не доприноси сужавању њеног домашаја.

међународног трговинског права који се према међународним стандардима не би могао сматрати улагањем али који би се уклапао у дефиницију садржану у члану 3 Закона о страним улагањима, позивамо на опрез у тумачењу изложене одредбе Закона и саветујемо сужавање њеног домашаја у будућим изменама правног оквира страних улагања у Србији.

Ужа дефиниција страног улагања садржана је у Закону о девизном пословању.⁴⁵¹ Овај Закон уређује плаћања, наплаћивања и преносе између резидената и нерезидената у страним средствима плаћања и динарима, плаћања, наплаћивања и преносе између резидената у страним средствима плаћања, куповину и продају средстава плаћања између резидената и нерезидената, као и куповину и продају страних средстава плаћања између резидената, једностране преносе средстава плаћања из Србије и у Србију који немају обележја извршења посла између резидената и нерезидената, текуће и депозитне рачуне резидената у иностранству и резидената и нерезидената у Србији, као и кредитне послове у Србији у девизама и кредитне послове са иностранством.⁴⁵² Закон у члану 2 став 1 тачка 17 дефинише појам страног улагања и ограничава га само на страна директна улагања (која су одређена по угледу на референтне дефиниције OECD-а и UNCTAD-а), као и на кредите и зајмове са роком доспећа од најмање пет година, под условом да имају природу подређеног потраживања. У члану 11, Закон прописује да се плаћања и преноси капитала по основу директних улагања обављају слободно, при чему разликује ситуацију када се плаћања и преноси врше по основу директних улагања резидената (и у том случају за ближе одређење услова вршења ових послова упућује на закон којим се уређује спољнотрговинско пословање) од ситуације када се плаћања и преноси врше по основу директних улагања нерезидената (и у том случају за ближе одређење услова вршења ових послова упућује на закон којим се уређују страна улагања). Према појам страног улагања дефинише на начин који је у складу са савременим међународним тенденцијама, Закон о девизном пословању ипак уноси несигурност у српску улагачку климу, јер појам страног улагања поставља значајно уже него што то чини општи пропис у овој области, Закон о страним улагањима.⁴⁵³ Противаргумент који би се у том

⁴⁵¹ Закон о девизном пословању, *Службени гласник РС* бр. 62/2006, 31/2011 и 119/2012.

⁴⁵² Члан 1 Закона о девизном пословању.

⁴⁵³ Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 457.

погледу могао истаћи је да би „сукоб дефиниција“ страног улагања између Закона о страним улагањима и Закона о девизном пословању могао да се разреши класичним принципима: *lex posterior derogat priori* и *lex specialis derogat generali*. Ипак, одговорност државе за заштиту страних директних улагања је исувише значајан институт да би се процена његовог домашаја препустила стицају околности и теоријском промишљању која од потенцијално меродавних дефиниција страног улагања у неком конкретном случају треба да буде примењена.

Коначно, трећа формулација појма улагања садржана је у Уредби о условима и начину привлачења директних инвестиција.⁴⁵⁴ Ова Уредба уређује услове и начине привлачења улагања у области и на подручја од посебног интереса кроз додељивање подстицајних средстава.⁴⁵⁵ Будући да Уредба не садржи никаква ограничења по питању државне припадности улагача, права по основу Уредбе могу да остваре како страни тако и домаћи улагачи. У члану 2 став 1 тачка 1 Уредбе се дефинише појам директног улагања као „*инвестиције које се могу окарактерисати као нова улагања или улагања у реконструкцију и адаптацију постојећих објеката, у производном сектору и у сектору услуга које могу бити предмет међународне трговине*“. Ширина наведене дефиниције огледа се у околности да Уредба под појам директних улагања експлицитно подводи уговорне форме улагања у сектору (свих) услуга које могу бити предмет међународне трговине што, као што смо раније истакли, није једногласно прихваћено у стручној литератури. Са друге стране, примећујемо да је дефиниција директног улагања према Уредби ужа од дефиниције страног улагања према Закону о страним улагањима што, апстрактно посматрајући, искључује или барем значајно умањује могућност колизије између ова два извора права. Али, исто тако остаје и запажање да није у интересу правне сигурности да три различита извора права (Закон о страним улагањима, Закон о девизном пословању и Уредба) сличан појам дефинишу на потпуно различите начине.

⁴⁵⁴ Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, *Службени гласник РС* бр. 34/2010 и 41/2010.

⁴⁵⁵ Вид. чл. 1 Уредбе.

2. Проблем широке дефиниције појма улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања

Проблем широког дефинисања појма страног улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију препознат је и истакнут у стручној литератури још пре више од пет година,⁴⁵⁶ али потенцијалне тешкоће на које је тада указано не само да још увек опстају, већ се понављају и у новијим споразумима које је потписала наша земља.

Дефиниције појма страног улагања у двостраним инвестиционим споразумима који обавезују нашу земљу имају стандардну троделну форму. У првом делу излаже се општа описна дефиниција улагања, у другом делу се наводе примери (карактеристичних) облика улагања и коначно се напомиње да и промена облика у коме су средства уложена неће утицати на њихов карактер као улагања.

Што се опште описне дефиниције улагања тиче, оно се одређује као свака врста имовине,⁴⁵⁷ сва средства које улагач из једне Стране уговорнице уложи на територији друге Стране уговорнице,⁴⁵⁸ свака врста активе,⁴⁵⁹ свака врста улога капитала,⁴⁶⁰ свака врста имовинских добара,⁴⁶¹ свака врста вредности⁴⁶² или чак циркуларно као свака врста улагања⁴⁶³. Овако широке дефиниције појма страног улагања обухватају не само

⁴⁵⁶ Вид. Војин Драшкоци, „Проблем прешироке дефиниције појма инвестиције у двостраним споразумима о међусобном подстицању и заштити улагања између Србије и страних држава“, *Право и привреда* бр. 5-8/2007, стр. 411-424.

⁴⁵⁷ Вид. члан 1(2) Споразума са Албанијом; члан 1(2) Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима; члан 1(1) Споразума са Казахстаном; члан 1(1) Споразума са Индонезијом; члан 1(1) Споразума са Шведском.

⁴⁵⁸ Вид. члан 1(1) Споразума са Аустријом; члан 1(1) Споразума са Белорусијом; члан 1(1) Споразума са Буграском; члан 1(1) Споразума са Данском; члан 1(1) Споразума са Египтом; члан 1(а) Споразума са Ганом; члан 1(1) Споразума са Грчком; члан 1(1) Споразума са Италијом; члан 1(1) Споразума са Кином; члан 1(1) Споразума са Кипром; члан 1(1) Споразума са Демократском Народном Републиком Корејом; члан 1(1) Споразума са Либијом; члан 1(1) Споразума са Литванијом; члан 1(1) Споразума са Македонијом; члан 1(1) Споразума са Нигеријом; члан 1(1) Споразума са Португалијом; члан 1(1) Споразума са Румунијом; члан 1(1) Споразума са Словачком; члан 1(1) Споразума са Словенијом; члан 1(а) Споразума са Великом Британијом; члан 1(1) Споразума са Хрватском; члан 1(1) Споразума са Швајцарском; члан 1(1) Споразума са Шпанијом.

⁴⁵⁹ Вид. члан 1(1) Споразума са Ираном.

⁴⁶⁰ Вид. члан 1(а) Споразума са Малтом.

⁴⁶¹ Вид. члан 1(2) Споразума са Русијом.

⁴⁶² Вид. члан 1(1) Споразума са Украјином.

⁴⁶³ Вид. члан 1(1) Споразума са Израелом.

директна, већ и портфолио улагања, као и све послове међународног привредног права, без обзира да ли они представљају неку уговорну форму улагања или чисто комерцијални пословни подухват. Тај закључак не произлази само из тумачења изложених општих дефиниција, већ је потврђен и експлицитно наведеним примерима могућих облика улагања који су обухваћени заштитом зајемченом двостраним споразумима: права својине на покретним и непокретним стварима и друга стварна права, концесије, хартије од вредности са правом учешћа, обвезнице, новчана и потраживања на чинидбу, права интелектуалне својине, пословна репутација (*goodwill*), *know-how*...

Широка дефиниција појма страног улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања који обавезују нашу земљу ствара најмање две врсте потешкоћа. Прва је она коју смо истакли приликом разматрања проблема неусклађених дефиниција појма улагања у унутрашњим изворима права: нису сви облици страних улагања по својој природи подобни да уживају исту врсту и исти обим заштите. Допуштајући да се под појам страног улагања подведу пословни подухвати у оквиру којих лице које их предузима не остварује трајнију и чвршћу везу са државом пријемницом и домаћим тржиштем и не сноси велики пословни ризик, наша држава претерано шири домаћај своје одговорности за заштиту страних улагања и, сразмерно томе, повећава своју изложеност улагачким споровима.

Друга врста потешкоћа која може да произађе из широко постављеног појма страног улагања односи се на ситуацију у којој би улагач могао да тражи заштиту предвиђену двостраним споразумом о заштити и подстицању страних улагања и за она средства која представљају „сваку врсту активе“, „сваку врсту имовинских добара“ или „сваку врсту вредности“, али која ипак нису улагања него, рецимо, предмети за личну употребу, стан улагача и сл.

Арбитражна пракса је већ била суочена са сличним случајем када је немачки улагач, користећи „привилегију“ широке дефиниције појма страног улагања у меродавном немачко-руском споразуму о заштити улагања, тражио, између осталог, накнаду штете због наводне експропријације куће у Санкт Петербургу у којој је живео и покућства које се у тој кући налазило.⁴⁶⁴ Иако је узело у обзир да меродавни немачко-

⁴⁶⁴ Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, Award, 7 July 1998.

руски споразум широко дефинише појам страног улагања (као „сваку врсту средстава које улагач из једне Стране уговорнице уложи на територију друге Стране уговорнице, у сагласности са њеним прописима“⁴⁶⁵ што је, иначе, формулација какву познају и наши споразуми о заштити и подстицању страних улагања, арбитражно веће је стало на становиште да се, упркос томе, мора претпоставити да се улагање обавља у склопу неке привредне активности и да је усмерено ка стварању неке економске вредности.⁴⁶⁶ Сходно томе, веће је закључило да конфискација покућства и запоседање просторија у којима је немачки улагач живео не представљају улагање и не могу да буду предмет експропријације у смислу меродавног споразума о заштити и подстицању страних улагања.⁴⁶⁷

Премда се слажемо са изложеном одлуком арбитражног већа, сматрамо да она, колико год по свом исходу и смислу била исправна и оправдана, у формалном погледу ипак нема подлогу у формулацији употребљеној приликом дефинисања појам улагања у меродавном немачко-руском споразуму о заштити и подстицању страних улагања. Зато се залажемо за сужење домашаја појма већ у самим споразумима о заштити и подстицању страних улагања, како наша (или било која друга) држава не би била препуштена доброј вољи, логици и промишљању арбитражног већа у ситуацији када је тужена за повреду улагачких права.

У неким споразумима које је потписала наша земља је, међутим, покушано да се сузи домашај појма страног улагања. Негде је то, по нашем схватању, успешно учињено одређивањем да улагање представља „сваку врсту имовине коју улагач стиче улагањем средстава“⁴⁶⁸ или „сваку врсту имовине коју улагач директно улаже“⁴⁶⁹. На овај начин се онемогућава да улагачева потраживања која нису повезана са самим улагањем уживају заштиту зајемчену меродавним двостраним улагачким споразумом. Сличан је ефекат и формулација које под појам улагања подводе „сваку врсту средстава која се улажу у сврхе стицања економске користи или у друге пословне

⁴⁶⁵ Цитирано према тексту немачко-руском споразума наведеном у одлуци на стр. 8.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, стр. 65.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, стр. 112-113.

⁴⁶⁸ Вид. члан 1(1) Споразума са Алжиром; члан 1(1) Споразума са Црном Гором.

⁴⁶⁹ Вид. члан 1(1) Споразума са Азербејџаном.

сврхе⁴⁷⁰, „све врсте средстава које улагач уложи у вези са привредним активностима⁴⁷¹, или пак „сваку врсту средстава или права која се налази у власништву или је директно или индиректно улагање које контролише улагач⁴⁷².

И ове формулације су, по нашем тумачењу, подобне да из појма улагања искључе она потраживања која нису непосредно везана за заштиту средстава која је улагач уложио, али за разлику од претодно наведених дефиниција, оне сām појам улагања постављају шире и у њега *expressis verbis* укључују индиректна (портфолио) улагања, па чак и чисто комерцијалне послове међународног привредног права, јер и они представљају „*привредне активности*“ и захтевају уношење средстава у државу пријемницу „у пословне сврхе“.

Нарочито је занимљива формулација члана I нашег споразума са Турском. Ова одредба предвиђа да ће „израз 'улагање', у складу са законима и прописима Стране домаћина, [обухватити] све врсте средстава а нарочито, мада не искључиво:

- (а) деонице, акције или било који други облик учешћа и интереса у компанијама;
- (б) реинвестиране приносе, новчана потраживања или било која друга потраживања по основу уговора, која имају економску вредност а односе се на улагање;
- (ц) покретну и непокретну имовину, као и било која друга својинска права као што су хипотека, залога или јемство;
- (д) права интелектуалне својине као што су ауторска права и слична права, патенти, индустријски дизајн или модели као и заштитни знаци, 'goodwill', технички процеси и 'know-how';
- (е) пословне концесије одобрене законом или уговором у складу са националним законодавством које се односе на природна богатства.

Поменути израз ће се односити на сва директна улагања извршена у складу са законима и прописима на територији Стране где су улагања извршена“ (подвукао аутор).

Тешкоћу у тумачењу ове одредбе, по нашем виђењу, ствара паралелно коришћење израза „све врсте средстава“ и „сва директна улагања“ који су

⁴⁷⁰ Вид. члан 1(1) Споразума са Босном и Херцеговином.

⁴⁷¹ Вид. члан 1(1) Споразума са Чешком; члан 1(1) Споразума са Мађарском.

⁴⁷² Вид. члан 1(1) Споразума са Кувајтом.

употребљени у дефиницији појма улагања. Сматрамо да постоје најмање два уверљива начина тумачења наведене одредбе.

Прво тумачење би водило закључку да у односима између Србије и Турске појам „улагање“ обухвата све врсте средстава, а да су директна улагања (извршена у складу са законима и прописима државе пријемнице) само један могући појавни вид страног улагања. Противаргумент оваквом приступу би могла да буде околност да део одредбе који помиње директна улагања није уобличен као посебна подтачка у оквиру тачке у којој се дефинише појам улагања, што је то случај са осталим могућим појавним облицима страног улагања.

Према другом тумачењу, акценат би се ставио на део одредбе који каже да ће се „поменути израз“, а то је израз 'улагање', „односити на сва директна улагања“ (без икаквог везника), а не „и на сва директна улагања“. То би сугерисало да појам улагања у српско-турском споразуму о заштити улагања обухвата *само* директна улагања (извршена у складу са законима и прописима државе пријемнице). Али, у том случају помињање свих врста средстава у првом параграфу наведене одредбе као и илустративно навођење могућих облика улагања не би имало смисла, јер би термин „директна улагања“ био довољан да одреди домашај појма улагања.

Како оба изложена могућа тумачења имају и јаке и слабе тачке, биће занимљиво видети за који ће се пут интерпретације одредити судска и арбитражна пракса. Имајући у виду модерне тенденције у међународном праву страних улагања, склони смо да верујемо да српско-турски споразум предвиђа широк појам страног улагања који се не ограничава само на директна улагања, иако нам се чини да је другонаведено тумачење логички утемељеније. У сваком случају, чини нам се неспорним да би збуњујуће формулације каква је ова коју смо управо анализирали без сумње требало избегавати.

Још један пажње вредан покушај ограничења домашаја појма страног улагања учињен је у двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања који користе метод негативне енумерације, експлицитно наводећи облике прекограничног трансфера средстава који не представљају улагање. Тако, на пример, споразум са Азербејџаном предвиђа да „[р]ади избегавања сваке сумње, улагање не обухвата:

а) *потраживања у новцу или на чињење који произлазе искључиво из комерцијалних уговора о продаји роба и услуга;*

б) кредите одобрене у вези са тим комерцијалним уговорима, као и кредите са важењем краћим од три године;

в) било која друга новчана потраживања који не укључују питања камате, дефинисаних у горе наведеним тачкама⁴⁷³.

На сличан начин, и споразум са Индонезијом у члану 1 став 1 тачка 2 из појма улагања искључује новчана потраживања која проистичу из комерцијалних уговора о продаји роба и услуга, као и кредите додељене у вези са таквим комерцијалним уговорима.

Сматрамо да је наведени метод ограничења домашаја појма страног улагања оправдан, јер отклања неизвесност у погледу могућности подвођења под појам улагања и оних потраживања која по својој природи не испуњавају критеријуме које је арбитражна пракса утврдила као *differentia specifica* страног (директног) улагања. Иако је тачно да метод негативне енумерације није широко заступљен у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша земља,⁴⁷⁴ ипак је утешно што су сви споразуми у којима је примењен овај номотехнички приступ закључени у последњих неколико година, што даје наду да ће наша држава убудуће више користити овај начин ограничења домашаја појма страног улагања.

Коначно, у малом броју споразума о заштити и подстицању страних улагања, и то нарочито у првим споразумима ове врсте које је наша (тадашња) држава потписала, појам страног улагања се не дефинише. Такав је случај са нашим споразумима са Француском и Канадом. Претпостављамо да је изостанак дефиниције појма улагања последица недовољно развијене технике састављања ове врсте међународних уговора у време када су закључивани, јер се овде ипак ради о неким од наших најранијих двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања: уговор са

⁴⁷³ Члан 1 став 1 тачка 1 Споразума са Азербејџаном.

⁴⁷⁴ Од 52 двострана споразума о заштити и подстицању страних улагања које је до сада закључила наша земља, метод негативне енумерације је, у свом чистом облику, примењен само у два споразума (са Азербејџаном и Индонезијом), а делимично у споразуму са Уједињеним Арапским Емиратима (у коме је само предвиђено да ангажовања у економским и комерцијалним активностима у погледу природних богатстава нису предмет регулисања односног споразума) и Мароком (у коме је предвиђено да ће израз „улагање“ обухватати, између осталог, новчана потраживања или било које друго потраживање по основу уговора које има економску вредност, осим новчаних потраживања која проистичу искључиво из комерцијалних уговора о продаји робе или услуга и одобравања кредита у вези са комерцијалном трансакцијом, као што је финансирање трговине).

Француском је закључен 1974. а са Канадом 1979. године. Ипак, шта год био разлог за изостанак дефиниције, поставља се питање како ће форум за решавање улагачког спора који би евентуално искрсао поводом права зајемчених неким од ова два споразума тумачити домашај појма страног улагања.

Како још увек нема праксе која би дала егзактан одговор на ово питање, можемо само да претпоставимо шта би, у датим околностима, било очекивано поступање арбитражног суда. Будући да се овде ради о тумачењу појма садржаног у једном међународном уговору, такво тумачење би морало да се обавља у складу са Бечком конвенцијом о уговорном праву, која у члану 31(1) налаже да се појмови употребљени у међународним уговорима тумаче према свом уобичајеном значењу. Сматрамо да би уобичајено значење појма страног улагања требало да буде оно које је изградила арбитражна пракса и које смо описали у претходном одељку.⁴⁷⁵ Према томе, арбитражно веће се не би сусрело са непремостивим тешкоћама, нити би наша држава као потенцијално тужена трпела лоше последице широког дефинисања појма улагања, али је прилика за евентуално *сужавање* или *додатно прецизирање* појма страног улагања у односу на оно које је уобичајено прихваћено у арбитражној пракси пропуштена, што би у будућим споразумима требало избегавати.

3. Проблем територијалног домашаја одговорности Републике Србије за заштиту страних директних улагања

У погледу територијалног домашаја одговорности за заштиту страних директних улагања, наша земља је, поред околности које су већ препознате у међународној арбитражној пракси, потенцијално изложена и једној специфичној могућности ширења поља своје одговорности. Ради се о одговорности за заштиту улагања на делу територије наше земље над којим наша држава нема ефективну контролу – Аутономној покрајини Косово и Метохија. Свакако, практична могућност да улагач истакне захтев према Србији за заштиту улагања на територији Косова и Метохије је, чини нам се, мала, јер се улагач који има озбиљне пословне намере неће упуштати у улагање на територији чија је инвестициона клима неразумно ризична и где постоје (јавно)правне препреке за ефективно остваривање могућности принудне заштите улагачких права. Ипак, зарад целовитости истраживања дужни смо да

⁴⁷⁵ Вид. одељак III ове Главе.

испитамо и правне аспекте ситуације у којој би улагач без праве улагачке намере покушао да експлоатише несавршености правног режима заштите страних улагања, колико год реалан потенцијал за јављање оваквог случаја можда био мали.

Питање на које треба да покушамо да дамо одговор се своди на следеће: може ли наша држава бити одговорна за заштиту страног директног улагања на делу своје територије над којим нема ефективну власт? Да би се одговорило на ово питање, потребно је најпре поћи од одредаба меродавног извора права одговорности. Начелно, могуће је разликовати ситуацију када је основ одговорности прекршај обавезе предвиђене у извору права који садржи аутономну дефиницију територије државе пријемнице улагања од ситуације у којој је основ одговорности прекршај обавезе предвиђене извором права који такву дефиницију не предвиђа.

Већина споразума о заштити и подстицању страних улагања који обавезују нашу земљу дефинише појам територије, па самим тим и територијални домашај одговорности државе пријемнице улагања. Уобичајена дефиниција гласи да територија државе пријемнице улагања представља ону територију над којом држава пријемница остварује своја суверена права и јурисдикцију у складу са својим националним законодавством и међународним правом.⁴⁷⁶ Неки споразуми закључени у периоду када је Србија била у државној заједници са Црном Гором садрже нешто детаљнију дефиницију појма територије која укључује и одређене морске појасеве (територијално море и искључиву економску зону), делове морског дна и подземља,⁴⁷⁷ али те дефиниције у наведеним деловима у погледу наше данашње државе више нису од значаја. Коначно, врло занимљиво одређење појма територије садржи споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Уједињеним Арапским Емиратима из 2013. године, у коме се прави разлика између појма територије Републике Србије у географском смислу и појма територије на којој Србија јемчи улагачка права предвиђена споразумом. Споразум тако предвиђа да, у погледу Републике Србије, израз „територија“ означава *„простор над којим Република Србија врши суверена права и јурисдикцију, у складу са својим националним законодавством и међународним*

⁴⁷⁶ Вид. нпр. споразуме о заштити и подстицању улагања са Алжиром, Азербејџаном, Данском, Индонезијом, Италијом, Казахстаном, Малтом, Португалијом.

⁴⁷⁷ Вид. нпр. споразуме о заштити и подстицању улагања са Ганом, Грчком, Хрватском, Индијом, Ираном, Северном Корејом, Кувајтом, Либијом, Румунијом, Словенијом, Шпанијом.

правом, а када је употребљена у географском смислу означава територију Републике Србије⁴⁷⁸ (подвукао аутор).

Ниједна од наведених дефиниција, по нашем мишљењу, не ствара проблеме у тумачењу, и на прихватљив и разуман начин одређује територијални домашај одговорности Србије за заштиту страних директних улагања учињених само на оном делу своје територије над којим има ефективну власт.

Нешто компликованији је одговор у ситуацији када меродавни извор права одговорности не дефинише појам територије. Такав је случај са најранијим споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је наша земља закључила (нпр. Француска, Канада, Немачка), али и са неким релативно скоријим споразумима (нпр. са Кином из 1996. и Словачком из 1996. са изменама и допунама из 2004. године). Проблем тумачења појма територије државе пријемнице улагања би, у случају изостанка аутономне дефиниције, требало (опет) да се решава према члану 31(1) Бечке конвенције о уговорном праву, који налаже да се термини употребљени у међународним уговорима тумаче према свом уобичајеном значењу.

Тиме се проблем тумачења своди на питање шта се сматра уобичајеним значењем појма територије стране уговорнице. Могућа су два приступа овом питању. Први би био да је уобичајено значење појам територије стране уговорнице *за потребе примене улагачких споразума* ограничено на ону територију над којом страна уговорница ефективно врши власт. Осим тога што би овакво читање термина „територија стране уговорнице“ по свој прилици било резултат логичне и интуитивне реакције тумача, наведено гледиште се може бранити и техничким аргументом: споразуми који дефинишу појам територије овај термин ограничавају само на ону територију над којом страна уговорница остварује своја суверена права и јурисдикцију, па би исто тумачење требало прихватити и за потребе примене оних споразума који остају неми по питању дефинисања појма територије.

Други приступ би био да се појам територије стране уговорнице тумачи *in abstracto*, у општем смислу. У случају уговора између Србије и неке од држава које не признају једнострано проглашену независност Косова и Метохије, не би требало да буде спорно да појам територије Србије у општем смислу подразумева целокупну

⁴⁷⁸ Члан 1 став 5 тачка а Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима.

територију наше земље, укључујући и нашу јужну покрајину. Када се ради о споразумима са државама које не деле наше схватање граница наше земље, сматрамо да би уобичајено значење појма територије требало да буде оно које прихвата држава о чијој се територији ради, јер је она најпозванија да одреди територијални домашај своје одговорности за заштиту страних улагања. Такво гледиште би нас опет одвело до закључка да би појам територије Републике Србије требало схватати целовито. Међутим, ово и даље не значи да би наша држава у коначном исходу била одговорна за заштиту страних улагања на делу своје територије који ефективно не контролише. Решење за искључење одговорности би се, у оптици другонаведеног приступа, по нашем мишљењу нашло на нивоу немогућности приписивања држави (Србији) радњи органа који су повредили улагачка права. Ово је стога што привремени органи управе на Косову и Метохији нису образовани на основу и у складу са изворима српског права, па би примена члана 4 Правила о одговорности држава овде била искључена.

Сматрамо да би првонаведени приступ изналажењу уобичајеног значења појма територије државе пријемнице улагања имао више изгледа да буде практично примењен пред форумима за решавање улагачких спорова. Ипак, без обзира што би сваки начин тумачења у крајњем исходу онемогућио успостављање одговорности државе за заштиту улагања на оним деловима територије којима ефективно не управља, мишљења смо да би укључивање дефиниције појма територије у улагачке споразуме који обавезују нашу државу било пожељно са становишта правне сигурности.

V - СИНТЕЗА – СМЕРНИЦЕ ЗА ДЕФИНИСАЊЕ ПОЈМА СТРАНОГ ДИРЕКТНОГ УЛАГАЊА

На основу изложених разматрања могуће је извући неколико закључака који помажу да предложимо смернице за дефинисање појма страног улагања на начин који би обезбедио уравнотежавање легитимних интереса свих учесника међународног улагачког подухвата.

Прво, доминантна тенденција у погледу формулисања дефиниције страног директног улагања у међународној пракси је уздржавање од коришћења прецизних одредница. Примери оваквог приступа су неки од глобално значајних међународних инструмената који уређују питања страних улагања, као што је то Вашингтонска

конвенција. Наличје ове праксе је слобода држава да у унутрашњим изворима права, билатералним и регионалним мултилатералним међународним уговорима дефинишу појам улагања на начин који сматрају усклађеним са својим политичким и трговинским интересима. Како у одсуству уже дефиниције форуми за решавање улагачких спорова показују склоност ка екстензивном тумачењу појма страног улагања, сматрамо да би могућност ближег одређивања појма страног директног улагања требало користити у свим специјализованим изворима инвестиционог права.⁴⁷⁹ Ово је и смисао тзв. система „двоструке кључаонице“ у одређивању надлежности инвестиционих форума као што је Међународни центар.⁴⁸⁰ Дефинисање страног улагања у изворима међународног инвестиционог права је у интересу заштите интереса како државе пријемнице (јер је унапред упозната са врстама пословних подухвата у односу на које има обавезу улагачке заштите), тако и улагача (јер се дефинисањем појма улагања повећава његова могућност предвиђања и оцењивања улагачке климе у држави пријемници).

У том смислу, охрабрујуће је што је наша држава препознала предности изложеног приступа, па већина двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију садржи аутономну дефиницију појма страног улагања. Такође, сматрамо да би требало размислити и о закључивању измена и допуна инвестиционих споразума са оним државама где овај појам није дефинисан, а то је по правилу случај са нашим најстаријим споразумима о заштити и подстицању страних улагања.

Друго, посебна пажња би требало да буде посвећена садржају саме дефиниције појма страног улагања. Он не треба да буде постављен претерано широко и да тако омогућава успостављање одговорности државе пријемнице за заштиту и оних пословних подухвата који немају одлике улагања. Ту нарочито мислимо да би у погледу зајемчене заштите требало да буде направљена разлика између директних и портфолио улагања. Затим, потребно је да се направи и јасна разлика између класичних послова међународног привредног права (који би требало да буду изостављени из поља

⁴⁷⁹ Вид. у том смислу: Joseph M. Boddicker, „Whose Dictionary Controls? Recent Challenges to the Term 'Investment' in ICSID Arbitration“, *American University International Law Review* vol. 25, 2010, стр. 1068.

⁴⁸⁰ Систем „двоструке кључаонице“ подразумева да тужилац у инвестиционом спору пред арбитражним судом Међународног центра мора да докаже да испуњава услове да се сматра улагачем како према меродавном двостраном споразуму о заштити и подстицању страних улагања тако и према члану 25 Вашингтонске конвенције. Вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 61.

улагачке заштите) и уговорних облика страних улагања (којима би улагачку заштиту требало признати уколико лице које их предузима остварује трајније присуство на територији или тржишту државе пријемнице, са тим тржиштем остварује чврсту везу и доприноси привредном развоју државе пријемнице). Такође, потребно је обратити пажњу на још два потенцијално спорна аспекта дефиниције страног директног улагања: одређење тренутка у ком се сматра да је улагања остварено, тј. од ког се одговорност државе за заштиту сматра успостављеном, као и на одређење територије на којој држава пријемница одговара за заштиту страног улагања.

Треће и коначно, појединачне дефиниције страног улагања у различитим домаћим изворима права страних улагања би требало међусобно ускладити, како би се унапредила улагачка клима и повећала правна сигурност за улагаче, и како међусобна неусаглашеност различитих дефиниција не би довела до практичних проблема у погледу заштите страних улагања.

ГЛАВА IV

ЕЛЕМЕНТИ ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Као што смо утврдили у Глави I овог рада, одговорност државе за заштиту страних директних улагања у основи представља облик *међународне* одговорности државе. Сходно томе, њени конститутивни елементи су постојање међународне обавезе и приписивост радње или пропуштања којим је та обавеза повређена одговорној држави.⁴⁸¹ Међутим, и поред ове полазне сличности одговорности државе за заштиту страних директних улагања са општом међународном одговорношћу државе, значајне разлике између института одговорности у две наведене гране права ипак постоје. Те разлике се испољавају како на нивоу дефинисања примарне обавезе заштите страног директног улагања, тако и на нивоу приписивости.

У међународном праву заштите страних директних улагања, примарна обавеза државе пријемнице улагања може да буде дефинисана на два начина: тако што ће бити одређена самостално (II) или тако што ће њен садржај бити посредно одређен, довођењем у везу са неким другим стандардом третмана страног директног улагања (III). Управо на плану одређења примарне обавезе државе пријемнице улагања ћемо испитивати једну од наших основних хипотеза, према којој систем одговорности државе за заштиту страних директних улагања још увек није у потпуности унификован. Покушаћемо најпре да утврдимо и опишемо различите приступе у дефинисању појединачних облика обавезе заштите страног директног улагања, а затим да анализирамо прихваћеност тих приступа у изворима права заштите страних директних улагања који обавезују Републику Србију.

Питању приписивости одговорној држави радње или пропуштања којим се вређа обавеза заштите страног директног улагања (IV) ћемо приступити из угла друге од наших основних хипотеза, према којој одговорност државе за заштиту страних

⁴⁸¹ Аргумент из члана 2 Правила о одговорности државе.

директних улагања испољава значајне посебности у односу на општу међународну одговорност државе. Наиме, настојаћемо да покажемо да се тест за утврђивање приписивости радњи и пропуштања одговорној држави у међународном праву заштите страних улагања у извесној мери разликује од теста који се примењује у општем међународном праву, иако се исходи из истог извора права – Правила о одговорности државе за међународно противправна дела.

Након тога ћемо синтетисати закључке до којих будемо дошли и проценити исправност наших полазних хипотеза (V).

II - САМОСТАЛНО ОДРЕЂЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

У последњих неколико деценија, међународно право заштите страних директних улагања је значајно еволуирало. Од дужности заштите страног улагача од експропријације, што је на почетку развоја међународног права страних улагања била суштина обавезе заштите страних директних улагања, дошло се до разгранате мреже тзв. „стандарда третмана“ страног улагача и његовог улагања.⁴⁸² Садржај тих стандарда је детаљно разрађен у унутрашњим и међународним (билатералним и мултилатералним) изворима права страних улагања. Основни самостално одређени облици испољавања опште обавезе заштите страних директних улагања су: забрана незаконите експропријације (1.), обавеза поштеног и правичног третмана страног директног улагања (2.), пружања пуне заштите и безбедности страном улагању (3.) и омогућавање слободног трансфера улагачких средстава (капитала и прихода) (4.).

1. Забрана незаконите експропријације

Под појмом експропријације начелно се подразумева одузимање одређеног имовинског добра од његовог власника праћено плаћањем одговарајуће накнаде, како

⁴⁸² C. Schreuer, „*Interrelationship of Standards*“ (*op. cit.*), стр. 1-7, C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 4-5; Friedl Weiss, „Trade and Investment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 183-187; Timothy Nelson, „History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration Will survive the New Revolution“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2010, стр. 555-576.

би се то добро искористило за остварење неког јавног циља.⁴⁸³ Већ се из ове начелне дефиниције може закључити да експропријација по правилу представља међународно дозвољену радњу, али само ако су испуњени услови за њену законитост. Међутим, имајући у виду да су правила о дозвољености експропријације дуго била веома неуједначена,⁴⁸⁴ узрок највећег броја улагачких спорова у првим деценијама развоја међународног права страних улагања биле су мере које су државе пријемнице улагања предузимале како би експроприсале или национализовале имовину страних улагача.⁴⁸⁵ Практичан значај правила о експропријацији је имао троструки утицај на право страних улагања. С једне стране, експропријација је, у својим различитим аспектима, постала једна од централних тема правне књижевности у области заштите права страних улагања. С друге стране, значај правила о експропријацији утицао је на форуме за решавање улагачких спорова да почну да развијају једнообразну праксу у погледу овог института. Коначно, све ово је за последицу имало постепену међународну хармонизацију правила о експропријацији у билатералним и мултилатералним изворима права страних улагања.

Проблему повреде обавезе уздржавања од незаконите експропријације као једном од могућих основа успостављања одговорности државе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања ћемо приступити из два угла. Најпре ћемо анализирати услове за дозвољеност експропријације (1.1), а затим ћемо испитати различите могуће појавне облике недозвољене експропријације (1.2).

1.1 Услови за дозвољеност експропријације

Да би експропријација била дозвољена, односно законита, потребно је да кумулативно буду испуњена три, односно четири услова.⁴⁸⁶

⁴⁸³ Упор. „Expropriation“ у: *West Encyclopaedia of American Law – vol. 4*, 2nd edition, Gale, 2004, стр. 287-288; C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 266-272; П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 15; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 99-101.

⁴⁸⁴ Rosalyn Higgins, „The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law“, *RCADI* vol. 176, 1982, стр. 268-269.

⁴⁸⁵ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 265.

⁴⁸⁶ Детаљно о овим условима: August Reinisch, „Legality of Expropriations“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 171-204.

Први услов односи се на сврху експропријације и предвиђа да она мора да буде извршена у јавном интересу. Иако је пракса форумā за решавање улагачких спорова почевши од седамдесетих година XX века једногласна у ставу да постојање јавног интереса представља конститутивни елемент законитости експропријације, овај услов има мали практичан значај.⁴⁸⁷ Разлог томе је околност да у међународном праву заштите страних улагања не постоји општеприхваћена дефиниција јавног интереса, нити уједначени стандарди за процену његовог постојања, па су форуми за решавање улагачких спорова често *a priori* узимали да је услов постојања јавног интереса за одузимање имовине задовољен, држећи да су мотиви које држава има приликом предузимања одређене радње неважни за међународно право и не могу да буду преиспитивани нити оспоравани од приватних лица, јер је свака држава власна и слободна да самостално просуди шта сматра корисним и неопходним за заштиту сопствених јавних интереса.⁴⁸⁸ Ипак, изузетак од оваквог приступа представља релативно скорашња одлука арбитражног већа Међународног центра у предмету *ADC v. Hungary*, где је тужилац истицао да му је Мађарска експроприсала улагање доношењем (и применом) прописа према коме овлашћење за управљање аеродромским терминалима може да буде дато само правним субјектима у државној својини што, према виђењу тужиоца, није било оправдано јавним интересом. Арбитражно веће је тражило од Мађарске да образложи постојање јавног интереса за усвајање спорног прописа и, пошто тражено образложење није добило, утврдило је да услов постојања јавног интереса у конкретном случају није био испуњен. Веће је при том посебно истакло да држава не може да се једноставно позове на постојање јавног интереса без икаквог образложења, јер би у том случају испитивање испуњености овог услова постало бесмислено.⁴⁸⁹

Други услов законитости експропријације је исплата брзе, адекватне и ефективне накнаде за експроприсану имовину. Уобичајено је схватање да се висина накнаде која експропријацију чини законитом изједначава са тржишном вредношћу експроприсане имовине,⁴⁹⁰ али су се у пракси форумā за решавање улагачких спорова

⁴⁸⁷ Детаљно о овоме: П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 49-54, са даљим упућивањима.

⁴⁸⁸ Вид. у том смислу нарочито: *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977, стр. 35.

⁴⁸⁹ *ADC v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, пасус 432.

⁴⁹⁰ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 100.

искристалисала још два метода израчунавања висине накнаде: метод дисконтоване вредности будућег прилива прихода од улагања (енг. *discounted cash flow method*) и метод књиговодствене вредности.⁴⁹¹

Трећи услов законитости експропријације је негативне природе и налаже да одузимање имовине *није* учињено на дискриминаторан или арбитреран начин. Постоје два могућа начина утврђивања постојања дискриминације и арбитрерности у експропријаторним радњама државе пријемнице улагања. У формалном смислу, дискриминација ће постојати када се имовина странаца у држави пријемници улагања третира на различити начин од имовине домаћих држављана, односно када се имовина улагача који имају националну припадност државе А у држави пријемници третира другачије од имовине улагача који имају националну припадност државе Б. У материјалном смислу, дискриминација ће постојати када се сличне ситуације третирају на различит начин, независно од националне припадности улагача којем имовина погођена експропријацијом припада, или неке друге формалне околности. Савремена схватања настоје да помире два наведена приступа утврђивању дискриминације. Тако се сматра да је „формална дискриминација начин да се избегне материјална дискриминација“,⁴⁹² тј. да различит третман страних улагача који се заснива на њиховој националној припадности не повлачи аутоматски за собом незаконитост експропријације. Експропријација ће бити незаконита услед постојања дискриминације и арбитрерности само онда када *не постоје оправдани разлози* за различито поступање према различитим категоријама страних улагача.⁴⁹³

Коначно, последњи услов за законитост експропријације је да је предузета у законитом поступку (енг. *due process*). Овај услов често предвиђа у изворима међународног права заштите страних улагања.⁴⁹⁴ Међутим, није сасвим јасно да ли је он довољно широко распрострањен да представља део обичајног међународног права

⁴⁹¹ Вид. у том смислу: П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 78-86, са даљим упућивањима.

⁴⁹² *Ibid.*, стр. 56.

⁴⁹³ А. Reinisch, *op. cit.*, стр. 188.

⁴⁹⁴ Вид. нпр. члан 5(1) српског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2007); члан 4(1)(б) кинеског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2003); члан VI(1) колумбијског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2007); члан 13(1) канадског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2004); члан 6(1)(а) члан холандског модела споразума о заштити и подстицању улагања; члан 6(1)(д) америчког модела споразума о заштити и подстицању улагања (2012); члан 1110(1)(ц) Споразума NAFTA.

на пољу експропријације. Наиме, неспорно је да је постојање законитог поступка део минималног стандарда третмана странаца у општем међународном праву, као и да овај захтев представља саставни део стандарда поштеног и правичног третмана страног директног улагања, али остаје отворено питање да ли се постојање законитог поступка издвојило и у посебан и самосталан услов законитости експропријације.⁴⁹⁵ Ми смо се на овом месту определили да постојање законитог поступка уврстимо као један од услова законитости експропријације јер знатан број двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша држава законити поступак убраја као један од услова дозвољености експропријације.⁴⁹⁶

1.2 Облици експропријације

Експропријација се јавља у различитим облицима. Зависно од критеријума поделе, могуће је направити различите систематизације њених појавних облика. Зависно од тога да ли је право својине над имовином погођеном експропријацијом и формално одузето страном улагачу или је он номинално ипак остао власник експроприсане имовине, експропријација се може поделити на директну и индиректну (1.2.1). У односу на домаћај, разликују се потпуна и делимична експропријација (1.2.2). Према временској димензији, експропријација се може поделити на моменталну и „пузећу“ (1.2.3). Коначно, према свом предмету, експропријација се може поделити на експропријацију ствари и експропријацију права (1.2.4).

1.2.1 Директна и индиректна експропријација

До директне експропријације долази у случају када власти државе пријемнице улагања предузму мере које за последицу имају формално одузимање неког заштићеног улагачког права дотадашњем титулару (страном улагачу) и пренос тог

⁴⁹⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 100. Постојање законитог поступка није предвиђено као конститутивни елемент законите експропријације у британском (2005), француском (2006) и немачком (2008) моделу споразума о заштити и подстицању улагања, као ни у српском Закону о страним улагањима (вид. члан 9 став 3 Закона).

⁴⁹⁶ Вид. нпр. члан 5(1)(в) Споразума са Казахстаном; члан 6(1)(в) Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима; члан 5(1) Споразума са Данском; члан 5(2)(а) Споразума са Индонезијом, итд.

права на новог титулара.⁴⁹⁷ Директна експропријација обухвата све оне случајеве у којима држава пријемница улагања предузима различите управне или законске мере које за непосредни и нескривени циљ имају промену власничке позиције страног улагача.⁴⁹⁸ Те мере могу да буду усмерене ка конкретном улагачу (нпр. кроз принудно одузимање права својине над одређеним предметом улагања или средствима која омогућавају извођење улагачког подухвата), или да се односе на читаву грану привредне делатности (као што је то, на пример, био случај са принудним одузимањем и подржављењем банака и осигуравајућих друштава у Ирану 1979. године).

Нека арбитражна већа су под директном експропријацијом означавала и ситуације у којима неко заштићено улагачко право није формално одузето страном улагачу, али мере које је применила држава пријемница и које непосредно погађају дато право онемогућавају улагача да управља предметом свог улагања и да извлачи корист из њега.⁴⁹⁹ Ипак, имајући у виду приличну једногласност теорије и праксе у погледу става да „класична“ директна експропријација по правилу захтева формално одузимање заштићеног права, сматрамо да би ситуације у којима држава примењује мере којима непосредно утиче на обим неког улагачког права и начин његовог уживања али га при томе формално не одузима улагачу зарад теоријске и методолошке прецизности требало посматрати као мере индиректне експропријације, односно мере које имају исто дејство као директна експропријација.

На почетку развоја међународног права страних улагања директна експропријација је била карактеристичан облик повреде улагачких права, па зато неки аутори овај вид одузимања називају „експропријацијом у уобичајеном смислу те речи“⁵⁰⁰. Класични појавни облици директне експропријације су запоседање предмета улагања праћено одузимањем права својине,⁵⁰¹ као и примена различитих мера које за

⁴⁹⁷ Упор. дефиниције у одлукама *SD Myers Inc v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, пасус 58 и *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 161. Исто и: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 101.

⁴⁹⁸ П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 141.

⁴⁹⁹ Вид. у том смислу: *Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, пасус 100.

⁵⁰⁰ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 290.

⁵⁰¹ Вид. нпр. *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Decision No. 13 (Merits), 13 September 1928; *Oscar Chinn Case*, Judgment, 12 December 1934; *Arabian American Oil Company (ARAMCO) v. Saudi Arabia*, Award, 23 August 1958; *Texaco Overseas Petroleum Company & Calasiatic v.*

последницу имају принудно одузимање заштићеног улагачког права⁵⁰². Имајући у виду изразито негативно дејство директне експропријације на углед држава пријемница улагања и њихове тежње да привуку страна улагања, државе пријемнице улагања се у данашње доба ретко одлучују да директно експропришу заштићена улагачка права. Изузеци од ове правилности, међутим, ипак постоје. Тако је у једној скорашњој одлуци арбитражног већа Међународног центра Зимбабве оглашен одговорним за директну експропријацију улагања у пољопривредном сектору. Наиме, Зимбабве је донео Закон о стицању земљишта (енг. *Land Acquisition Act*) којим је влада ове државе овлашћена да принудно стекне својину над било којим пољопривредним земљиштем у односу на које се процени да постоји разумна потреба да се користи у сврхе државне планске пољопривреде. На основу тог закона одузето је земљиште групи данских улагача. Како Зимбабве није платио одговарајућу накнаду за експроприсано земљиште, арбитражно веће је утврдило да се у овом случају радило о незаконитој директној експропријацији.⁵⁰³

Упркос спорадичним изузецима, пракса форумā за решавање улагачких спорова показује да је доминантни облик експропријације у савременом добу индиректна експропријација.⁵⁰⁴ Индиректна експропријација постоји онда када држава предузима радње које нису директно усмерене ка страном улагању на њеној територији, али за последицу имају ефективан губитак могућности управљања, коришћења или контроле предмета улагања, или доводе до значајног губитка вредности страног улагања или имовине која припада страном улагачу.⁵⁰⁵ Анализирајући најчешће коришћене дефиниције индиректне експропријације у теорији и пракси, професор Рајниш (*Reinisch*) примећује да се све оне по правилу темеље на концептима неразумног мешања у улагачка права (енг. *unreasonable interference*), спречавања улагача да ужива

The Government of the Libyan Arab Republic, Award, 19 January 1977; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic, Award, 12 April 1977.

⁵⁰² Вид. нпр. *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987.

⁵⁰³ *Funnekotter v. Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22 April 2009, пасуџ 124.

⁵⁰⁴ Вид. у том смислу закључке изнете на основу детаљне анализе релевантне праксе: R. Higgins, *op. cit.*, стр. 322; August Reinisch, „Expropriation“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 409; П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 307-308; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 101.

⁵⁰⁵ UNCTAD, *Taking of Property*, стр. 2.

своја права (енг. *prevention of enjoyment*), као и лишавању улагачких права (енг. *deprivation*).⁵⁰⁶

Пракса форумā за решавање улагачких спорова у погледу индиректне експропријације је нарочито богата и занимљива. Тако су се као облици индиректне експропријације означавали случајеви принудног наметања менаџера у компанији која је предмет улагања од стране државе пријемнице улагања (чиме се улагач онемогућава да управља својим улагањем),⁵⁰⁷ непредвидљиво и прекомерно опорезивање страног улагача или његовог подухвата у мери која значајно умањује вредност улагања или га у потпуности обесмишљава,⁵⁰⁸ протеривање улагача или његовог особља из државе пријемнице улагања, односно њихово онемогућавање да уђу у државу пријемницу улагања,⁵⁰⁹ подстицање недржавних ентитета (чије се радње не могу приписати држави пријемници) да угрожавају или физички ометају улагачки подухват, односно неспречавање недржавних ентитета да то чине,⁵¹⁰ стављање подручја на коме се налази предмет улагања под посебан правни режим (биорезерват, зона од посебног интереса за државу пријемницу и сл.) чиме се сужавају улагачева права управљања и располагања предметом улагања⁵¹¹ или пак увођење норми непосредне примене којима се забрањује увоз сировина које улагач користи за свој пословни подухват у држави пријемници⁵¹².

Док је прецизно разликовање директне од индиректне експропријације значајно превасходно са теоријског становишта (будући да свака недозвољена експропријација, била она директна или индиректна, рађа одговорност државе пријемнице улагања)⁵¹³, практично много важнија је разлика директне и индиректне експропријације са једне

⁵⁰⁶ А. Reinisch, „*Expropriation*“ (*op. cit.*), стр. 422.

⁵⁰⁷ Tippetts v. Iran, Iran-US Claims Tribunal Case No. 7, Award, 22 June 1984, стр. 224-226.

⁵⁰⁸ Revere Copper v. OPIC, Award, 24 August 1978, пасуси 37-39.

⁵⁰⁹ Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 30 June 1990, стр. 207-210.

⁵¹⁰ Wena Hotels v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, пасуси 99-101; Eurotunnel (The Channel Tunnel Group Ltd and France-Manche S.A.) v. United Kingdom and France, Partial Award, 30 January 2007, пасус 224.

⁵¹¹ Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, пасуси 106-112.

⁵¹² Middle East Cement v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пасус 111.

⁵¹³ Вид у том смислу: W. Michael Reisman, Robert Sloane, „Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation“, *BYIL* бр. 1/2003, стр. 121.

стране од дозвољених регулаторних мера државе пријемнице улагања са друге.⁵¹⁴ У првом случају држава одговара за повреду обавезе заштите страног директног улагања, док у другом случају те одговорности нема јер нема ни повреде обавезе заштите.

Будући да се директна и индиректна експропријација по правилу остварују вршењем законодавне надлежности, разликовање недозвољене експропријације (и то нарочито индиректне експропријације) од примене дозвољених регулаторних мера које за нус-последницу имају лишење улагача његових права на предмету улагања, односно његово онемогућавање да управља, користи или контролише предмет улагања у пракси се показало као веома деликатно и тешко. Арбитражна већа која су се детаљно бавила овим проблемом често су истицала осетљивост изложеног питања, немогућност изналажења апстрактне, општеважеће формуле или алгорита за решавање овог проблема и потребу да се приступ разликовању индиректне експропријације и дозвољене примене општих регулаторних мера формира на основу узимања у обзир свих околностима конкретног случаја.⁵¹⁵ У покушају да утврде макар грубе смернице за решавање овог проблема, форуми за решавање улагачких спорова су се углавном усредсређивали на анализу циља регулаторне мере и стајали на становишту да се регулаторна мера има сматрати дозвољеном онда када је предузета у сврху заштите јавних интереса.⁵¹⁶

Међутим, иако постоји широк консензус у погледу карактеристичних „појавних облика“ општих јавних интереса које је дозвољено штитити регулаторним мерама (нпр. здравље људи и животиња, безбедност државе пријемнице улагања, заштита животне средине),⁵¹⁷ сјама чињеница да је одређена регулаторна мера предузета у дозвољеном циљу не значи аутоматски и да она никако не може представљати акт недозвољене експропријације. Речима арбитражног већа у одлуци *Santa Elena v. Costa*

⁵¹⁴ За детаљну правно-економску анализу разликовања индиректне експропријације и дозвољених регулаторних мера државе пријемнице улагања вид. Tarcisio Gazzini, „Drawing the Line between Non-Compensable Regulatory Powers and Indirect Expropriation of Foreign Investment – An Economic Analysis of Law Perspective“, *Manchester Journal of International Economic Law* бр. 3/2010, стр. 36-51.

⁵¹⁵ Вид. у том смислу нарочито: *Generation Ukraine v. Ukraine ICSID Case No. ARB/00/9 Award*, 16 September 2003, пасус 20.29; *Saluka Investments v. Czech Republic, Partial Award*, 17 March 2006, пасус 263.

⁵¹⁶ До наведеног закључка долазе А. Reinisch, „*Expropriation*“ (*op. cit.*), стр. 433 и R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 123.

⁵¹⁷ А. Reinisch, „*Expropriation*“ (*op. cit.*), стр. 435.

Rica, „[к]олико год да су похвалне и корисне за друштво у целини, експропријаторне мере предузете у циљу заштите животне средине су сличне било којим другим експропријаторним мерама које држава предузима у циљу остваривања одређених политика: када год је имовина [страног улагача] експроприсана, чак и у сврхе заштите животне средине, било домаће, било међународне, држава пријемница дугује накнаду“⁵¹⁸. За квалификовање одређене регулаторне мере државе пријемнице као дозвољене или експропријаторне од значаја су, дакле, све околности сваког конкретног случаја и дејство конкретне мере на конкретног улагача и његов подухват.

1.2.2 Потпуна и делимична експропријација

Новија арбитражна пракса показује да до експропријације може доћи и онда када улагач није у потпуности лишен предмета свог улагања, односно могућности да управља, користи или контролише свој улагачки подухват. Неки аутори такав случај експропријације називају делимичном експропријацијом.⁵¹⁹

Као типски пример делимичне експропријације обично се наводи одлука у предмету *Middle East Cement v. Egypt*.⁵²⁰ У наведеном случају, тужилац је истакао да му је улагање експроприсано кроз неколико радњи државе пријемнице улагања које су погодиле различите аспекте његовог улагачког подухвата. Арбитражно веће је одлучило да сваку од ситуација које је тужилац квалификовао као случајеве експропријације разматра одвојено, па је тако у погледу одређених радњи, као што су усвајање прописа којима се забрањује увоз одређених врста робе у Египат (а којима је улагач *de facto* онемогућен да изводи свој пословни подухват у Египту) и одузимање и принудна продаја улагачевог брода коришћеног за извођење подухвата, утврдило да мере државе пријемнице улагања представљају експропријацију,⁵²¹ док је у погледу других радњи, као што су трошкови гашења улагачког подухвата и захтев за накнаду

⁵¹⁸ *Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, пасус 72.

⁵¹⁹ Тако: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 119.

⁵²⁰ *Middle East Cement v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002. Исти приступ је примењен и у *Eureka v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005.

⁵²¹ *Middle East Cement v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пасуси 97-129 и 131-151.

штете причињене погрешном применом меродавног права, утврдило да се не могу сматрати експропријацијом⁵²².

Питање могућности постојања делимичне експропријације било је разматрано и у одлуци у предмету *Grand River v. USA*,⁵²³ донетој у поступку који се водио због повреде одредаба Споразума NAFTA. Крајем деведесетих година XX века, Сједињене Америчке Државе су све трговце дуванским производима на тамошњем тржишту подвргле обавези издвајања одређеног износа по свакој продатој цигарети и уплаћивања тако прикупљених средстава на посебан рачун, како би могла да се користе за учешће у трошковима лечења лица оболелих од болести изазваних употребом дувана. Та обавеза је значајно поскупела цену дуванских производа. Тужилац, *Grand River*, сматрао је да треба да буде изузет од обавезе издвајања прописаних износа, јер је углавном трговао са индијанским резерватима у САД, па на њега, како је то образлагао пред арбитражним већем, није требало да се примењују општи већ посебни прописи о трговини са домородачким становништвом, у ком случају не би био дужан да издваја спорна средства. Сходно томе, тужилац је тражио од арбитражног већа да утврди да је његово улагање експроприсано у вредности износа који је морао да полаже на посебан рачун. Арбитражно веће је стало на становиште да Споразум NAFTA забрањује само случајеве потпуне (недозвољене) експропријације јер члан 1110(1) тог Споразума забрањује државама-уговорницама да директно или индиректно национализују или експропришу улагање (а не део улагања, како је то веће истакло) улагача из друге државе-уговорнице на својој територији.⁵²⁴ Међутим, у коментарима наведене одлуке се овакво гледиште арбитра критичкије и указује се да је у конкретном случају дошло до забуне, јер су арбитраи заправо применили критеријуме за анализу домашаја експропријације на тумачење њене дефиниције према Споразуму NAFTA, уместо да прво утврде да ли је до недозвољеног мешања Сједињених Држава у улагачка права дошло на начин описан у Споразуму, а затим да испитују да ли је домашај таквог мешања такав да има експропријаторно дејство.⁵²⁵

⁵²² *Ibid.*, пасуси 152-156 и 163-165.

⁵²³ *Grand River Enterprises et al. v. United States*, Award, 12 January 2011.

⁵²⁴ *Ibid.*, пасуси 146-155, нарочито 147.

⁵²⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 119.

Према томе, треба закључити да је питање домашаја експропријације независно од питања њене дефиниције и да експропријација може постојати и у случају када улагач задржава контролу над одређеним, па чак и у процентуалном смислу већинским, делом свог улагања, али је спречен да ужива поједина улагачка права која утичу на његову могућност управљања, контроле и коришћења целокупног улагачког подухвата.

1.2.3 Моментална и „пузећа“ експропријација

Премда би, теоријски посматрано, свако лишавање страног улагача неког његовог имовинског права у јавне сврхе могло да представља експропријацију, може се претпоставити да улагач неће наћи исплативим да тражи правну заштиту у ситуацији када вредност експроприсаног права превазилази директне и индиректне трошкове правозаштитног поступка. Међутим, када се експропријација изводи кроз низ сукцесивних радњи државе где је појединачна вредност сваког експроприсаног добра (односно права) занемарљива, али је кумулативна вредност свих експроприсаних добара (односно права) значајна, потребно је омогућити страном улагачу да својим правозаштитним захтевом повеже све појединачне експропријаторне мере. Решење се налази у концепту тзв. „пузеће“ експропријације, која, према дефиницији коју прихвата Конференција Уједињених нација за трговину и развој (UNCTAD), представља „(...) *споро али растуће задирање у једно или више својинских права страног улагача, које умањује вредност његовог улагања*“⁵²⁶. Према томе, за разлику од моменталне експропријације, која се испољава у једнократној мери која за последицу има одузимање једног или више заштићених улагачких права, пузећа експропријација представља такво одузимање улагачких права које се дешава постепено, у малим корацима, који појединачно не морају нужно да испољавају све елементе експропријаторних мера, али који у свом резултату представљају експропријаторно одузимање улагачких права.⁵²⁷

Практична сврха концепта пузеће експропријације елоквентно је описана у одлуци у предмету *Generation Ukraine v. Ukraine*, где је арбитражно веће стало на

⁵²⁶ UNCTAD, *Taking of Property*, стр. 11.

⁵²⁷ Упор. са дефиницијом пузеће експропријације датом у одлуци *Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, пасус 76.

становиште да пузећа експропријација представља „(...) облик индиректне експропријације са специфично израженим временским аспектом, који се испољава тако што пузећа експропријација обухвата ситуације у којима низ радњи приписивих држави а предузетих током одређеног временског периода кулминирају у експропријаторном одузимању улагачких права. Захтев за накнаду у случају пузеће експропријације се заснива на чињеници да је улагање постојало у одређеном временском тренутку а да су накнадне радње приписиве држави (пријемници) значајно умањиле или потпуно одузеле улагачева права на предмету улагања до нивоа који представља повреду одговарајућег стандарда заштите страног улагања зајемченог међународним правом“⁵²⁸ (подвукао аутор). Према томе, ова одлука јасно потврђује да је практична сврха концепта пузеће експропријације у давању могућности страном улагачу да тражи заштиту од незаконите експропријације онда када је она предузета кроз низ радњи које се појединачно, из различитих разлога, не би могле квалификовати као експропријаторне.⁵²⁹

Анализа праксе форумā за решавање улагачких спорова показује да је потребно доказати испуњеност четири услова како би захтев за накнаду штете причињене незаконитом пузећом експропријацијом био успешан. То су: постојање сложене експропријаторне радње, приписивост те радње држави, узрочну везу између сложене радње и штете која је њоме наступила и суштинско лишавање заштићеног улагачког права као последицу експропријаторне радње.⁵³⁰

1.2.4 Експропријација ствари и експропријација права

Експропријација није ограничена само на физичко одузимање улагачевих ствари, тј. на фактичко или правно лишавање улагача његовог права својине над предметом улагања, већ може да обухвата и одузимање других имовинских права чијим се губитком смањује разумно очекивана вредност улагања. Ово јасно произлази из одлуке у предмету *Amoco v. Iran*, где је арбитражно веће стало на становиште да је

⁵²⁸ *Generation Ukraine v. Ukraine* ICSID Case No. ARB/00/9 Award, 16 September 2003, пасуси 20.22 и 20.26.

⁵²⁹ Вид. у том смислу и *Tradex Hellas v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Award, 29 April 1999, нарочито пасус 191.

⁵³⁰ Детаљно о томе, са позивањем на доктринарне изворе и одлуке форумā за решавање спорова: П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 187-193.

свако право које може да буде у привредноправном промету подобно да буде предмет експропријације.⁵³¹ Имајући у виду да је у данас важећим двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања и другим изворима права страних улагања појам страног улагања прилично широко постављен, начелна разлика између експропријације ствари и експропријације права више није толико актуелна као у време доношења наведене одлуке.

Међутим, оно што данас представља практичну тешкоћу која произлази из могућности експропријације имовинских права је квалификација неиспуњења обавеза државе преузетих појединачним уговорима са страним улагачем. Наиме, државе пријемнице улагања закључују различите облике појединачних уговора са страним улагачима. Неки од тих уговора су чисто комерцијалне природе, али неким уговорима државе улагачима јемче одређене јавноправне повластице, као што су, на пример, разне пореске и царинске привилегије.

У теорији се сматра да не може свака повреда уговорних обавеза од државе пријемнице да представља експропријацију, већ је потребно да држава повреди неку уговорну обавезу иступајући у свом јавноправном својству.⁵³² Од значаја, дакле, није *природа уговора* који је повређен, већ *природа радње или пропуштања државе* која представља повреду уговорне обавезе. Ово становиште је потврђено и у одлукама арбитражних већа у неколико улагачких спорова.⁵³³ Речима арбитражног већа у одлуци *Waste Management v. Mexico*, „[о]бично неиспуњење уговорне обавезе се не може поистоветити са одузимањем имовине, нити (осим уколико није праћено додатним елементима) аутоматски представља меру која се по свом дејству може изједначити са експропријацијом. Свака приватноправна страна у уговору може да повреди своју уговорну обавезу, док експропријација и национализација представљају инхерентно јавноправне радње“⁵³⁴.

⁵³¹ Amoco International Finance Corporation v. Iran, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987, пасуџ 108.

⁵³² R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 128.

⁵³³ Impregilo S.p.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, пасуџ 281; Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, пасуџ 257; Azurix Corp. V. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасуџ 315; Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, пасуџ 253.

⁵³⁴ Waste Management v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000, пасуџ 174.

Сматрамо да се до истог одговора може доћи и другим путем. Ако је сврха експропријације остварење неког јавног циља, што не би требало да је спорно јер произлази из саме дефиниције овог појма, онда би линија разграничења између експропријације и „обичне“ повреде уговорне обавезе требало да буде одређена циљем примене спорне мере према страном улагачу. Ако је држава „жртвовала“ неко имовинско право улагача да би тиме постигла одређени јавни циљ, као што је, примера ради, очување економске стабилности државе пријемнице, заштита њене безбедности или спречавање угрожавања живота и здравља људи и животиња, требало би закључити да се начелно ради о експропријацији, а затим испитивати да ли је та експропријација законита или не. Уколико одузимање није учињено у сврхе постизања јавног циља, спорна радња или пропуштање државе ће представљати повреду уговорне обавезе и бити основ њене грађанскоправне одговорности, осим уколико у меродавном извору заштите права страних улагања не постоји кишобран-клаузула која би повреду овакве обавезе издигла на међународноправни ниво.

Важна практична разлика између два наведена случаја, осим другачије природе одговорности која проистиче из незаконите експропријације и повреде приватноправне обавезе, може да буде и (не)доступност одређеног форума за решавање спора. Уколико меродавни међународни споразум о заштити улагања не садржи кишобран-клаузулу која би улагачу учинила доступним механизам решавања спорова предвиђен тим инструментом чак и за повреде обавеза које проистичу из појединачних, привредноправних уговора са државом пријемницом, улагач би свој правозаштитни захтев могао да истакне само пред форумом чија је надлежност уговорена појединачним уговором, или чија надлежност проистиче из општих правила међународног грађанског процесног права државе пријемнице улагања.

Имајући у виду да процена сврхе радње или пропуштања државе у одређеним случајевима може да буде веома тешка, нарочито у ситуацијама када једна те иста радња, зависно од циља са којим је предузета, може да се оквалификује или као експропријација или као повреда уговорне обавезе, или када се ради о мери која има мешовиту природу, проблем разликовања експропријације од повреде уговорних обавеза и даље представља отворено питање у правној науци.⁵³⁵ Због значаја могућих практичних реперкусија овог проблема, сматрамо да би у интересу правне сигурности

⁵³⁵ Вид. у том смислу: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 129.

и извесности учесника правног односа у погледу могућих последица неиспуњавања међусобних обавеза било да се у појединачним уговорима између улагача и државе пријемнице улагања посебна пажња обраћа формулисању клаузула које могу да буду релевантне за квалификацију природе радњи и пропуштања државе пријемнице.

2. Обавеза поштеног и правичног третмана страног директног улагања

Обавеза поштеног и правичног третмана страног директног улагања је примарна обавеза државе пријемнице у погледу чијег тумачења се у теорији јавило највише дилема.⁵³⁶ Дилеме су се појавиле како у погледу домашаја самог стандарда (да ли је обавеза поштеног и правичног третмана страног улагања јединствена или се ради о две независне обавезе подведене под исти правни режим?),⁵³⁷ тако и у погледу његовог садржаја. Међутим, неки аутори сматрају да управо та неодређеност обавезе поштеног и правичног третмана страног улагања представља велику практичну предност овог стандарда третмана из перспективе страног улагача, јер омогућава да повреда поштеног и правичног третмана буде најчешће истицана као основ одговорности државе пријемнице у улагачким споровима.⁵³⁸

Сматра се да је сврха успостављања обавезе поштеног и правичног третмана у проширивању заштите улагачких права и на оне случајеве у којима нису испуњени услови за истицање захтева за заштиту од незаконите експропријације или је незакониту експропријацију неразумно тешко доказати, а држава пријемница је ипак, по виђењу улагача, повредила општу обавезу заштите улагања.⁵³⁹ Неки аутори чак износе гледиште да ова обавеза представља својеврсно транспоновање начела савесности и поштења из унутрашњег грађанског права у систем међународног права

⁵³⁶ Вид. у том смислу: Katia Yannaca-Small, „Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 111.

⁵³⁷ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 132-133. Они такође наводе да је обавеза поштеног и правичног третмана страног улагања она чију су повреду страни улагачи процентуално најуспешније доказивали у споровима против држава пријемница улагања.

⁵³⁸ *Ibid.*, стр. 130.

⁵³⁹ K. Yannaca-Small, *op. cit.*, стр. 111-112. Вид. у том смислу и: *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пасус 297; *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пасус 238; *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, пасус 254.

страних улагања и да је њен циљ да попуни правне празнине у формулисању других примарних обавеза.⁵⁴⁰

Да би се покушали утврдити домашај и садржај обавезе поштеног и правичног третмана страног улагања потребно је анализирати начин формулисања ове обавезе у изворима права страних улагања (2.1) као и специфичне начине његовог испољавања утврђене у пракси форумā за решавање улагачких спорова (2.2).

2.1 Формулисање обавезе поштеног и правичног третмана

Постоје два основна могућа начина формулисања обавезе поштеног и правичног третмана страног улагања. Са једне стране, ову обавезу је могуће дефинисати тако да се она доведе у везу са минималним стандардом третмана странаца у општем међународном праву. Пример за овакав начин дефинисања је амерички модел споразума о заштити и подстицању страних улагања, који у члану 5, под рубрумом „Минимални стандард третмана“, предвиђа обавезу државе пријемнице улагања да страно улагање третира на начин који је у складу са међународним правом, укључујући обезбеђивање поштеног и правичног третмана и пуне заштите и безбедности. Истом одредбом предвиђено је да минимални стандард третмана странаца у општем међународном праву представља доњу границу третмана страних улагања на територији државе пријемнице улагања.⁵⁴¹ Довођење обавезе правичног и поштеног третмана у везу са међународним правом омогућава да њен садржај еволуира у складу са еволуцијом општег међународног права. Као што је то упечатљиво исказано у одлуци у предмету *ADF v. USA*, садржај обавезе поштеног и правичног третмана онда када је она везана за минимални стандард третмана не представља статичну слику стања међународног права са почетка XX века, из доба када је донета арбитражна одлука у спору *Neer* (која је била једна од првих која се овим питањем бавила), већ се налази у сталном развоју, као и сāмо међународно право.⁵⁴² Конкретан однос међународног минималног стандарда третмана и обавезе поштеног и правичног третмана ће тако умногоме зависити од стања развијености међународног права у

⁵⁴⁰ Todd Grierson-Weiler, Ian Laird, „Standards of Treatment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 272-290; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 132.

⁵⁴¹ Вид. члан 5(2) америчког модела споразума о заштити и подстицању улагања (2012).

⁵⁴² *ADF Group v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, пасус 179.

погледу одређених механизма заштите страног улагања. Онда када је минимални стандард третмана довољно прецизно постављен и јасно одређен, обавеза поштеног и правичног третмана се са њим може изједначити.⁵⁴³ Али, уколико је минимални стандард третмана недовољно одређен, обавеза поштеног и правичног третмана нужно мора да се додатно прецизира како би обезбедила ефективну заштиту права страног улагача, односно интереса државе пријемнице улагања.

Други начин дефинисања обавезе поштеног и правичног третмана је да се она постави као самосталан, аутономно дефинисан стандард, чији садржај није условљен садржајем минималног стандарда третмана у општем међународном праву. Истовремено, овакав начин дефинисања омогућава да садржај обавезе поштеног и правичног третмана еволуира у складу са еволуацијом општег међународног права. Пример таквог дефинисања је британски модел споразума о заштити и подстицању страних улагања, који предвиђа да ће „[у]лагања држављана и компаније из друге Стране уговорнице у сваком тренутку уживати поштен и правичан третман и пуну заштиту и безбедност на територији Стране пријемнице улагања“⁵⁴⁴, без икаквог довођења у везу садржаја ове обавезе са стандардима третмана странаца и њихових улагања предвиђених општим међународним правом.

Већина споразума о заштити и подстицању страних улагања које је закључила Република Србија дефинише обавезу обезбеђивања поштеног и правичног третмана као самосталан стандард, независан од међународног права.⁵⁴⁵ У том смислу нарочито

⁵⁴³ Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3 Award, 22 May 2007, пасус 258.

⁵⁴⁴ Члан 2(2) британског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2008).

⁵⁴⁵ Вид. нпр. члан III(1) Споразума са Албанијом; члан 2(2) Споразума са Алжиром; члан 2(2) Споразума са Аустријом; члан 2(2) Споразума са Азербејџаном; члан 3(1) Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом; члан 2(2) Споразума са Белорусијом; члан 2(2) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 2(1) Споразума са Бугарском; члан 2(2) Споразума са Чешком републиком; члан 2(2) Споразума са Црном Гором; члан 2(2) Споразума са Данском; члан 2(2) Споразума са Египтом; члан 3 Споразума са Француском – при чему је обавеза пружања правичног и поштеног третмана успостављена само за француске инвестиције у Србији а не и *vice versa*; члан 3(1) Споразума са Ганом; члан 2(2) Споразума са Грчком; члан II(1) Споразума са Холандијом; члан 3(2) Споразума са Индијом; члан 2(2) Споразума са Индонезијом; члан 4(1) Споразума са Ираном; члан 2(2) Споразума са Италијом; члан 2(2) Споразума са Израелом; члан 2(2) Споразума са Казахстаном; члан 2(3) Споразума са Кином; члан 2(2) Споразума са Кипром; члан 2(2) Споразума са Северном Корејом; члан 2(2) Споразума са Либијом; члан 2(2) Споразума са Литванијом; члан 2(2) Споразума са Мађарском; члан 2(2) Споразума са Македонијом; члан 2(1) Споразума са Немачком; члан 3(2) Споразума са Нигеријом; члан 2(2) Споразума са Пољском; члан 3(2) Споразума са Португалијом; члан 3(1) Споразума са Румунијом; члан 3(1) Споразума са Русијом; члан 2(2) Споразума са Словачком; члан 4 Споразума са Швајцарском; члан II(2) Споразума са

је занимљив Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања закључен између Србије и Словеније, који чак ни не користи термин „поштен и правичан третман“ (нити било који њему сродан израз), већ ову обавезу поставља описно и одређује да „[н]иједна од Страна уговорница неће на својој територији, ни на који начин, неразумним, произвољним или дискриминаторним мерама угрозити управљање, одржавање, коришћење, уживање или располагање улагањима улагача друге Стране уговорнице“⁵⁴⁶.

Међу српским споразумима који ову обавезу доводе у везу са међународним правом, могуће је уочити два различита приступа. Према једном приступу, стандард третмана странаца предвиђен међународним правом представља доњу границу у тумачењу домашаја и садржаја обавезе обезбеђивања поштеног и правичног третмана. Тако, на пример, Споразум о подстицању и заштити улагања закључен између Србије и Финске предвиђа да ће „[с]вака Страна уговорница (...) на својој територији додељивати улагањима и приносима од улагања улагача друге Стране уговорнице пуну и сталну правну заштиту и праведан и равноправан третман. Ни у једном случају Страна уговорница **неће додељивати неповољнији третман од оног који се тражи међународним правом** и одредбама овог споразума“⁵⁴⁷ (подвукао аутор). На сличан начин обавезе предвиђене међународним правом као доњу границу у тумачењу садржаја обавезе пружања правичног и поштеног третмана поставља и члан 3(1) Споразума о подстицању и узајамној заштити улагања између Србије и Шпаније.

Према другом приступу, садржај обавезе пружања правичног и поштеног третмана одређен је међународним правом, па тако међународно право представља горњу границу у тумачењу садржаја ове обавезе. Тако, на пример, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања закључен између Србије и Хрватске прописује да ће „[у]лагања или приноси улагача било које од Страна уговорница на територији друге Стране уговорнице [добити] поштен и правичан третман **у складу са међународним правом** и одредбама овог споразума“⁵⁴⁸ (подвукао аутор). На сличан

Турском; члан 3(1) Споразума са Уједињених Арапских Емирата; члан 2(2) Споразума са Украјином; члан 2(2) Споразума са Великом Британијом.

⁵⁴⁶ Члан 2(3) Споразума са Словенијом.

⁵⁴⁷ Члан 2(2) Споразума са Финском.

⁵⁴⁸ Члан 3(2) Споразума са Хрватском.

начин је обавеза обезбеђивања поштеног и правичног третмана дефинисана и у члану 3(1) Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Државе Кувајт.

Ипак, без обзира на описане методолошке разлике у одређивању односа обавезе обезбеђивања поштеног и правичног третмана и минималног стандарда третмана странаца у општем међународном праву, поставља се питање какве су практичне последице избора једног или другог изложеног приступа дефинисању обавезе поштеног и правичног третмана на домашај и садржај примарне обавезе државе пријемнице улагања у овом погледу. Чини се да новија арбитражна пракса прихвата став да је разлика наведених приступа више текстуална него суштинска.⁵⁴⁹ Како је повреда обавезе обезбеђивања поштеног и правичног третмана нарочито често истицана пред форумима за решавање улагачких спорова, током времена се изградило специфично тумачење садржаја ове обавезе које настоји да елиминише оштрије разлике које би евентуално могле да настану услед различитих начина њеног дефинисања у изворима права страних улагања.

2.2 Одређивање садржаја обавезе поштеног и правичног третмана

Будући да је обавеза поштеног и правичног третмана страног улагача и његовог улагања по правилу веома флексибилно постављена, као што смо показали у претходном пододељку, утврђивање садржаја ове обавезе је представљало велику тешкоћу форумима за решавање улагачких спорова.⁵⁵⁰ Један од најчешће цитираних покушаја одређивања домашаја, односно могућих начина испољавања, обавезе поштеног и правичног третмана учињен је у одлуци у предмету *Tecmed v. Mexico*. У тој одлуци арбитражно веће је као елементе обавезе поштеног и правичног третмана препознало принцип савесности и поштења у односу државе пријемнице према страном улагачу као и основана очекивања страног улагача према држави пријемници, а која обухватају конзистентно, транспарентно и предвидљиво понашање државе, чињење правног режима меродавног за страно улагање као и циљева релевантних политика и административних поступака сазнатљивим страном улагачу, одсуство

⁵⁴⁹ *Azurix Corp. V. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасуџ 364; *Saluka Investments v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, пасуџ 291.

⁵⁵⁰ О проблемима утврђивања садржаја обавезе правичног и поштеног третмана вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 142-144.

арбитрерности и забрану лишавања страног улагача предмета његовог улагања без одговарајуће накнаде.⁵⁵¹

У одлукама које су потом уследиле, могући начини испољавања обавезе поштеног и правичног третмана су додатно разрађени. Форуми за решавање улагачких спорова су тако утврдили да обавеза поштеног и правичног третмана обухвата обавезе испуњавања легитимних очекивања страног улагача (2.2.1), чињења правног режима релевантног за страна улагања стабилним и транспарентним (2.2.2), омогућавања страном улагачу правичног поступка у коме ће се одлучивати о његовим захтевима (2.2.3), поштовање начела савесности и поштења у третирању страног улагача (2.2.4), забрану дискриминације и одсуство арбитражности у третману страног улагача (2.2.5) као и уздржавање државе пријемнице улагања од примене мера принуде према страном улагачу (2.2.6).

2.2.1 Обавеза испуњавања легитимних очекивања

Обавеза испуњавања легитимних очекивања страног улагача представља својеврсно ограничење законодавне функције државе пријемнице улагања.⁵⁵² Наиме, како је релативна трајност један од елемената појма страног директног улагања,⁵⁵³ стабилност и предвидљивост развоја улагачке климе су од изузетне важности страном улагачу за планирање његовог пословног подухвата у држави пријемници. Правни оквир улагачке климе представљају међународни уговори који обавезују државу пријемницу улагања, њени унутрашњи уставни, законски и подзаконски прописи, управни акти, јемства и једностране обавезе дате у циљу привлачења страних улагања (али не и чисто политичке изјаве!⁵⁵⁴) као и евентуалне појединачне уговорне обавезе између државе пријемнице и конкретног улагача.⁵⁵⁵ Како је то дефинисало арбитражно веће у предмету *Saluka v. Czech Republic*, „[у]лагачева одлука да инвестира заснива се на процени стања правног система као и целокупне пословне климе у држави

⁵⁵¹ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 154.

⁵⁵² К. Yannaca-Small, *op. cit.*, стр. 124.

⁵⁵³ Вид. пододељак 1.1 одељка III Главе III овог рада.

⁵⁵⁴ Вид. у том смислу: *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9 Award, 5 September 2008, пасус 261(i); *El Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пасуси 375-379 и 392-395.

⁵⁵⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 145 и 149.

пријемници улагања у тренутку остваривања улагања, као и очекивању да ће каснији однос државе пријемнице према улагању бити поштен и правичан⁵⁵⁶. Ова процена мора да буде објективна и одвојена од улагачевог једностраног и субјективног доживљаја битних околности.⁵⁵⁷

Легитимна очекивања страног улагача, према томе, представљају објективну перцепцију стања права, кредибилности евентуалних јемстава и једностраних обавеза и изгледа за будуће понашање државе у односу на кључне аспекте улагачког подухвата. Пракса форумā за решавање улагачких спорова је као карактеристичне облике испољавања повреде обавезе испуњавања легитимних очекивања улагача издвојила ситуације опште политичке нестабилности у држави пријемници улагања⁵⁵⁸ и, нарочито, прекорачење регулаторних овлашћења државе пријемнице улагања у сфери заштите улагачких права које за последицу има измену правног режима релевантног за улагачки подухват у мери која неприхватљиво превазилази уобичајену маргину промене⁵⁵⁹. Обавеза испуњавања легитимних очекивања, дакле, не представља брану било каквој промени правног режима који се у држави пријемници примењује на улагања (јер такво апсолутно ограничење законодавних овлашћења државе пријемнице улагања мора да буде експлицитно предвиђено стабилизационом клаузулом), већ само оној која на драстичан начин мења улагачку климу и фрустрира разумну пројекцију пословног подухвата коју је улагач направио објективно сагледавајући стање права у држави пријемници у тренутку остваривања улагања.⁵⁶⁰

2.2.2 Обавеза чињења правног режима релевантног за страна улагања стабилним и транспарентним

Обавеза државе пријемнице да свој правни систем у сферама релевантним за улагачки подухват учини стабилним и транспарентним представља наличје обавезе испуњавања легитимних очекивања страног улагача. У теорији права страних улагања се сматра да обавеза одржавања правног система стабилним и транспарентним

⁵⁵⁶ Saluka Investments v. Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, пасус 301.

⁵⁵⁷ У том смислу експлицитно: Suez v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2010, пасус 209.

⁵⁵⁸ Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, пасуси 192-197.

⁵⁵⁹ El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пасус 402.

⁵⁶⁰ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 148-149.

представља основ легитимних очекивања страног улагача тако што улагач своја легитимна очекивања гради полазећи од претпоставке да ће држава заинтересована да привуче улагања свој правни систем одржавати стабилним и транспарентним у делу који је релевантан за улагачки подухват.⁵⁶¹

Обавеза одржавања правног система стабилним и транспарентним по први пут је у пракси форумā за решавање улагачких спорова поменута у одлуци у предмету *Metalclad v. Mexico*, где се арбитражно веће бавило проблемом транспарентности мексичког правног система и закључило да, у смислу обавезе правичног и поштеног третмана страних улагача, држава пријемница мора да целокупан правни режим релевантан за улагање учини доступним, односно сазнатљивим свим заинтересованим страним улагачима.⁵⁶² Прецизнија и детаљнија дефиниција ове обавезе дата је у одлуци у предмету *Tecmed v. Mexico*, где је арбитражно веће утврдило да обавеза одржавања правног система стабилним и транспарентним подразумева обавезу државе пријемнице да се понаша на конзистентан начин, да њене радње и одлуке буду транспарентне и лишене двосмислености како би улагачи унапред могли да буду свесни свих правила, као и циљева правне политике и поступака остваривања и заштите права у областима релевантним за њихов улагачки подухват и, у складу са тим, планирају своје улагање и буду у могућности да своје послове воде на начин који је у складу са меродавним правом.⁵⁶³

Класичан пример повреде ове обавезе утврђен је у предмету *MTD v. Chile*, где је један од разлога спора између улагача и државе пријемнице била и околност да је улагач потписао уговор о грађењу инфраструктурног објекта са чилеанском Комисијом за страна улагања, али до реализације пројекта није дошло јер су услови и модалитети уговора били у супротности са урбанистичким прописима меродавним за локалитет на коме је требало да се изведе грађење. Арбитражно веће је овај несклад правног оквира окарактерисало као неконзистентно и нетранспарентно понашање државе пријемнице јер је утврдило да Комисија за страна улагања, као државни орган чије се радње и пропуштања имају приписати држави пријемници, није смела да да сагласност за

⁵⁶¹ К. Yannaca-Small, *op. cit.*, стр. 122.

⁵⁶² *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award, 30 August 2000, пасус 76.

⁵⁶³ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 154.

извођење пројекта уколико би услови извођења тог пројекта били несагласни са остатком правног оквира меродавног за извођење предметног подухвата.⁵⁶⁴

Коначно, веома је значајно напоменути да су нека арбитражна већа усвојила став да обавеза одржавања правног система стабилним и транспарентним постоји чак и када није експлицитно предвиђена меродавним међународним споразумом о заштити и подстицању улагања.⁵⁶⁵

2.2.3 Право на правичан поступак за остваривање и заштиту улагачких права

Право на правични поступак представља израз општег међународноправног принципа доступности права на правну заштиту (енг. *access to justice*).⁵⁶⁶ Један од инструмената међународног права страних улагања који садржи ближе одређење права на правичан поступак је амерички модел споразума о заштити и подстицању улагања који, у својој најновијој верзији из 2012. године, предвиђа да правичан и поштен третман укључује обавезу државе пријемнице да не ускраћује улагачу право на правну заштиту у кривичном, грађанском или управном поступку у складу са принципом правичног поступка, прихваћеним у главним светским правним системима.⁵⁶⁷

Као конкретне облике повреде права на правичан поступак форуми за решавање улагачких спорова су означили ситуације у којима улагач није био обавештаван о почетку и току поступка у коме се решавало о његовим правима, нити је имао прилику да изнесе свој став о предмету поступка,⁵⁶⁸ заплену улагачеве имовине и њено излагање јавној продаји без обавештења улагача о самој заплени и образложења разлога за њу,⁵⁶⁹ неповиновање државе пријемнице судској (или арбитражној) одлуци донетој против ње а у корист страног улагача⁵⁷⁰. Нарочито су пажње вредни случајеви у којима су улагачи истицали повреду права на правични поступак услед сувише дугог

⁵⁶⁴ MTD v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, пасуси 165-166.

⁵⁶⁵ Вид. у том смислу: SPP v. Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, пасуси 82-83.

⁵⁶⁶ K. Yannaca-Small, *op. cit.*, стр. 119-120; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 154.

⁵⁶⁷ Вид. чл. 5(2)(а) америчког модела споразума о заштити и подстицању улагања (2012).

⁵⁶⁸ Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, пасус 91; Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 162.

⁵⁶⁹ Middle East Cement v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пасус 143.

⁵⁷⁰ Siag (Waguib Elie George Siag and Clorinda Vecchi) v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, пасуси 451-455.

трајања поступка за заштиту права пред надлежним органима државе пријемнице. Међутим, форуми за решавање улагачких спорова су такве захтеве по правилу одбијали, правдајући дужину трајања поступка сложеностју правних питања о којима је требало одлучивати⁵⁷¹ или посебним околностима у држави пријемници услед којих није било могуће окончати поступак у краћем року⁵⁷².

2.2.4 Обавеза поштовања принципа савесности и поштења

Држава пријемница улагања обавезна је и да поштује принцип савесности и поштења у третирању страног улагача и његовог улагања. Према мишљењу арбитра у предмету *Tecmed v. Mexico*, обавеза поштеног и правичног третмана страног улагача заправо представља конкретизацију општег међународноправног принципа савесности и поштења.⁵⁷³ У општем случају, повреда принципа савесности и поштења ће постојати онда када држава пријемница улагања користи различите правне инструменте у сврхе које су супротне њиховом циљу и тиме на очигледан начин крши обзире конзистентности, транспарентности и једнакоправности субјеката који послују на њеној територији.⁵⁷⁴ Конкретно, принцип савесности и поштења у поступању државе према страном улагачу ће се сматрати повређеним када држава намерно наноси штету страном улагачу и његовом улагању,⁵⁷⁵ када без образложења доноси и примењује мере којима обесмишљава улагачки подухват⁵⁷⁶ или када образложење мере која је примењена не одговара правом мотиву њеног доношења⁵⁷⁷.

Ипак, повреда принципа савесности и поштења у третману страног улагача није нужни конститутивни елемент повреде обавезе поштеног и правичног третмана, већ само један од њених могућих појавних облика. Према томе, обавеза поштеног и

⁵⁷¹ Jan de Nul v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 Award, 6 November 2006, пасуси 202-204.

⁵⁷² Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, пасус 165.

⁵⁷³ Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 153.

⁵⁷⁴ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 157-158.

⁵⁷⁵ Vivendi v. Argentina II, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, пасус 7.4.39.

⁵⁷⁶ Waste Management v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000, пасус 138.

⁵⁷⁷ Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, пасус 242-243.

правичног третмана може бити повређена чак и када држање државе пријемнице према улагачу није било несавесно.⁵⁷⁸

2.2.5 Забрана дискриминације и одсуство арбитражности у третману страног улагача

Забрана дискриминације и одсуство арбитражности у третирању страног улагача се појављују не само као елемент поштеног и правичног третмана већ и као независна примарна обавеза државе пријемнице.⁵⁷⁹ Међу најчешће цитираним одлукама у којима је забрана дискриминације и одсуство арбитражности посматрано као део обавезе поштеног и правичног третмана су *SD Myers v. Canada*, где је арбитражно веће утврдило да је забрана извоза опасног отпада коју је увела Канада у конкретном случају имала дискриминаторно дејство према странцима, и *Saluka v. Czech Republic*, где је арбитражно веће стало на становиште да је преференцијални третман који је Чешка признавала домаћим банкама дискриминаторан према страним улагачима у посматраној делатности. Ипак, из наведених одлука не треба закључити да свака разлика у третману страних и домаћих улагача представља повреду обавезе поштеног и правичног третмана по основу дискриминације и арбитражности. Наиме, како је арбитражно веће закључило у одлуци у предмету *Methanex v. USA*, међународно право не забрањује сваку разлику у третману странаца у односу на домаће држављане, већ само ону која представља намерну дискриминацију.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Вид. у том смислу: *Mondev v. USA*, ICSID Case No. ARB/(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, пасус 116; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Final Award, 1 July 2004, пасус 186; *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пасус 280; *Vivendi v. Argentina II*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, пасус 7.4.12; *El Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, пасус 372; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 153; *Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, пасус 132; *Azurix Corp. V. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасус 372; *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1 Decision on Liability, 3 October 2006, пасус 129; *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пасус 245-246; *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, пасус 299; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 263; *Duke Energy v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008, пасус 341; *National Grid v. Argentina*, Award, 3 November 2008, пасус 173; *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2006, пасус 185; *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009, пасус 7.2.24. За супротно мишљење вид. *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/1, Award, 25 June 2001, пасус 371.

⁵⁷⁹ К. Yannaca-Small, *op. cit.*, стр. 120.

⁵⁸⁰ Вид. у том смислу: *Methanex v. United States*, Award, 3 August 2005, део IV, поглавље Ц, пасуси 14-15.

Према томе, од посебне важности за доказивање повреде обавезе поштеног и правичног третмана по основу дискриминације и арбитрерног понашања према улагачу је тачна формулација примарне обавезе државе пријемнице у том погледу. Пажњу треба обратити и на околност да ли се при формулисању обавезе непосредни извор права позива на општа правила међународног права или не, јер на тај начин може да се модификује домашај и садржај дужности уздржавања од дискриминације и арбитрерног третирања улагача.

2.2.6 Обавеза уздржавања државе пријемнице од примене мера принуде према страном улагачу

Обавеза уздржавања државе пријемнице улагања од примене мера принуде према страном улагачу обухвата општу забрану подвргавања страног улагача било каквом физичком или правном притиску који би за циљ имао измену улагачеве пословне политике и начина уживања улагачких права. Типичан пример излагања страног улагача физичком притиску државе пријемнице био је анализиран у спору *Desert Line v. Yemen*. Оманска компанија *Desert Line* била је ангажована да у периоду 1999-2002. године гради асфалтне саобраћајнице у различитим деловима Јемена по основу неколико уговора о грађењу. Међутим, како јеменска влада није поштовала своје обавезе у погледу динамике плаћања, улагач је наговестио да ће бити принуђен да прекине радове уколико заостали дуг не буде благовремено измирен. Као реакцију на ову изјаву улагача, јеменска влада је послала тешко наоружане војне снаге на један од грађевинских локалитета, како би онемогућила улагача да обустави радове и утицала на њега да закључи споразум о поравнању са јеменском владом под условима који су за њега били прилично неповољни. Арбитражно веће је утврдило да употреба физичке силе којом је улагач принуђен да настави радове и закључи споразум о поравнању представља повреду обавезе поштеног и правичног третмана зајемчене чланом 3 меродавног оманско-јеменског споразума о заштити и подстицању страних улагања.⁵⁸¹

Поред примене физичке силе, држава пријемница може да остварује принуду над страним улагачем тако што ће му својим прописима наметати неразумно и несразмерно тешке и непримерене обавезе, што је у пракси форумā за решавање

⁵⁸¹ *Desert Line v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, пасуџ 194.

улагачких спорова такође оцењено као облик повреде обавезе пружања поштеног и правичног третмана страном улагачу. Тако је, на пример, у предмету *Tecmed v. Mexico* арбитражно веће утврдило да одбијање мексичких власти да обнове дозволу за рад депоније страном улагачу, које је за последицу имало околност да је улагач морао да депонију пресели, представљало правну принуду.⁵⁸² Исто тако, и процедура провере података које је улагач навео у захтеву за повраћај пореза на додату вредност, а који је у конкретном случају страног улагача довео у ситуацију да велику количину документације у кратком року мора да учини доступном органима државе пријемнице улагања на локацији која је веома удаљена од оне на којој се ти подаци иначе чувају, била је квалификована као повреда обавезе правичног и поштеног третмана.⁵⁸³ Коначно и нарочито занимљиво, као облик правне принуде над улагачем означено је и његово новчано кажњавање због објављивања материјала у којима се критикује владајући режим у држави пријемници.⁵⁸⁴

3. Пуна заштита и безбедност улагања

Обавеза пружања пуне заштите и безбедности страном улагању је на почетку развоја међународног права страних улагања била постављена као један прилично аморфан стандард улагања који се у великој мери преплитао са правилима општег (обичајног) међународног права заштите странаца, па се због тога улагачи у почетку и нису често позивали на повреду ове обавезе државе пријемнице приликом настојања да установе њену одговорности за пропусте у заштити улагања.⁵⁸⁵ Управо због овог преплитања са правилима општег међународног права, постојала је извесна неусаглашеност арбитражне праксе у погледу одређивања садржаја обавезе пружања пуне заштите и безбедности страном улагању. Нека арбитражна већа су изједначавала обавезу пружања пуне заштите и безбедности страном улагању са међународним минималним стандардом третмана странаца.⁵⁸⁶ С друге стране, постоје и арбитражне

⁵⁸² *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 163.

⁵⁸³ *Pope & Talbot v. Canada*, Award on Merits, 10 April 2001, пасуси 156-181.

⁵⁸⁴ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, пасус 123.

⁵⁸⁵ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 160-161.

⁵⁸⁶ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, пасуси 50-52; *AMT v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1 Award, 21 February 1997, пасуси 6.06-6.07; *Saluka Investments v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, пасус 291; *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, пасус 592.

одлуке у којима су арбитри изнели став да систем међународне заштите права страних улагача стално еволуира, услед чега би требало узети да је међународни минимални стандард заштите странаца само доњи праг у тумачењу садржаја обавезе пружања пуне заштите и безбедности страном улагању и да та обавеза заправо подразумева дужност државе пријемнице улагања да страном улагању обезбеди третман који *није мање повољан* од међународног минималног стандарда заштите странаца.⁵⁸⁷

Међутим, у последњих тридесетак година, обавеза пружања пуне заштите и безбедности страном улагању постаје све чешће и прецизније дефинисана у међународним споразумима о заштити и подстицању страних улагања па, сразмерно томе, све више добија на значају као елемент опште обавезе државе пријемнице да заштити страна директна улагања. Обавеза пружања пуне заштите и безбедности улагању се састоји из два елемента: физичке заштите страног директног улагања (3.1) и обезбеђивања правне сигурности улагачке климе (3.2).

3.1 Физичка заштита страног директног улагања

Обавеза пружања физичке заштите страном директном улагању погађа државу пријемницу улагања у њеном својству спроводиоца прописа и носиоца монопола физичке принуде у циљу одржања јавног реда и мира. Држава је, дакле, дужна да заштити страном директно улагања од физичког угрожавања или оштећења које долази као последица радњи не само саме државе пријемнице или органа чије јој се радње могу приписати, већ и трећих лица.⁵⁸⁸ Како се то истиче у одлуци у предмету *Eurotunnel*: „Државе могу да буду одговорне за нередe чак и онда када их нису саме узроковале. Ни Француска ни Уједињено Краљевство нису одговорни за понашање лица која су неовлашћено упала на локалитет Кокел. Али, поставља се питање шта су ове државе, као стране у концесионом уговору (...) и као владе које располажу читавим дијапазоном принудних мера и јавних овлашћења могле да учине на месту где се десило штетни догађај“⁵⁸⁹ (подвукао аутор).

⁵⁸⁷ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасуџ 361.

⁵⁸⁸ Giuditta Cordero Moss, „Full Protection and Security“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 138.

⁵⁸⁹ Eurotunnel (The Channel Tunnel Group Ltd and France-Manche S.A.) v. United Kingdom and France, Partial Award, 30 January 2007, пасуџ 305.

Арбитражно веће је, дакле, направило разлику између одговорности држава за *понашање* штетника (која се не може успоставити уколико, као у конкретном случају, нису задовољени услови за приписивање радње држави) и одговорности за *неспречавање и некажњавање* физичког насртаја на страног улагања, односно пропуста да се на неки други начин отклоне последице противправне радње. Одговорност за физичку заштиту страног директног улагања је, према томе, одговорност за пропуштање мера којима би се спречило физичко угрожавање или оштећење улагања, без обзира да ли оно долази од државних органа или приватних лица. Тако је, на пример, Шри Ланка оглашена одговорном за кршење обавезе физичке заштите страног улагања британског улагача коме је фабрика хране уништена у операцијама које су државне оружане снаге спровеле како би потисле локалне Тамилске тигрове,⁵⁹⁰ а Египат је одговарао за повреду ове обавезе заштите због неспречавања запослених у државној хотелској компанији да запоседну хотел који је био предмет улагања, пропуста да се хотел без одлагања врати улагачу и доведе у стање пре запоседња и некажњавања лица која су учествовала у запоседању објекта⁵⁹¹.

Када до физичког угрожавања или оштећења страног директног улагања долази услед радњи трећих лица чије се радње не могу приписати држави пријемници, већинско је мишљење да није потребно утврђивати каузалну везу између спорне радње штетника и понашања државе пријемнице.⁵⁹² Овакав закључак се чини сасвим логичним јер, с обзиром на то да страног улагање нису угрозила или оштетила лица чије се радње приписују држави на основу правила општег међународног права, нема смисла утврђивати каузалну везу, будући да ће се основ (евентуалне) одговорности државе пријемнице у таквом случају тражити у њеном *пропуштању* да спречи угрожавање и повреду улагања, а не у *чињењу* које је довело до спорног угрожавања или повреде. То, уосталом, недвосмислено произлази и из одлуке у предмету *Eurotunnel* и већ истакнутог разликовања одговорности за понашање штетника и одговорности за неспречавање и некажњавање. Изузетак у оваквом приступу представља одлука у предмету *Tecmed v. Mexico*, где је арбитражно веће као један од разлога за одбијање тужбеног захтева у делу који се односио на повреду обавезе

⁵⁹⁰ Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, пасус 8.

⁵⁹¹ Wena Hotels v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000, пасуси 99-101.

⁵⁹² G. Cordero Moss, „Full Protection...“ (*op. cit.*), стр. 138, са даљим упућивањима.

пружања пуне заштите и безбедности улагању навело да тужилац није успео да докаже да су „(...) мексичке власти, независно од нивоа на коме делују, подстицале, раширивале или доприносиле (...)“⁵⁹³ протестима организованим против страног улагача-тужиоца, нити да су у тим протестима учествовале.

Сматрамо да би гледиште арбиражног већа у предмету *Tecmed v. Mexico* требало посматрати као „изузетак који потврђује правило“ да не мора да постоји повезаност између понашања државе пријемнице и радње којом је угрожен или оштећен физички интегритет страног директног улагања. Наиме, уколико би се прихватило становиште из одлуке *Tecmed v. Mexico*, цео институт одговорности за физичку заштиту страног директног улагања би морао да буде редефинисан. Ако би се одговорност државе у овом случају везивала за њену умешаност у организовање, подстицање, раширивање или други облик непосредног доприноса спорној штетној радњи, овај облик одговорности би се тада претворио у одговорност за чињење а не за пропуштање. Исто тако, и превентивна сврха ове обавезе би била обесмишљена, јер ако би држава одговарала само за она оштећења у којима је сама на неки начин активно учествовала, онда би могла и да се ослободи одговорности доказом да није била умешана у штетну радњу. То би, даље, значило да обавеза пружања пуне заштите и безбедности налаже држави пријемници да страна улагања на својој територији штити искључиво од саме себе, а не и од других субјеката над којима има монопол физичке принуде (који је, уосталом, и чини државом), што је закључак који сасвим очигледно не би имао никаквог правног ни економског смисла.

Још једно спорно питање у погледу обавезе обезбеђивања физичке заштите страног директног улагања јесте и питање садржаја стандарда за утврђивање одговорности у случају повреде ове обавезе. Полазна тачка у анализи је одлука Међународног суда правде у предмету *ELSI*, где је, тумачећи да ли је Италија прекршила одредбу о пружању сталне заштите и безбедности из америчко-италијанског Уговора о пријатељству, трговини и поморству из 1948. године у ситуацији када је улагачева фабрика била блокирана радничким демонстрацијама, Суд утврдио да обавеза пружања пуне заштите и безбедности не може да представља општу гаранцију улагачу да његово улагање никада и ни под којим околностима неће бити

⁵⁹³ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 176.

оштећено.⁵⁹⁴ Суд је стао на становиште да улагач није могао разумно да очекује да ће одлука о отпуштању око 800 радника из његовог постројења проћи без икаквог противљења и протеста а да су италијанске власти и у околностима демонстрација настојале да заштите постројење, па чак и обезбеде услове за наставак производње.⁵⁹⁵

Став да обавеза пружања физичке заштите страном директном улагању не подразумева апсолутну одговорност за сваки и било какав облик повреде физичког интегритета страног улагања је, мање или више јасним речима, исказан у још неколико одлука.⁵⁹⁶ Нарочито важно нијансирање овог става учињено је у одлуци у предмету *Lauder v. Czech Republic*, где је арбитражно веће утврдило да обавеза пружања пуне заштите и безбедности не подразумева одговорност државе пријемнице улагања за сваки могући облик губитак вредности улагања до којег дође услед радњи лица које јој се не могу приписати, и да би таква апсолутна одговорност могла да се држави пријемници наметне само експлицитном одредбом садржаном у међународном уговору.⁵⁹⁷ У процени да ли је држава пријемница повредила своју обавезу пружања пуне заштите и безбедности страном директном улагању релевантан је, дакле, стандард *дужне пажње*.⁵⁹⁸

Овим, међутим, дилема још увек није у потпуности решена. Потребно је утврдити и да ли је стандард дужне пажње постављен *in abstracto* или његов садржај треба утврђивати у светлу околности сваког конкретног случаја. У једној од првих одлука која се бавила питањем одговорности државе за повреду обавезе пружања пуне заштите и безбедности, *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka*, арбитражно веће је, екстензивно се позивајући на међународноправну доктрину, приметило да је у међународном праву уочљиво померање од „старог“, субјективног схватања одговорности државе за пропуст у физичком обезбеђивању страног улагања, које би узимало у обзир сва ограничења могућности локалних власти да штите предмет

⁵⁹⁴ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)*, Judgment, 20 July 1989, пасуц 108.

⁵⁹⁵ *Ibidem*.

⁵⁹⁶ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, пасуц 53; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасуц 177; *Noble Ventures Inc v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, пасуц 164.

⁵⁹⁷ *Lauder v. Czech Republic*, Award, 3 September 2001, пасуц 308.

⁵⁹⁸ G. Cordero Moss, „*Full Protection...*“ (*op. cit.*), стр. 139; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 162. За супротан став вид. *AMT v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, пасуц 6.06.

улагања у конкретним околностима, ка „новом“, објективном схватању, које би подразумевало међународно уједначавање „карактеристичних“ облика пропуста државе да осигура физичку заштиту страног улагања, које дефинише као „мере обезбеђења страних улагача које могу да се легитимно очекују од разумно добро организоване модерне државе“ (енг. *legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well organized modern State*).⁵⁹⁹

Чини се да је изложено схватање у каснијим одлукама доживело извесно нијансирање. Наиме, прихваћена је одређена објективизација стандарда утолико што је прихваћено да се разумност и адекватност мера процењује са ослонцем на конкретну ситуацију, а не на конкретне могућности државе пријемнице.⁶⁰⁰ Према томе, не настоји се да се утврди нека унификована листа „универзално разумних“ мера, већ се прихватљивост одређене мере оцењује према спорном случају, *in concreto*. У ситуацији када држави пријемници стоји на располагању неколико могућих мера заштите, она има дискреционо овлашћење да изабере ону меру или оне мере за које сматра да ће најефикасније заштитити предмет страног директног улагања. Неприхватљивим ће се сматрати само оне мере које очигледно одступају од стандарда разумних мера. Како то произлази из закључка арбитражног већа у предмету *Saluka v. Czech Republic*, обавеза обезбеђивања физичке заштите страног улагања ће бити прекршена (само) онда када су мере које је предузела држава пријемница потпуно неразумне и када њихово предузимање не може да се образложи потребама било какве рационалне правне политике (енг. *totally unreasonable and unjustifiable by some rational legal policy*).⁶⁰¹

Према томе, може се закључити да се процена да ли је држава пријемница повредила обавезу пружања физичке безбедности страном улагању обавља тако што се утврђује да ли је држава поступала *са дужном пажњом* приликом примене *разумних мера* за заштиту улагања *барем минимално примерених конкретним околностима* (а не конкретним *могућностима* државе пријемнице).

⁵⁹⁹ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, пасус 77.

⁶⁰⁰ *Lauder v. Czech Republic*, Award, 3 September 2001, пасус 308. Доктрина сматра да недостатак ресурса за спровођење разумних мера не може да екскулпира државу од одговорности за повреду обавезе физичког обезбеђивања страног улагања. Вид. у том смислу: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 162. Исти став изражен је и у арбитражној пракси: *Pantehniki v. Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009, пасус 76.

⁶⁰¹ *Saluka Investments v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, пасус 490.

3.2 Обезбеђивање правне сигурности улагачке климе

Иако један део арбитражне праксе сматра да се обавеза пружања пуне заштите и безбедности ограничава на обезбеђивање физичке сигурности улагања,⁶⁰² значајан број одлука форумā за решавање улагачких спорова стоји на становишту да ова обавеза има не само физички већ и правни аспект – обезбеђивање правне сигурности. Према мишљењу арбитражног већа у спору *Azurix v. Argentina*, „[обавеза пружања пуне заштите и безбедности страном улагању] није само питање физичке безбедности; стабилност коју пружа сигурно улагачко окружење је, из перспективе страног улагача, једнако важна. (...) Када је одредница 'заштита и безбедност' квалификована појмом 'пуна' и ниједним другим придевом или додатним објашњењем, она, према свом уобичајеном значењу, проширује обавезу државе пријемнице преко границе дужности да пружа физичку безбедност страном улагању“.⁶⁰³

До истог закључка, али на основу различитих аргумената, дошло је и арбитражно веће у предмету *Siemens v. Argentina*. Арбитражно веће је у овом случају пошло од околности да су појмом страног (директног) улагања у међународним споразумима о заштити и подстицању страних улагања по правилу обухваћене и телесне и бестелесне ствари. Уколико би обавеза пружања пуне заштите и безбедности била ограничена само на обезбеђивање физичке сигурности страном улагању, систем заштите би донекле био обесмишљен, јер се бестелесним стварима не може пружити физичка, већ само правна сигурност.

Српски споразуми о заштити и подстицању страних улагања редовно квалификују обавезу пружања заштите и безбедности страном улагању као „пуну“.⁶⁰⁴ У

⁶⁰² BG Group v. Argentina, Award, 24 December 2007, пасуси 324-327; Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, пасус 668; Suez v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2010, пасус 167.

⁶⁰³ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасус 408.

⁶⁰⁴ Вид. у том смислу члан 2(1) Споразума са Алжиром; члан 2(1) Споразума са Азербејџаном; члан 2(2) Споразума са Аустријом; члан 2(2) Споразума са Белорусијом; члан 2(2) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 2(2) Споразума са Великом Британијом; члан 3(1) Споразума са Ганом; члан 2(2) Споразума са Грчком; члан 2(2) Споразума са Данском; члан 2(2) Споразума са Египтом; члан 2(2) Споразума са Израелом; члан 2(2) Споразума са Индонезијом; члан 4(1) Споразума са Ираном; члан 2(2) Споразума са Италијом; члан 2(2) Споразума са Казахстаном; члан 2(3) Споразума са Кином; члан 2(2) Споразума са Кипром; члан 3(1) Споразума са Кувајтом; члан 2(2) Споразума са Мађарском; члан 2(2) Споразума са Македонијом; члан 2(2) Споразума са Малтом; члан 2(2) Споразума са Мароком; члан 3(2) Споразума са Португалијом; члан 2(2) Споразума са Словачком; члан II(2) Споразума са Турском; члан

једној групи споразума се прецизира да ће се страним улагањима јемчити „пуна правна“ заштита.⁶⁰⁵ Споразум са Русијом, чак, у члану 2(2) прописује да ће свака Страна уговорница гарантовати „потпуну и безусловну правну заштиту“ за улагања улагача друге Стране уговорнице на својој територији. Члан 2(2) Споразума са Литванијом предвиђа да ће свака Страна уговорница у сваком тренутку додељивати пуну *законску* заштиту и безбедност улагањима улагача из друге Стране уговорнице на својој територији. Посебно занимљиву и детаљну формулацију садржи Споразум са Белгијско-луксембуршком унијом, који у члану 3(2) предвиђа да ће: „[о]сим у случају *мера неопходних за одржавање јавног реда, (...) улагања уживати непрекидну правну заштиту и обезбеђење, тј искључујући било коју неоправдану или дискриминаторну меру којом може да се омете, било законом или у пракси, управљање, одржавање, коришћење, поседовање или њихова ликвидација*“. Коначно, неколико споразума о заштити и подстицању страних улагања које је потписала наша земља не предвиђају (барем не експлицитно) обавезу пуне заштите и безбедности страног улагања.⁶⁰⁶

Досадашња арбитражна пракса је успела да издвоји неке типичне појавне облике обавезе државе пријемнице да обезбеди правну сигурност страном улагању. Утврђено је да правна сигурност страног улагања подразумева чињење доступним улагачу јасних и предвидљивих поступака за остваривање и заштиту својих права у вези са улагачким подухватом,⁶⁰⁷ постојање правних механизма за спречавање трећих лица да угрозе или оштете предмет улагања као и поузданих механизма за накнаду штете уколико до такве повреде ипак дође,⁶⁰⁸ и уздржавање државе од фундаменталних промена прописа које би умањиле онај ниво безбедности и правне заштите улагања које је оно уживало у тренутку кад је остварено⁶⁰⁹.

3(1) Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима; члан 2(2) Споразума са Украјином; члан 3(1) Споразума са Хрватском; члан 2(2) Споразума са Црном Гором; члан 2(2) Споразума са Чешком; члан 3(1) Споразума са Шпанијом. Исту формулацију садржи и члан 2(2) српског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2007).

⁶⁰⁵ Вид. у том смислу члан 3(2) Споразума са Индијом; члан 2(2) Споразума са Корејом; члан 2(3) Споразума са Либијом; члан 3(2) Споразума са Нигеријом; члан 2(2) Споразума са Пољском; члан 2(2) Споразума са Финском.

⁶⁰⁶ Вид. у том смислу споразуме са Бугарском, Румунијом и Шведском.

⁶⁰⁷ Вид. нпр. *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, пасуси 615-621.

⁶⁰⁸ *Parkerings v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, пасус 355.

⁶⁰⁹ *CME v. Czech Republic*, Partial Award, 13 September 2001, пасус 613; *Vivendi v. Argentina II*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, пасуси 7.4.10-7.4.12.

4. Омогућавање слободног трансфера улагачких средстава (капитала и прихода)

Право улагача да слободно трансферише капитал и приходе од улагања у државу свог порекла или трећу државу је, како је то дефинисано у једној скорашњој одлуци арбитражног суда Међународног центра, „од фундаменталног значаја за слободу прекограничног улагања“⁶¹⁰. Заиста, међународни улагачки подухват по својој природи подразумева потребу улагача да у државу пријемницу улагања унесе средства како би уопште могао да оствари своје улагање. Такође, унос додатних средстава након што је улагање већ остварено може да буде потребан за одржавање постојећег обима пословања или ширење пословног подухвата улагача у држави пријемници. Са друге стране, улагач такође има различите потребе за трансфером средстава из државе пријемнице у државу свог порекла или у трећу државу. Та средства могу да се користе за куповину сировина или репроматеријала, исплаћивање обавеза улагача које су неопходне за пословање у држави пријемници (исплате плата и других облика накнада за стручно ангажовање, отплате кредита, плаћање накнада за коришћење права интелектуалне својине и сл.) или, пак, за повраћај основног капитала у државу порекла након што је улагачки подухват окончан.

Међутим, слобода трансфера улагачевих средстава, колико год била потребна за привлачење улагања и омогућавање несметаног пословања улагача у држави пријемници, подразумева ограничење економског и монетарног суверенитета државе пријемнице улагања. Неконтролисани доток или отицање великих количина средстава могу да доведу до нестабилности финансијског тржишта у држави пријемници улагања, поремећаја девизног курса и сл.⁶¹¹ Да би се интерес привлачења улагања и интерес заштите монетарне и економске стабилности државе пријемнице помирили, тј. да би права и обавезе учесника међународног улагачког подухвата по овом питању били ефикасно уравнотежени, начин формулисања обавезе обезбеђивања слободе

⁶¹⁰ Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, пасуџ 239.

⁶¹¹ Детаљно о овом проблему и начинима његовог решавања у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања вид. Abba Kolo, Thomas Wälde, „Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 205-243. О истом питању вид. и Alejandro Turyn, Facundo Perez Aznar, „Drawing the Limits of Free Transfer Provisions“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2010, стр. 51-78.

трансфера средстава је од изузетне важности. У том смислу, потребно је обратити пажњу на два аспекта: условљеност слободе трансфера средстава (4.1) и домашај те слободе (4.2).

4.1 Условљеност слободе трансфера капитала и прихода

Држава пријемница улагања може да се определи за један од три основна приступа у уређивању условљености слободе трансфера капитала и прихода: 1) потпуна безусловљеност слободе трансфера средстава било каквим унутрашњим прописима или било каквим економским околностима које би могле да наступе у држави пријемници; 2) условљеност слободе трансфера средстава поштовањем унутрашњих прописа државе пријемнице или усклађеношћу са одређеним ванредним економским приликама и 3) могућност условљавања слободе трансфера средстава мерама које се предузимају у циљу превазилажења платнобилансних криза, ако су такве мере привремене, неопходне, сагласне са стандардима Међународног монетарног фонда и предузете на недискриминаторној основи.⁶¹²

Наведени приступи су заступљени и у инструментима заштите страних улагања који обавезују Републику Србију. Први приступ, који подразумева потпуну безусловљеност слободе трансфера средстава, заступљен је, примера ради, у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања са Хрватском,⁶¹³ Италијом⁶¹⁴ и Кувајтом⁶¹⁵. Уобичајена формулација која се у двостраним споразумима користи да би се обезбедила безусловљеност слободе трансфера средстава домаћим прописима или ванредним економским околностима је да се свака страна уговорница обавезује да улагачима из друге стране уговорнице гарантује слободан трансфер свих плаћања која се односе на улагање, уз навођење *exempli causae* специфичних облика средстава чији је слободан трансфер дозвољен.⁶¹⁶

⁶¹² О наведеним приступима, уз нешто другачију, четвороделну класификацију: А. Kolo, Т. Wälde, *op. cit.*, стр. 214-217.

⁶¹³ Вид. члан 7(1) Споразума са Хрватском.

⁶¹⁴ Вид. члан 6(1) Споразума са Италијом.

⁶¹⁵ Вид. члан 7(1) Споразума са Кувајтом.

⁶¹⁶ Неки споразуми, као нпр. Споразум са Грчком, користе још експлицитнији језик и прописују да ће „[с]вака Страна уговорница, након извршавања финансијских обавеза које су проистекле из улагања, у

Други приступ, који подразумева условљеност слободe трансфера средстава њиховом сагласношћу са унутрашњим прописима државе пријемнице или усклађеношћу са одређеним ванредним економским приликама, такође се среће у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања који обавезују нашу земљу. Тако се, на пример, у Споразуму са Македонијом предвиђа да ће „[с]вака Страна уговорница, након плаћања свих фискалних и других обавеза улагача друге Стране уговорнице, гарантовати улагачима друге Стране уговорнице, у складу са законима и прописима прве Стране уговорнице, слободан трансфер плаћања која се односе на њихово улагање“⁶¹⁷ (подвукао аутор). Слично Споразуму са Македонијом, у Споразуму са Индијом је прописано да ће „[с]вака Страна Уговорница, према својим законима и прописима, дозволити да сва средства улагача друге Стране Уговорнице, која се односе на улагања не њеној територији, буду слободно трансферабилна, без неоправданог одлагања и на недискриминаторној основи“⁶¹⁸ (подвукао аутор). Примећујемо да, у поређењу са одредбом о слободи трансфера средстава са Македонијом, одредба која уређује ово питање у Споразуму са Индијом боље балансира интересе учесника међународног улагачког подухвата. Док, с једне стране, покушава да сачува економски и монетарни суверенитет државе пријемнице улагања, ова одредба истовремено даје јемство улагачу да ће његова средства бити слободно трансферабилна, без неоправданог одлагања и на недискриминаторној основи. Дакле, иако је сачувано овлашћење државе пријемнице да сопственим прописима уређује појединачне аспекте трансфера средстава, начин на који ће држава пријемница то учинити ипак мора да поштује одређене смернице постављене међународним споразумом.

Језички сличан, али садржајно сасвим другачији од претходно наведених одредаба је члан VII(1) Споразума о заштити и подстицању страних улагања са Албанијом, који предвиђа да ће „[с]вака Страна гарантовати улагачима друге Стране, после плаћања свих фискалних и других обавеза улагача друге Стране сходно законима и прописима Стране домаћина, слободан трансфер свих плаћања која се односе на њихово улагање“ (подвукао аутор). Иако се и у овој одредби помиње

погледу улагања улагача друге Стране уговорнице гарантовати неограничени трансфер улагања и његових приноса“ (чл. 6(1) Споразума, подвукао аутор).

⁶¹⁷ Члан 6(1) Споразума са Македонијом.

⁶¹⁸ Члан 7(1) Споразума са Индијом.

усклађеност трансфера средстава са законима и прописима државе пријемнице улагања, та обавеза усклађености се односи само на фискалне и друге обавезе које улагач дугује држави пријемници. Према томе, наведена одредба суштински припада онима које предвиђају безусловну слободу трансфера средстава.

Коначно, трећи начин одређивања слободе трансфера средстава, који подразумева начелну слободу уз могућност условљавања у случају ванредних ситуација, заступљен је у новијим двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је потписала наша земља. Тако се, на пример, у Споразуму између наше државе и Азербејџана предвиђа да од обавезе омогућавања слободног трансфера средстава улагача држава пријемница улагања може да одступи у случају озбиљног поремећаја платног биланса и спољних финансијских тешкоћа или у случају када, под изузетним околностима, кретање капитала или његово реализовање може да проузрокује озбиљне тешкоће по макроекономско управљање и макар делимичну примену монетарне и девизне политике.⁶¹⁹ Ипак, у тим случајевима мере ограничења слободе трансфера средстава морају да испуне три кумулативна услова: морају да буду у складу са одредбама Споразума о чланству у Међународном монетарном фонду, да буду привремене и престану чим то дозволе услови и да о њима одмах буде обавештена држава порекла улагача.⁶²⁰ На сличан начин, у Споразуму са Казахстаном се предвиђа да држава пријемница улагања може да одступи од примене правила о слободном трансферу средстава применом једнаких, недискриминатроних мера и уз одговарајућу примену својих закона и прописа у вези са предузимањем заштитних мера у одређеном временском периоду, које се могу предузети у изузетним околностима, као што су: озбиљан поремећај у платном билансу или спољне финансијске потешкоће.⁶²¹ У сваком случају, те мере морају да буду у складу са Статутом Међународног монетарног фонда и укинута чим то дозволе околности, о чему друга страна треба да буде одмах обавештена.⁶²²

⁶¹⁹ Члан 7(4) Споразума са Азербејџаном.

⁶²⁰ Члан 7(5) Споразума са Азербејџаном.

⁶²¹ Члан 6(3) Споразума са Казахстаном.

⁶²² Члан 6(4) Споразума са Казахстаном.

4.2 Домашај слободe трансфера капитала и прихода

Домашај слободe трансфера улагачких средстава може да се посматра у материјалном и у територијалном смислу. У материјалном смислу, домашај слободe трансфера средстава се огледа у одређењу врсте средстава која могу да уживају слободу трансфера. Споразуми о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију по правилу садрже одредницу да плаћања која се могу слободно трансферисати морају да проистичу из улагања или да буду повезана са улагањем. Овакво ограничење је у складу са међународном праксом,⁶²³ а такође је и оправдано са становишта домашаја одговорности државе за заштиту страних директних улагања, јер се слобода трансфера јемчи само за она средства која су заиста потребна за остваривање, одржавање улагања и управљање њиме, док слободу трансфера не уживају она улагачева средства која не проистичу из улагања или нису са њиме повезана.⁶²⁴

Као типичне примере средстава која уживају слободу трансфера, двострани споразуми које је закључила Србија обично наводе: основни капитал и додатне износе капитала потребне за одржавање и повећавање улагања,⁶²⁵ приносе, тј. добит од улагања,⁶²⁶ плаћања по уговорима (нарочито отплата кредита),⁶²⁷ зараде и остале накнаде иностраном особљу ангажованом на улагању,⁶²⁸ накнаде у случају

⁶²³ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 214.

⁶²⁴ О смислу и потреби разликовања средстава која проистичу из улагања или су са њим повезана и осталих средстава улагача која нису повезана са улагачким подухватом у контексту права на слободан трансфер средства се изјаснила и међународна арбитражна пракса. Вид. *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, пасуси 204-241.

⁶²⁵ Вид. нпр. члан 7(1)(а) Споразума са Азербејџаном; члан VII(1)(а) Споразума са Албанијом; члан 6(1)(а) Споразума са Алжиром; члан 6(1)(2) Споразума са Белорусијом; члан 6(1)(а) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 7(1)(а) Споразума са Индијом; члан 7(1)(а) Споразума са Финском; члан 7(1)(а) Споразума са Хрватском.

⁶²⁶ Вид. нпр. члан 5(1)(б) Споразума са Немачком; члан 7(1)(б) Споразума са Кувајтом; члан 6(1)(б) Споразума са Мађарском; члан 6(1)(2) Споразума са Чешком; члан 6(1)(б) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 6(1)(б) Споразума са Алжиром; члан 6(1)(б) Споразума са Црном Гором; члан 7(1)(з) Споразума са Азербејџаном.

⁶²⁷ Вид. нпр. члан 8(1)(б) и (в) Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом; члан 5(1)(ц) Споразума са Немачком; члан 6(1)(в) Споразума са Црном Гором; члан 7(1)(ж) Споразума са Азербејџаном; члан 6(1)(в) Споразума са Казахстаном.

⁶²⁸ Вид. нпр. члан 7(1)(д) Споразума Индијом; члан 6(1)(ђ) Споразума са Алжиром; члан 6(1)(е) Споразума са Црном Гором; члан 7(1)(з) Споразума са Азербејџаном; члан 7(1)(е) Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима.

експропријације улагања или губитака причињених ратом, оружаном побуном и другим облицима немира,⁶²⁹ приходи од продаје или ликвидације целог улагања или његовог дела,⁶³⁰ плаћања на основу решавања спорова између страног улагача и државе пријемнице улагања⁶³¹. Занимљиво је да у неким споразумима о заштити и подстицању улагања државе-потписнице покушавају да „предвиде“ секторе у којима ће се остваривати улагања значајне вредности па, сходно свом предвиђању, у споразум укључују неке веома специфичне облике средстава којима се јемчи слободан трансфер. Тако, на пример, споразум са Уједињеним Арапским Емиратима, склопљен неколико месеци пре него што је закључен уговор о стратешком партнерству између Јат Ервејза и емиратске авио-компаније Итихад, у члану 7(1)(ж) предвиђа да ће слободу трансфера, између осталог, уживати и профит и добит од националне авио-компаније.

Једнако је занимљива и одредба члана 8 Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Гане која прилично рестриктивно поставља право слободе трансфера средстава и предвиђа да ће свака Страна уговорница држављанима или компанијама друге Стране уговорнице гарантовати неограничен трансфер њихових улагања и приноса у земљу сталног боравка. Осим тога што не наводи чак ни *exempli causae* поједине облике средстава подобних да уживају слободу трансфера, цитирана одредба Споразума са Ганом слободу трансфера средстава ограничава само на улагања и приносе од улагања, а не предвиђа привилегију слободног трансфера за плаћења учињена у *вези* са улагањима. Наравно, уверени смо да би тумачењем члана 8 Споразума са Ганом у светлу члана 31 став 1 Бечке конвенције о уговорном праву (тумачење одредаба међународног уговора у светлу циља и сврхе тог уговора) форум за решавање улагачког спора који би се нашао пред питањем да ли се слобода трансфера средстава улагача из Гане у Србију и *vice versa* односи и на приходе у *вези* са улагањима дошао до закључка да су и ови приходи обухваћени слободом трансфера средстава, јер би у противном циљеву Споразума, а то су, сходно његовој преамбули,

⁶²⁹ Вид. нпр. члан 7(1)(д) Споразума са Финском; члан 6(1)(д) Споразума са Пољском; члан 7(1)(ђ) Споразума са Индијом; члан 6(1)(г) Споразума са Алжиром; члан 7(1)(д) Споразума са Азербејџаном; члан 7(1)(г) Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима.

⁶³⁰ Вид. нпр. члан 8(1)(д) Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом; члан 6(1)(д) Споразума са Мађарском; члан 6(1)(4) Споразума са Чешком; члан 6(1)(д) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 6(1)(в) Споразума са Алжиром; члан 6(1)(г) Споразума са Црном Гором.

⁶³¹ Вид. нпр. члан V(1)(ђ) Споразума са Турском; члан 7(1)(и) Споразума са Кувајтом; члан 6(1)(ж) Споразума са Мађарском; члан 6(1)(ф) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 6(1)(д) Споразума са Алжиром.

стварање повољних услова за повећање улагања и подстицање и узајамна заштита тих улагања, били компромитовани. Упркос мишљењу да се, након овако изложеног тумачења њеног садржаја, цитирана одредба по свом ефекту не би разликовала од сродних одредаба у другим споразумима о заштити и подстицању улагања који обавезују нашу државу, сматрамо да недовољно јасна формулација члана 8 Споразума са Ганом не штити у потребној мери правни сигурност улагача. Ипак, охрабрујуће је приметити да је ово једна од ретких, ако не и једина формулација овог типа у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша држава.

У теорији се истиче да је за домашај слободе трансфера средстава веома важан и територијални аспект те слободе. Наиме, да би улагач могао ефективно да управља својим подухватом, потребно је да слобода трансфера средстава буде двосмерна, и да иде не само из државе пријемнице улагања ка држави порекла већ и обратно.⁶³² Тако, на пример, члан 7 модела споразума о заштити и подстицању улагања Сједињених Држава предвиђа да ће „свака Страна Уговорница омогућити да трансфер свих средстава везаних за пословни подухват који се, у смислу Споразума, може сматрати улагањем, буде слободан и учињен без одлагања на њену територију и са ње“⁶³³ (подвукао аутор). У већини српских споразума о заштити и подстицању страних улагања, као ни у члану 6 српског модела споразума о заштити и подстицању улагања, ова разлика није истакнута,⁶³⁴ али из околности да се међу облицима средстава која уживају слободу трансфера по правилу убрајају основни капитал и додатни капитал потребан за одржавање или повећање улагања може се закључити да слобода трансфера делује не само ка споља већ и ка унутра.

У сваком случају, може се закључити да у погледу домашаја слободе трансфера средстава, упркос извесним неуједначеностима у приступу уређењу овог питања,

⁶³² R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 214.

⁶³³ Ова одредба у оригиналу гласи: „Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory“. Вид. члан 7 модела споразума о заштити и подстицању улагања САД (2012).

⁶³⁴ Као изузетке у овом смислу можемо да наведемо члан 6(1) Споразума са Босном и Херцеговином и члан 7(1) Споразума са Азербејџаном, који веома сличним језиком предвиђају да ће Стране Уговорнице омогућити слободан трансфер плаћања у вези са улагањем на њихове територије и са њих.

српски споразуми о заштити и подстицању страних улагања прате међународне стандарде и не шире неразумно одговорност државе за заштиту улагања.

III - ПОСРЕДНО ОДРЕЂЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

Осим аутономног одређења, обавеза заштите страних директних улагања може да буде одређена и тако што ће њен садржај бити доведен у везу са неком другом обавезом или скупом обавеза које држава пријемница улагања преузима према сопственим држављанима, држављанима неке друге стране државе (а не оне чију припадност има улагач) или конкретно одређеним приватним лицима са којима држава пријемница улагања закључује појединачне уговоре којима ствара права и обавезе из области страних улагања. Сходно томе, посредно одређена обавеза заштите страних директних улагања се манифестује као обавеза пружања националног третмана страном улагачу (1.), обавеза пружања третмана најповлашћеније нације (2.) и обавеза поштовања уговорних обавеза преузетих појединачним уговорима са страним улагачима (тзв. „кишобран-клаузула“) (3.).

1. Национални третман

Обавеза пружања националног третмана странцу је један од најстаријих инструмената заштите учесника међународно-привредних односа.⁶³⁵ У контексту права страних улагања, овај третман служи да омогући страном улагачу да буде конкурентан са домаћим субјектима у држави пријемници који послују у истој области као и он. Без изричито уговореног или једнострано обећаног националног третмана, држава пријемница, према међународном праву, не би имала обавезу да стране улагаче третира на исти начин као и домаће.⁶³⁶ Суштина овог стандарда лежи у обавези државе да страног улагача и његово улагања третира на начин који није мање повољан од начина на који третира домаће улагаче.⁶³⁷ Сходно томе, прихватајући овај стандард заштите,

⁶³⁵ О настанку и развоју националног третмана вид. Andrea Bjorklund, „National Treatment“, у: August Reisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 30-32.

⁶³⁶ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 212-213 и 251.

⁶³⁷ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 198.

држава пријемница се обавезује да стране улагаче и њихова улагања неће ни правно, али ни фактички дискриминисати у односу на домаће.

У вези са правом страног улагача на национални третман постављају се најмање два важна питања. Прво, од ког тренутка је држава обавезна да страном улагачу обезбеди национални третман (1.1)? Друго, како се утврђује повреда обавезе обезбеђивања националног третмана (1.2)?

1.1 Тренутак од ког је држава пријемница обавезна да обезбеди национални третман

Страни улагач може да буде дефаворизован у односу на домаће улагаче не само током извођења свог улагачког подухвата, већ и приликом припрема да уђе на тржиште државе пријемнице и оствари своје улагање. Свест о потреби пружања заштите страним улагачима у одређеним аспектима још и током тзв. прединвестиционе фазе, утицала је на неке државе да национални третман јемче страним улагачима и током периода припреме за остваривање улагања, док оно још увек није формално реализовано. Пример такве државе су САД. Идеја о сврсисходности обезбеђивања националног третмана појавила се још у моделу споразума о заштити и подстицању улагања из 1984. године, и била је формулисана на веома општи начин. Тако је члан П(1) тог модела споразума предвиђао да се Стране уговорнице обавезују да „*дозволе и третирају улагања и активности повезане са улагањима на нивоу који није мање повољан од оног који се у сличним ситуацијама пружа улагањима и активностима повезаним са улагањима домаћих држављана и компанија (...)*“⁶³⁸ (подвукао аутор). У верзијама модела споразума које су уследиле у наредним годинама ова формулација се усавршавала, да би у данас актуелној верзији модела споразума из 2012. године предвиђала да ће свака Страна уговорница омогућити страним улагачима и њиховим улагањима из друге Стране уговорнице третман који није неповољнији од оног који у сличним околностима одобрава домаћим улагачима и улагањима „*у погледу успостављања, стицања, ширења, управљања, вођења, одржавања и продаје или другог начина отуђења улагања*“⁶³⁹ (подвукао аутор).

⁶³⁸ Текст релевантног дела одредбе у енглеском оригиналу гласи: „*Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals and companies (...)*“.

⁶³⁹ Вид. чл. 3(1) и 3(2) модела споразума из 2012. Текст релевантног дела цитираних одредаба у енглеском оригиналу гласи: „*Each Party shall accord (...) treatment no less favorable than that it accords, in*

Српски Закон о страним улагањима у члану 8 предвиђа право страног улагача на национални третман и прописује да, у погледу свог улога, страни улагач ужива једнак положај, права и обавезе као и домаћа физичка и правна лица, осим уколико самим Законом није другачије предвиђено. Исто тако, предузеће са страним улогом ужива једнак правни положај као и домаћа предузећа без страног улога.⁶⁴⁰

Поставља се питање да ли ова одредба обавезује државу да страном улагачу обезбеди национални третман и у прединвестиционој фази. Имајући у виду да члан 8 Закона јемчи национални третман страном улагачу у погледу његовог улога, одговор на претходно питање зависи од квалификације појма улога. Премда Закон уређује могуће појавне облике улога страног улагача и његову валуту у члану 6, ова одредба нажалост не садржи експлицитну дефиницију самог појма улога. Ипак, из одређења могућих појавних облика улога страног улагача, а то су, према Закону, страна конвертибилна валута, ствари, права интелектуалне својине, хартије од вредности и друга имовинска права, може се извући закључак да је улог одређено имовинско добро које је *унето* у предмет улагања. Према томе, улог као конститутивни елемент улагања, не може да постоји независно од самог улагачког подухвата. Из те околности би се могао извући закључак да наш Закон о страним улагањима признаје страном улагачу национални третман тек након што је улагање остварено. Колико нам је познато, до сада није избио ниједан улагачки спор због повреде националног третмана зајемченог у Закону о страним улагањима, тако да пракса још увек није добила прилику да се изјасни о домањају наведене одредбе.

Споразуми о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша земља по правилу не одобравају национални третман улагачима у прединвестиционој фази. Уобичајена формулација националног третмана у нашим споразумима је да се свака Страна уговорница обавезује да на својој територији обезбеди улагачима друге Стране уговорнице „у погледу управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања њиховим улагањима, третман који је једнако повољан ономе који се

like circumstances, to its own investors (чл. 3(1)) / *to investment in its territory of its own investors* (чл. 3(2)) *with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investment*“.

⁶⁴⁰ Вид. чл. 8 ст. 1 и 2 Закона о страним улагањима.

обезбеђује сопственим улагачима⁶⁴¹. Међутим, постоји неколико споразума о заштити и подстицању страних улагања у којима је домашај националног третмана шире постављен.

Пре свега, то је недавно закључени Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Уједињеним Арапским Емиратима, који у члану 4 став 2 прописује да ће „[с]вака Страна уговорница гарантовати, на својој територији, улагачима друге Стране уговорнице, у погледу куповине, развоја, управљања, одржавања, коришћења, експанзије, продаје или другог отуђења њихових улагања, третман који је једнако повољан као третман који додељује сопственим улагачима или улагачима трећих земаља, зависно од тога који је повољнији“ (подвукао аутор).⁶⁴² Предвиђањем националног третмана у односу на куповину (предмета) улагања, овај Споразум несумњиво шири поље примене посматраног стандарда и на прединвестициону фазу.

У сличном духу је формулисана и одговарајућа одредба Споразума о подстицању и заштити улагања са Финском. Члан 3(1) овог Споразума предвиђа да ће „[с]вака Страна уговорница обезбедити улагачима друге Стране уговорнице и њиховим улагањима и приносима, третман који није ништа мање повољан од третмана који обезбеђује сопственим улагачима и њиховим улагањима и приносима у погледу стицања, ширења, рада, управљања, одржавања, коришћења, уживања и

⁶⁴¹ Вид. нпр. члан 4(2) Споразума са Азербејџаном; члан 3(2) Споразума са Босном и Херцеговином; члан 4(2) Споразума са Индијом; члан 3(2) Споразума са Данском; члан 3(2) Споразума са Мађарском; члан 3(2) Споразума са Великом Британијом; члан 4(2) Споразума са Хрватском.

⁶⁴² Напомињемо да ниједан други споразум о заштити и подстицању страних улагања који везује нашу земљу не садржи овако широко одређену обавезу пружања националног третмана. Предвиђајући обавезу пружања националног третмана у погледу куповине улагања, Споразум са Уједињеним Арапским Емиратима, будући да као потврђен међународни споразум има јачу правну снагу од домаћих закона у смислу члана 194 Устава Србије, дерогира одредбу члана 1 став 3 Закона о пољопривредном земљишту (*Службени гласник РС* бр. 62/06, 65/08 и 41/09), којом је предвиђено да власник пољопривредног земљишта не може да буде страном физичко, односно правно лице. Искључујући Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (*Службени гласник РС – МУ* бр. 83/2008), који у члану 63 став 2 предвиђа да ће у периоду од четири године од ступања на снагу тог Споразума Србија постепено усклађивати своје законодавство које се односи на стицање својине на непокретностима у Србији како би држављанима држава чланица Европске уније осигурала исти третман као и својим држављанима, познат нам је још само један случај када је наша (тадашња) држава Уговором о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФРЈ и ДНР Алжира (*Службени лист СФРЈ – МУ* бр. 2/1981), грешком, предвидела да страни држављани у Југославији уживају иста имовинска права као и домаћи држављани. Међутим, у том случају се радило о погрешној формулацији у српскохрватском тексту Уговора, па је пропуст одмах исправљен и предметна одредба преформулисана. Вид. о томе: Маја Станивуковић, *Стварна права странаца*, магистарски рад, Нови Сад 1989, стр. 60-61.

продаје или другог вида располагања улагањима“ (подвукао аутор). И ова одредба сасвим јасно шири поље примене националног третмана и на прединвестициону фазу.

Међутим, споразуми са Уједињеним Арапским Емиратима и Финском нису и једини који предвиђају пружање националног третмана страним улагачима у прединвестиционој фази. Споразум о стимулацији и узајамној заштити улагања са Русијом садржи одредбу према којој ће „[с]вака Страна уговорница на својој територији обезбеђивати улагањима улагача друге стране уговорнице и **пословању у вези са улагањима** прavedан и равноправан третман, који искључује примену дискриминационих мера које би могле да спречавају управљање и располагање улагањима. Третман наведен у тачки (1) овог члана неће бити мање повољан од третмана који се одобрава за улагања и пословање са улагањима сопствених улагача или улагача из било које треће државе“⁶⁴³ (подвукао аутор). Према споразум са Русијом не користи једнако експлицитан језик као претходно наведени споразуми, не видимо препреку да се под термином „пословање у вези са улагањима“ подразумевају припремне радње неопходне за остваривање улагања. Сходно томе, закључујемо да је и споразум са Русијом могуће тумачити тако да предвиђа обезбеђивање националног третмана у прединвестиционој фази.

Коначно, ширење националног третмана на прединвестициону фазу услед дејства клаузуле најповлашћеније нације, може да прошири круг повластица које се јемче улагачима из одређених држава. Тако, на пример, Споразум у вези са узајамним подстицањем и заштитом улагања са Турском предвиђа да ће свака Страна уговорница улагањима улагача из друге Стране уговорнице „**ишито буду утврђена**, доделити третман који неће бити мање повољан од оног који у сличним ситуацијама додељује улагањима својих улагача или улагањима улагача било које треће земље, штогод да је повољније“⁶⁴⁴ (подвукао аутор). Овом одредбом се, дакле, национални третман успоставља само у односу на већ утврђена улагања, што би требало да искључује могућност уживања националног третмана у прединвестиционој фази. Али, у претходећем ставу истог члана стоји да ће „[с]вака Страна на својој територији дозволити улагања **и активности везане за то**, на ништа мање повољној основи од оне коју у сличним ситуацијама додељује улагањима улагача било које треће државе, у

⁶⁴³ Члан 3 ставови 1 и 2 Споразума са Русијом.

⁶⁴⁴ Члан III(2) Споразума са Турском.

оквиру својих закона и прописа“⁶⁴⁵ (подвукао аутор). Према томе, имајући у виду да се активностима улагача из Уједињених Арапских Емирата, Финске и Русије везаним за улагања јемчи национални третман, тај национални третман ће, посредством цитираног члана III(1) Споразума са Турском бити проширен и на турске улагаче и њихове пословне активности у прединвестиционој фази, иако би такав исход требало да је искључен чланом III(2) истог Споразума.

Иначе, занимљиво је приметити да Споразум са Турском користи термине америчког модела споразума о заштити и подстицању улагања из 1984. године – „активности у вези са улагањима“ и „сличне ситуације“.⁶⁴⁶ Као што смо већ покушали да покажемо, намера америчког модела споразума је сасвим свесно била да прошири домашај националног третмана и на прединвестициону фазу, тако да је у неку руку збуњујуће што наш Споразум са Турском у члану III(1) користи терминологију чије је сврха да прошири домашај националног третмана, а већ у следећем ставу истог члана покушава да ограничи национални третман само на „утврђена“ улагања. Каква год да је била намера твораца Споразума са Турском, језик коришћен у члану III убедљиво наводи на закључак да је национални третман зајемчен улагачима и у прединвестиционој фази.

1.2 Утврђивање постојања повреде националног третмана

Досадашња пракса форумā за решавање међународних улагачких спорова је развила неколико тестова за утврђивање повреде обавезе пружања националног третмана страном улагачу и његовом улагању. Тако је, на пример, арбитражно веће Међународног центра у спору *LG&E v. Argentina* стало на становиште да ће се обавеза уздржавања од дискриминације страног улагача у међународном праву страних улагања сматрати прекршеном ако је држава пријемница предузела одређену меру према улагачу са намером да га дискриминише или ако је мера у пракси произвела

⁶⁴⁵ Члан III(1) Споразума са Турском.

⁶⁴⁶ Иначе, у време када је закључен наш Споразум са Турском, Америка је већ увелико користила модел споразума из 1994. године, који је уместо термина „активности повезане са улагањем“ увео детаљнији термин „успостављање, стицање, ширење, управљање, вођење, одржавање и продаја или други начин отуђења улагања“, док је термин „сличне ситуације“ задржан и замењен термином „сличне околности“ тек у моделу из 2004. године.

дискриминишуће дејство.⁶⁴⁷ Веће се затим позива на одлуку Међународног суда правде у предмету *ELSI Elettronica Sicula SpA* и изводи четворостепени тест за утврђивање повреде националног третмана који захтева постојање: 1) намерног понашања (енг. *intentional treatment*) 2) у корист домаћег субјекта а 3) против страног улагача и 4) које није предузето под сличним околностима према другом домаћем субјекту.⁶⁴⁸ На постојању дискриминаторне намере као конститутивног елемента повреде обавезе обезбеђивања националног третмана инсистирало је и арбитражно веће Међународног центра у спору *Genin v. Estonia*.⁶⁴⁹

Ипак, сматрамо да дискриминаторну намеру не би требало тумачити као један од конститутивних елемената повреде обавезе пружања националног третмана страним улагачима и њиховим улагањима. Овај став нам се чини оправданим из неколико разлога. Прво, будући да је повреда обавезе заштите као елемент одговорности државе за заштиту страног директног улагања чисто објективни концепт и подразумева понашање које је у нескладу са преузетом обавезом,⁶⁵⁰ постојање намере ни у ком смислу не доприноси постојању одговорности или ослобађању од ње, па зато не би требало ни да буде релевантно за утврђивање повреде националног третмана. Наравно, постоји могућност да је општи режим одговорности који не захтева постојање било каквог субјективног елемента дерогиран у односу на обавезу обезбеђивања националног третмана. Међутим, формулација ове обавезе у међународним улагачким споразумима и изворима унутрашњег права не указује да је дискриминаторна намера укључена као конститутивни елемент повреде обавезе. То је други разлог из ког сматрамо да дискриминаторну намеру не би требало посматрати као елемент теста за утврђивање повреде обавезе обезбеђивања националног третмана.

Када се из круга конститутивних елемената одговорности за повреду националног третмана изостави дискриминаторна намера, тест за утврђивање повреде овог стандарда се своди на три елемента: 1) утврђивање одговарајућег референтног

⁶⁴⁷ *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1 Decision on Liability, 3 October 2006, пасус 146.

⁶⁴⁸ *Ibidem*. Излажући цитиране услове, арбитражно веће у предмету *LG&E* се позвало на пресуду Међународног суда правде у предмету *ELSI*. Међутим, премда се може закључити да је судијско веће Међународног суда правде имало у виду изложене услове када је процењивао постојање повреде националног третмана, Суд те услове никада није експлицитно издвојио, нити поставио „тест“ за утврђивање повреде националног третмана о коме говори арбитражно веће у предмету *LG&E*.

⁶⁴⁹ *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/1, Award, 25 June 2001, пасус 369.

⁶⁵⁰ Аргумент из члана 2 Правила о одговорности.

домаћег улагача, у односу на кога ће се процењивати да ли је држава страног улагача ставила у неповољнији положај од домаћег, 2) утврђивање да ли је радња државе за коју страни улагач сматра да вређа обавезу националног третмана страног улагача довела у неповољнији положај и 3) утврђивање постојања образложења за предузимање такве радње. Овај тест је прихваћен у теорији⁶⁵¹ и великом броју одлука у међународним улагачким споровима⁶⁵².

У погледу идентификовања одговарајућег референтног домаћег улагача, у односу на кога ће се процењивати да ли је држава страног улагача ставила у неповољнији положај од домаћег међународна пракса показује различите приступе. С једне стране, постоје одлуке у којима су арбитри били мишљења да референтни домаћи улагач мора да се бави истом активношћу као и страни улагач, или бар да послује у истом сектору. Пример овог рестриктивног приступа налазимо у арбитражној одлуци у спору *ADF v. United States*.⁶⁵³ Канадска компанија ADF била је ангажована да, у оквиру концесионог пројекта изградње путева у америчкој држави Вирџинији, доставља челичне компоненте за изградњу мостова. Услови концесије су налагали да се челик од кога се израђују компоненте, као и саме компоненте, производе у Сједињеним Државама. Пошто је одбијен предлог компаније ADF да купује амерички челик али да га обрађује у својим канадским постројењима, ова компанија је покренула поступак против Сједињених Држава оптужујући их, између осталог, и за повреду националног третмана зајемченог Споразумом NAFTA, који је био меродаван за овај улагачки подухват. Арбитражно веће је одлучило да третман компаније ADF упоређује са америчким компанијама које се баве производњом челичних елемената, дакле са компанијама које се баве истом активношћу као и ADF.

Са друге стране, постоје и мишљења да би референтног домаћег улагача требало тражити на много ширем пољу. У поступку *Occidental v. Ecuador*,⁶⁵⁴ тужилац – америчка компанија која је улагање у Еквадор остварила склапањем уговора са локалном државном нафтном компанијом о истраживању и експлоатацији нафте,

⁶⁵¹ A. Bjorklund, „*National Treatment...*“ (*op. cit.*), стр. 37; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 199.

⁶⁵² Детаљно о овом питању, са навођењем одлука, вид. Кај Хобер, „State Responsibility and Attribution“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 548-583.

⁶⁵³ *ADF Group v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

⁶⁵⁴ *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Final Award, 1 July 2004.

тражила је повраћај пореза на додату вредност за куповину одређене опреме коју је користила за извођење свог улагачког подухвата. Након што су екваторске власти одбиле да врате новац убран на име пореза, *Occidental* је покренуо арбитражни поступак. Образлажући повреду националног третмана, тужилац је навео да екваторске компаније које извозе разне производе, као што су цвеће, плодови мора, дрвена грађа, палмино уље, уживају повластицу повраћаја пореза на додату вредност за производе које користе у својој пословној делатности. Еквадор је, са друге стране, бранио став да се евентуална повреда националног третмана може утврђивати само поређењем *Occidental*-а са другим екваторским извозницима нафте. Арбитражно веће је одбило да уско тумачи појам референтног домаћег улагача налазећи да је „(...) *сврха националног третмана да штити улагаче у односу на домаће произвођаче, а та сврха се не може постићи уколико се посматра само онај сектор у коме је нека одређена активност предузета*“⁶⁵⁵.

Изложене разлике у приступу је на леп начин сумирало арбитражно веће у предмету *Methanex v. United States*, држећи да би било исто толико погрешно да се, у ситуацији када постоји домаћи улагач у идентичној пословној активности прибегава поређењу са оним који се баве сличним активностима, колико би било погрешно да се у ситуацији када не постоје улагачи у идентичној активности одбије поређење са улагачима у сличним активностима.⁶⁵⁶ Међутим, нека арбитражна већа су, у ситуацији када објективно није било могуће пронаћи одговарајућег референтног домаћег улагача, стала на становиште да не могу да се изјасне о повреди националног третмана.⁶⁵⁷

У погледу утврђивања да ли је радња државе за коју страни улагач сматра да вређа обавезу националног третмана страног улагача довела у неповољнији положај, одлука у предмету *Pope & Talbot v. Canada* указује да ће неповољнији положај постојати онда када је страни улагач третиран на лошији од начин од најбоље третираног референтног домаћег улагача.⁶⁵⁸ Акцент је на практичном дејству које

⁶⁵⁵ *Ibid.*, пасус 173.

⁶⁵⁶ *Methanex v. United States*, Award, 3 August 2005, део IV, поглавље Б, пасус 17.

⁶⁵⁷ *Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 Award, 26 June 2003. У овом предмету, тужилац је истицао повреду националног третмана пред судовима државе пријемнице улагања. Арбитражно веће није могло да пронађе домаћег улагача који је учествовао у истој врсти поступка пред америчким судовима као и тужилац, па је зато одлучило да се уздржи од одлучивања о повреди националног третмана.

⁶⁵⁸ *Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 Award, 26 June 2003, пасус 110.

спорна радња има на страног улагача, а не на мотиву или циљу са којим је та радња предузета.⁶⁵⁹

Чак и уколико би страни улагач био стављен у фактички неповољнији положај од референтног домаћег улагача, сматра се да национални третман неће бити повређен под условом да постоји легитимно образложење за предузимање спорне мере.⁶⁶⁰ Арбитражно веће у предмету *Pope & Talbot v. Canada* је овај елемент теста објаснило тако да постојање било какве диференцијалне мере примењене према страном улагачу налаже арбитражном већу да испита да ли постоји разумна веза такве мере са рационалним привреднополитичким циљевима који нису мотивисани преференцијом за домаћа улагања над страним.⁶⁶¹ Уколико таква веза постоји, национални третман се неће сматрати повређеним. Тако су као легитимна образложења за примену диференцијалног третмана арбитражна већа прихватала потребу да се очува локална индустрија шећера која је од изузетног значаја за државу пријемницу,⁶⁶² или мере којима се штите посебности културних израза и други културнополитички циљеви.⁶⁶³ Исто тако, околност да се улагач упустио у активност која је противзаконита са становишта права државе пријемнице улагања преклудира могућност истицања повреде националног третмана.⁶⁶⁴

Премда је национални третман веома важан инструмент заштите права улагача који има дугу традицију, тешкоће са којима се улагачи срећу приликом доказивања да им је овај стандард ускраћен су учиниле да се улагачи више усмеравају ка истицању одговорности државе пријемнице за повреду других стандарда третмана, где је кршење примарне обавез лакше доказати.⁶⁶⁵

⁶⁵⁹ Вид. у том смислу *SD Myers Inc v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, пасус 55.

⁶⁶⁰ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 202.

⁶⁶¹ *Pope & Talbot v. Canada*, Award on Merits, 10 April 2001, пасус 79.

⁶⁶² *GAMI Investments v. Mexico*, Final Award, 15 November 2004, пасуси 114-115.

⁶⁶³ *United Parcelar Service of America v. Canada*, Award on the Merits, 24 May 2007, пасус 163.

⁶⁶⁴ *Thunderbird Gaming Corp v. Mexico*, Arbitral Award, 26 January 2006, пасуси 183.

⁶⁶⁵ A. Bjorklund, „*National Treatment...*“ (*op. cit.*), стр. 58.

2. Третман најповлашћеније нације

Као и принцип националног третмана, клаузула најповлашћеније нације је један од класичних инструмената уређења права учесника међународно-привредних односа.⁶⁶⁶ На њему се заснива и читав систем либерализације међународне трговине у оквиру Светске трговиснке организације, будући да је принцип најповлашћеније нације један од основних принципа ове организације.⁶⁶⁷

У општем случају, клаузула најповлашћеније нације подразумева да се било која повластица или привилегија коју држава која се обавезује да обезбеди статус најповлашћеније нације (држава-давалац статуса) одобри држављанима трећих држава, аутоматски признаје и држављанима државе у чију корист је уговорен статус најповлашћеније нације (држава-корисник статуса).

Сврха клаузуле најповлашћеније нације у међународном праву страних улагања је да прошири круг права страног улагача на тај начин што ће обезбедити да улагачи који имају националну припадност државе којој држава пријемница улагања признаје статус најповлашћеније нације не буду третирани неповољније од улагача из трећих држава у држави пријемници.⁶⁶⁸ Управо због овог ефекта проширивања круга права страних улагача у односу на онај који је прописан међународним уговором између државе порекла и државе пријемнице, неки аутори износе став да клаузула најповлашћеније нације није „обична“ одредба међународног уговора, већ „извор права

⁶⁶⁶ О настанку, развоју и примени клаузуле најповлашћеније нације вид. Andreas Ziegler, „Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 60-64; Pia Acconci, „Most-Favoured-Nation Treatment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 367-380.

⁶⁶⁷ Принцип најповлашћеније нације садржан је у члану I:1 Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ), који гласи: „У вези са царинама и другим дажбинама било које врсте које се намећу на увоз или извоз или се наплаћују на међународни трансфер средстава намењених за плаћање увоза или извоза, и у вези са начином утврђивања ових дажбина, као и са свим правилима и формалностима у вези са увозом и извозом, као и на сва питања која су предмет расправљања у ставовима 2 и 4 члана III, **све предности, погодности, повластице или изузећа које једна страна уговорница одобрава ма којем производу пореклом из или намењеном другој земљи, биће одмах и безусловно одобрени слично производу који је пореклом из или намењен територији свих осталих страна уговорница**“ (подвукао аутор). Ограничења домашаја принципа најповлашћеније нације садржана су у ставовима 2 и 3 члана I ГАТТ-а.

⁶⁶⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 206.

у извору права“, одредба која у основни међународни уговор уводи нове обавезе које њиме нису експлицитно прописане.⁶⁶⁹

Међутим, да би клаузула најповлашћеније нације могла да „прошири“ поље примене повластица и привилегија из уговора са трећом државом, потребно је да уговор са трећом државом и уговор са државом којој је признат статус најповлашћеније нације уређују исту врсту правних односа, тј. да имају исти циљ. Овај захтев се уобичајено назива принципом *eiusdem generis*. У противном, уколико не би постојао захтев сличности околности за примену клаузуле најповлашћеније нације, она би могла да води неоправданом ширењу поља одговорности државе за заштиту страних директних улагања.⁶⁷⁰ Ипак, и поред овог ограничења, клаузула најповлашћеније нације има потенцијално веома широко поље примене. Она може да улагачу који има националну припадност државе којој је признат статус најповлашћеније нације обезбеди не само оне додатне привилегије и повластице које држава пријемница улагања међународним споразумом јемчи улагачима из трећих држава, већ и све оне повластице и привилегије које тим улагачима *de facto* признаје у пракси.⁶⁷¹ Такође, новија арбитражна пракса стоји на становишту да клаузула најповлашћеније нације може да прошири субјективно дејство не само материјалноправних већ и процесноправних привилегија и повластица. Као што је то у једној скорашњој одлуци арбитражног већа под окриљем Међународног центра речено: „*Право на принудно спровођење обавеза државе пријемнице [према страном улагачу] је суштинска компонента самог материјалног права, а не потпуно засебно право*“⁶⁷².

Са становишта примарних правила о одговорности државе, свакако је много занимљивија анализа материјалноправних привилегија и повластица чије је дејство проширено посредством клаузуле најповлашћеније нације. Улагачи су често

⁶⁶⁹ А. Ziegler, *op. cit.*, стр. 64.

⁶⁷⁰ Вид. у том смислу: *Ibid.*, стр. 74-75; Р. Асconci, *op. cit.*, стр. 365.

⁶⁷¹ Вид. у том смислу: *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, пасус 206.

⁶⁷² *Hochtief AG v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 October 2011, пасус 66. Детаљно о проширењу субјективног поља примене процесноправних привилегија путем клаузуле најповлашћеније нације вид. Урош Живковић, „Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације у праву страних улагања и у праву Републике Србије“, *Право и привреда* бр. 10-12/2013, стр. 43-61, са даљим упућивањем на релевантну литературу и арбитражну праксу.

тражили проширење повластица које чине део правичног и поштеног третмана,⁶⁷³ па чак и проширење повластица које проистичу из тзв. „кишобран-клаузуле“⁶⁷⁴.

Тако се, на пример, у предмету *CME v. Czech Republic* међу странама као спорно поставило питање израчунавања вредности накнаде за експроприсано улагање.⁶⁷⁵ Меродавни холандско-чешки Споразум о заштити и подстицању улагања је предвиђао да је држава пријемница улагања дужна да исплати правичну накнаду. Чешка је сматрала да правичну накнаду представља „права вредност“ (енг. *genuine value*) експроприсаног улагања, док је тужилац, позивајући се на прецизнију одредбу америчко-чешког Споразума о заштити и подстицању улагања, а чију је примену желео да испослуже позивањем на клаузулу најповлашћеније нације из холандско-чешког Споразума, сматрао да правичну накнаду представља поштена тржишна вредност (енг. *fair market value*) експроприсаног улагања. Арбитражно веће је прихватило изложени аргумент тужиоца и одлучило да, због клаузуле најповлашћеније нације, накнада коју је Чешка дужна да исплати тужиоцу не сме да буде нижа од поштене тржишне вредности експроприсаног улагања.⁶⁷⁶

У предмету *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* тужилац тражио да се, посредством клаузуле најповлашћеније нације, садржаном у члану 3 Споразума о подстицању и заштити улагања између Велике Британије и Шри Ланке, на Шри Ланку примени строжији стандард одговорности за заштиту британских улагања на њеној територији од оног који би произлазио из одредаба о одговорности садржаних у

⁶⁷³ Вид. нпр. *Pope & Talbot v. Canada*, Award on Merits, 10 April 2001, пасуси 30-38; *ADF Group v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, пасуси 75-80; *Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, пасуси 139-140; *Lucchetti v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award, 7 February 2005, пасус 23.

⁶⁷⁴ *Impregilo S.p.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, пасус 223.

⁶⁷⁵ *CME v. Czech Republic*, Final Award, 14 March 2003, пасус 500.

⁶⁷⁶ Парадоксално, у поступку по спору који је проистекао из истог чињеничног основа (увођења нових, строжијих прописа у области информисања у Чешкој Републици и успостављања Савета за медије, надлежног (између осталог) да додељује дозволе за рад емитерима), али који је вођен на основу америчко-чешког Споразума о заштити и подстицању улагања (на чију примену се тужилац у предмету *CME v. Czech Republic* позивао), арбитражно веће је одбило тужбени захтев у делу који се односио на експропријацију тужиоцевог улагања јер је закључило да мере које је Чешка увела у области услова рада медија уопште не представљају недозвољено мешање у улагачка права. Вид. *Lauder v. Czech Republic*, Award, 3 September 2001, пасуси 196-204.

британско-шри-ланканском споразуму.⁶⁷⁷ Наиме, Споразум о заштити и подстицању улагања између Швајцарске и Шри Ланке не садржи одредбу којом се одговорност државе у случају да улагачу или његовом улагању буде нанета штета радњама државе током ратних операција или грађанских немира условљава околношћу да је до заплене или оштећења предмета улагања дошло ван непосредне борбе или није било последица нужде, док таква одредба постоји у британско-шри-ланканском споразуму. Како је у конкретном случају до оштећења улагачеве фабрике хране на Шри Ланки дошло управо услед операције коју су државне безбедносне снаге предузеле против локалних побуњеника, тужилац је желео да успостави одговорност државе пријемнице за ову штету. Међутим, након детаљне анализе и поређења формулација употребљених у одредбама о одговорности у шри-ланканским споразумима са Великом Британијом и Швајцарском, арбитражно веће је дошло до закључка да не може да прихвати тужиочев аргумент да швајцарско-шри-ланкански споразум предвиђа строжији режим одговорности државе пријемнице од шри-ланканског споразума са Великом Британијом, већ је стало на становиште да је концепт одговорности само другачије, односно детаљније формулисан у швајцарско-шри-ланканском споразуму.

Слично наведеном случају, и тужилац у спору *CMS v. Argentina* је тражио од арбитражног већа да утврди да се члан XI америчко-аргентинског споразума о заштити и подстицању страних улагања, а који предвиђа да, упркос осталим одредбама тог споразума, свака Страна уговорница има право да примени мере неопходне за заштиту јавног поретка, испуњење обавеза у погледу очувања и поновног успостављања међународног мира или безбедности, или за заштиту сопствених суштинских безбедносних интереса, не примењује на ограничење одговорности Аргентине према тужиоцу, јер слична одредба не постоји у другим споразумима о заштити и подстицању улагања које је закључила Аргентина.⁶⁷⁸ Арбитражно веће је стало на становиште да се из саме чињенице да у једном споразуму постоји одредба које нема у другом не може аутоматски извући закључак да један споразум предвиђа повољнији

⁶⁷⁷ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, пасус 26.

⁶⁷⁸ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пасус 343.

третман улагача од другог. Такође, веће је било и мишљења да принцип *eiusdem generis* свакако не би био задовољен у датом случају.⁶⁷⁹

У спору *MTD v. Chile* малезијски улагач је тражио од арбитражног већа да, применом клаузуле најповлашћеније нације, утврди да је Чиле био у обавези да, након што је одобрио тужиочево улагање, тужиоцу изда и одговарајуће дозволе како би могао да послује у Чилеу.⁶⁸⁰ Ова експлицитна обавеза није била предвиђена меродавним малезијско-чилеанским споразумом о заштити и подстицању страних улагања, али је постојала у чилеанским споразумима са Данском и Хрватском. Арбитражно веће је удовољило овом захтеву тужиоца, и то из два разлога: прво, зато што је оценило да је такво проширење у сагласности са сврхом правичног и поштеног третмана страних улагача и, друго, зато што могућност конкретно траженог проширења обавеза државе пријемнице није била експлицитно искључена из домашаја клаузуле најповлашћеније нације (за разлику од повластица у нпр. пореској материји, за које је експлицитно предвиђено да не могу да буду проширене дејством клаузуле најповлашћеније нације), па је, аргументом супротности, закључило да би могућност која није експлицитно забрањена требало сматрати дозвољеном.⁶⁸¹

Врло занимљив случај (покушаја) примене клаузуле најповлашћеније нације забележен је у спору *Tecmed v. Mexico*, где се тужилац, посредством клаузуле најповлашћеније нације садржане у меродавном шпанско-мексичком споразуму о заштити и подстицању страних улагања, позивао на одређене повластице и привилегије зајемчене споразумом о заштити и подстицању страних улагања између Мексика и Аустрије. Критична тачка аргумента у овом случају је била временска димензија. Наиме, спорни улагачки подухват је започет крајем осамдесетих година XX века, док је споразум између Мексика и Аустрије потписан тек половином 1998. године. Према томе, тужилац је заправо тражио ретроактивну примену повластица садржаних у мексичко-аустријском споразуму. Арбитражно веће је заузело став да су материјални стандарди заштите улагача од толике важности за државе-уговорнице да

⁶⁷⁹ *Ibid.*, пасус 377.

⁶⁸⁰ *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, пасус 86.

⁶⁸¹ *Ibid.*, пасуси 103 и 104.

морају да буду посебно преговарани у светлу свих релевантних околности и није допустило ретроактивну примену повластица.⁶⁸²

Питање повреде обавезе пружања третмана најповлашћеније нације било је предмет једне од инвестиционих арбитража против наше земље.⁶⁸³ У спорном случају, улагање страног улагача састојало се, између осталог и у давању кредита једном српском привредном друштву. Општим споразумом о сарадњи између страног улагача и друштва-корисника кредита било је предвиђено да ће се евентуална неизмирена потраживања улагача према кориснику претворити у деонице, у складу са прописима о својинској трансформацији који су били на снази у време закључења уговора о кредиту, тј. у време када је улагање остварено. Међутим, након што је улагање остварено, усвојен је и ступио на снагу Закон о престанку важења Закона о основама промене власништва друштвеног капитала, чиме је практично онемогућено претварање потраживања у деонице какво је било предвиђено уговором о кредиту између улагача и домаћег друштва. Корисник кредита је у једном тренутку престао да измирује своје обавезе из уговора о кредиту према улагачу, па се отворило питање статуса неизмирених потраживања. Улагач је покренуо инвестициони спор против Републике Србије тражећи, између осталог, накнаду штете због експропријације његовог улагања до које је дошло, по његовом виђењу, услед законске немогућности да се неизмирена потраживања према кориснику кредита претворе у деонице. У поступку пред арбитражним судом, улагач је истицао да на спорни уговор о кредиту не треба да се примењују одредбе Закона о престанку важења Закона о основама промене власништва друштвеног капитала, и то због дејства клаузуле најповлашћеније нације која је била садржана у меродавном споразуму о заштити и подстицању улагања закљученом између државе порекла страног улагача и Србије. Улагач је пред арбитражним судом настојао да докаже да, ако би се применила у спорном случају, клаузула најповлашћеније нације би деловала тако да на улагача прошири дејство стабилизационе клаузуле садржане у другом споразуму о заштити и подстицању

⁶⁸² Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 69.

⁶⁸³ X v. Serbia, Award, 23 September 2009, пасуси 190-206.

улагања, и то Конвенцији између Србије и Француске,⁶⁸⁴ која у споразуму о заштити и подстицању улагања између Србије и државе порекла улагача није постојала.

Начин на који је арбитражно веће анализило изложену аргументацију био је веома занимљив. Иако су заступници Србије одбрану заснивали на аргументима везаним за интертемпорални сукоб закона и немогућност примене клаузуле најповлашћеније нације у конкретном случају због саме природе стабилизационе клаузуле, арбитражно веће је пажњу задржало на једној другој околности. Наиме, у време када је улагач остварио своје улагање, питање власничке трансформације у Србији било је уређено путем два акта: савезним Законом о основама промене власништва друштвеног капитала (који је након што је улагање остварено укинута) и републичким Законом о својинској трансформацији. Док је савезни закон дозвољавао начелну могућност конверзије потраживања у деонице без временског ограничења, републички закон је предвиђао да у обзир за конверзију долазе само новчани дугови доспели до 31. децембра 1996. године, што би, у конкретном случају, имајући у виду да су улагачева потраживања доспела након рока предвиђеног републичким законом, значило да у тренутку остваривања улагања улагач није ни имао право на конверзију. Имајући у виду неусклађеност одредаба савезног и републичког закона, арбитражно веће је, дакле, сада требало да одлучи који је од два наведена акта меродаван. Будући да језик општег споразума о сарадњи закљученог између улагача и корисника кредита није био довољно индикативан у том смислу, арбитражно веће је одлучило да испита садржај оба закона који конкуришу на примену. Веће је утврдило да савезни закон предвиђа само општи оквир власничке трансформације, док републички закон садржи детаљна правила по којима власничка трансформација треба да се обави. Зато је одлучило да републички закон одреди као меродаван и, примењујући у њему садржано временско ограничење у погледу права на конверзију потраживања, закључило да у тренутку када је улагање остварено држава пријемница није ни имала обавезу да му омогући конверзију па, сходно томе, не постоји обавеза која би могла да се

⁶⁸⁴ Члан 4 француско-југословенске Конвенције о заштити инвестиција, који иначе прописује третман најповлашћеније нације, садржи и стабилизациону клаузулу којом се, за случај промене у мање повољном смислу прописа државе пријемнице меродавних за страну улагање, предвиђа да ће за страну улагање бити меродавни они прописи државе пријемнице улагања који су важили на дан када је предметно улагање одобрено.

„стабилизује“ све и када би се клаузула најповлашћеније нације применила на начин на који је то од већа тражио тужилац-страни улагач.⁶⁸⁵

Изложени закључак арбитражног већа показује да је суштинско испитивање домашаја и садржаја клаузуле најповлашћеније нације у спорном случају изостало, јер се решење проблема тражило на терену анализе садржаја законā чија је примена била спорна. Зато остаје да се види како ће у евентуалним будућим поступцима форуми за решавање улагачких спорова тумачити клаузуле најповлашћеније нације садржане у споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша држава, нарочито имајући у виду да је међународна пракса по питању тумачења овог типа одредаба прилично некохерентна.⁶⁸⁶

Међутим, насупрот гледишту по коме су клаузуле најповлашћеније нације својеврсне „нагазне мине“ у праву страних улагања које, својим потенцијалом да на различите начине прошире круг јемстава државе пријемнице улагања према страном улагачу,⁶⁸⁷ могу да доведу до неслућеног ширења домашаја обавезе заштите страних директних улагања, мислимо да је ове одредбе могуће посматрати и из нешто другачијег угла. Наиме, прописивањем да ће улагачи пореклом из држава које имају статус најповлашћеније нације у држави пријемници улагања бити третирани на начин који није неповољнији од начина на који се третирају држављани трећих држава, клаузуле најповлашћеније нације се теоријски могу сматрати инструментом унификације међународног права страних улагања јер омогућавају уједначавање третмана страних улагача пореклом из различитих држава. Међутим, у практичном смислу, може се поставити питање да ли државе пријемнице улагања заиста и желе овакву врсту унификације или се укључивање клаузула најповлашћеније нације у споразуме о заштити и подстицању страних улагања чини у одсуству пажње и свести о потенцијалном домашају ових одредаба.

Један могући одговор на ово питање би био да јемства улагачких права чији субјективни домашај клаузуле најповлашћеније нације проширују не потичу из неког „паралелног правног универзума“ и нису настале независно од воље државе пријемнице улагања, већ су прописане неким од извора права страних улагања који

⁶⁸⁵ X v. Serbia, Award, 23 September 2009, пасуси 338-350.

⁶⁸⁶ За такав закључак вид. P. Acconci, *op. cit.*, стр. 402.

⁶⁸⁷ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 254.

односну државу пријемницу њеном вољом и сагласношћу већ обавезује. Држава пријемница улагања се, дакле, *својом вољом* обавезала да улагачима пореклом из државе која има статус најповлашћеније нације пружи третман који неће бити неповољнији од третмана који пружа улагачима пореклом из трећих држава, баш као што се *својом вољом* обавезала да према неким улагачима своју обавезу заштите улагања постави шире него према другима.

Са друге стране, клаузула најповлашћеније нације чини да круг заштићених улагачких права није фиксиран у стању које је било на снази у тренутку када је споразум о заштити и подстицању улагања који садржи овакву одредбу почео да производи правна дејства, већ постаје динамична категорија чији се садржај и домашај мењају како држава која је одобрила статус најповлашћеније нације закључује нове међународне уговоре. Из те перспективе утемељеност претходно изложеног аргумента који се заснива на ставу да државе својом вољом одобравају статус најповлашћеније нације постаје спорна. Наиме, нема сумње да држава својом вољом одобрава статус најповлашћеније нације другој држави, али сматрамо да се из те околности не може аутоматски извести закључак да је држава која одобрава статус најповлашћеније нације желела да се одрекне било каквих ограничења у погледу ширења круга и домашаја заштићених улагачких права. Чини нам се да ова примедба налази своје утемељење поготово у погледу ширења круга и домашаја заштићених улагачких права на оне повољности које су предвиђене споразумима закљученим пре ступања на снагу споразума који садржи клаузулу најповлашћеније нације. Да је држава-давалац статуса заиста желела одобравање таквих повољности држављанима и правним лицима која имају националну припадност државе којој је одобрен статус најповлашћеније нације, сматрамо да би било једноставније да је такве повољности *expressis verbis* укључила у споразум, уместо што их посредно уводи клаузулом најповлашћеније нације.⁶⁸⁸

Не оспоравамо да пракса форумā за решавање улагачких спорова у погледу тумачења клаузула најповлашћеније нације заиста јесте разноврсна, неуједначена и понекад веома контроверзна. Али, сматрамо да се отклањање потешкоћа које из таквог

⁶⁸⁸ Вид. у том смислу Анекс III канадског модела споразума о заштити и подстоцању страних улагања из 2004. године, који предвиђа да се члан 4 (који уређује статус најповлашћеније нације) неће примењивати на повољности установљене билатералним или мултилатералним међународним уговорима који су ступили на снагу или су потписани пре ступања на снагу споразума о заштити и подстицању страних улагања који садржи клаузулу најповлашћеније нације.

приступа проистичу неће постићи априорним теоријским анатемисањем клаузула најповлашћеније нације као инструмента заштите права страних улагача већ, напротив, њиховим пажљивим састављањем.⁶⁸⁹ Тако, на пример, неки новији модели споразума о заштити и подстицању улагања, као што су канадски (2004), британски (2005), колумбијски (2007) или амерички (2012) врло детаљно уређују поље примене клаузуле најповлашћеније нације, настојећи да на тај начин отклоне евентуалне дилеме које би могле да се поставе у пракси у погледу њеног домашаја.⁶⁹⁰ У том смислу, нарочито похвално истичемо формулацију члана 3 српског модела споразума о заштити и подстицању улагања (2007). Ова одредба, након што на општи начин пропише обавезу сваке Стране уговорнице да улагањима улагача пореклом из друге Стране уговорнице на својој територији у погледу управљања, одржавања, коришћења, уживања или располагања улагањем обезбеди третман који није мање повољан од третмана који се обезбеђује домаћим улагачима или улагачима пореклом из треће државе, који год да је повољнији, садржи и два важна ограничења ове обавезе. Прво ограничење предвиђа да се клаузула најповлашћеније нације неће односити на проширење улагачких права која проистичу из споразума о чланству у економским унијама, царинским унијама, зонама слободне трговине, монетарним унијама или сличним међународним уговорима којима се успостављају такве уније или други облици регионалне сарадње, као ни на проширење улагачких права која проистичу из међународних уговора или других споразума који се делимично или у потпуности односе на опорезивање.⁶⁹¹ Друго и, у светлу дивергентне праксе форумā за решавање улагачких спорова, веома важно ограничење домашаја клаузуле најповлашћеније нације предвиђа да се клаузула најповлашћеније нације не односи на проширење привилегија у погледу доступности механизма за решавање улагачких спорова.⁶⁹²

Сматрамо да овако јасно и прецизно формулисана клаузула најповлашћеније нације заиста може да обезбеди потребну равнотежу и ефикасну заштиту интереса свих учесника међународног улагачког подухвата, али истовремено жалимо што овако формулисана клаузула најповлашћеније нације није доследно укључена у све

⁶⁸⁹ У том смислу и: Р. Ассонси, *op. cit.*, стр. 403-404.

⁶⁹⁰ Вид. члан 4 канадског модела споразума; члан 3 британског модела споразума; члан IV колумбијског модела споразума; члан 4 америчког модела споразума.

⁶⁹¹ Члан 3 став 3 српског модела споразума о заштити и подстицању улагања.

⁶⁹² Члан 3 став 4 српског модела споразума о заштити и подстицању улагања.

споразуме о заштити и подстицању улагања које је наша држава закључила након што је модел споразума састављен. Тако, на пример, Споразум са Данском из 2009. године садржи клаузулу најповлашћеније нације без икаквих ограничења њеног домашаја,⁶⁹³ док Споразуми са Португалијом (2009), Малтом (2010), Индонезијом (2011), Алжиром (2012) и Мароком (2013) садрже само ограничење у погледу права која произлазе из чланства држава-уговорница у економским интеграцијама и споразумима о опорезивању, али не и ограничење у погледу примене процесноправних привилегија.⁶⁹⁴ Клаузула најповлашћеније нације са свим ограничењима садржаним у моделу споразума доследно је примењена у Споразумима са Црном Гором (2009), Казахстаном (2010), Азербејџаном (2011) и Уједињеним Арапским Емиратима (2013).⁶⁹⁵

3. Поштовање обавеза преузетих појединачним уговорима између државе и страног улагача (кишобран-клаузула)

Држава пријемница улагања може да се обавезује према страним улагачима не само путем међународних уговора закључених са државом чију националну припадност има улагач и једностраних јемстава датих у унутрашњим изворима права који се примењују на страна улагања, већ и путем појединачних уговора са улагачима. Ти уговори могу да буду комерцијални (нпр. уговор о приватизацији), али могу да садрже и јавноправне елементе којима држава прихвата да ограничи или се привремено одрекне неког од својих суверених права како би се омогућило извођење самог улагачког подухвата (нпр. уговор о концесији). Без обзира да ли ови појединачни уговори имају јавноправне елементе или не, примарна обавеза, услови успостављања и ограничења одговорности као и последице постојања одговорности уређени су правом меродавним за сām такав уговор, што је по правилу право државе пријемнице улагања. Ови уговори најчешће садрже клаузулу о решавању спорова, којом стране уговарају надлежност изабраног форума (по правилу арбитражног суда) у случају да међу њима избије спор поводом уговора или у вези са њим. Уговорни однос између државе и

⁶⁹³ Вид. члан 3 Споразума са Данском.

⁶⁹⁴ Вид. члан 4 Споразума са Португалијом; члан 3 Споразума са Малтом; члан 3 Споразума са Индонезијом; члан 3 Споразума са Алжиром; члан 3 Споразума са Мароком.

⁶⁹⁵ Вид. члан 3 Споразума са Црном Гором; члан 3 Споразума са Казахстаном; члан 4 Споразума са Азербејџаном; члан 4 Споразума са Уједињеним Арапским Емиратима.

улагача, дакле, има типичне одлике привредноправног посла две једнакоправне стране, а одговорност из ових уговора је грађанскоправне природе.

Међутим, још од самог настанка двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања направљен је механизам да се грађанскоправна одговорност за испуњење обавеза преузетих појединачним уговором са страним улагачем „издигне“ на ниво међународне.⁶⁹⁶ Тај механизам је тзв. „кишобран-клаузула“ – одредба међународног улагачког споразума (билатералног или мултилатералног), којом се држава пријемница улагања обавезује да ће поштовати *све обавезе* које је преузела према улагачу који има националну припадност друге Стране уговорнице. Кишобран-клаузулом се обавезе преузете појединачним уговором према страном улагачу придружују међународноправним примарним обавезама заштите страних улагања, што за практичну последицу има могућност да се страни улагач позива на механизам за имплементацију правила о одговорности предвиђен међународним уговором који садржи кишобран-клаузулу у случају да држава повреди приватноправни уговор који је са њим закључила.⁶⁹⁷ Другим речима, у случају да држава повреди своју приватноправну обавезу из појединачног уговора са страним улагачем, на улагачу је избор да ли ће спор изнети пред форум чија је надлежност уговорена појединачним уговором, или ће се користити привилегијом кишобран-клаузуле и користити механизам за решавање спорова предвиђен међународним споразумом.

Кишобран-клаузула је присутна у значајном броју споразума о заштити и подстицању страних улагања који обавезују нашу државу.⁶⁹⁸ Типична формулација која се у овим споразумима користи је да се Стране уговорнице обавезују да у доброј вери поштују *све обавезе* које су преузеле у погледу појединог улагача из друге Стране

⁶⁹⁶ Први двострани споразум о заштити и подстицању страних улагања између Немачке и Пакистана из 1959. године је садржавао кишобран-клаузулу. Више о настанку и историјском развоју кишобран-клаузула вид. Anthony Sinclair, „The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection“, *Arbitration International* бр. 4/2004, стр. 411-434; Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*, Kluwer Law International 2010, стр. 174-176.

⁶⁹⁷ О механизму деловања кишобран-клаузула детаљније вид. Маја Станивуковић, „Кишобран-клаузула...“, *op. cit.*, стр. 32-56.

⁶⁹⁸ Вид. нпр. члан 8(2) Споразума са Аустријом; члан 2(2) Споразума са Белорусијом; члан 2(2) Споразума са Великом Британијом; члан 3(3) Споразума са Ганом; члан 2(4) Споразума са Грчком; члан 2(4) Споразума са Италијом; члан 3(6) Споразума са Кувајтом; члан 2(3) Споразума са Либијом; члан 3(4) Споразума са Холандијом; члан 3(1) Споразума са Хрватском; члан 9 Споразума са Швајцарском.

уговорнице. Управо овако широка формулација кишобран-клаузула рађа потребу њиховог тумачења како би се са сигурношћу утврдио њихов домашај.

До 2003. године, питање тумачења кишобран-клаузула се није сматрало нарочито спорним питањем ни у теорији ни пракси међународног права страних улагања.⁶⁹⁹ Међутим, током последње деценије пракса форумā за решавање улагачких спорова је показала оштру супротстављеност два суштински различита приступа тумачењу домашаја кишобран-клаузула.

Линија тумачења која сматра да кишобран-клаузуле имају широк домашај и да се односе на *све* обавезе које држава преузме према страним улагачима, без обзира да ли те обавезе преузима у комерцијалном или сувереном својству, јасно је исказана у одлуци о надлежности у спору *SGS v. Philippines*.⁷⁰⁰ Тумачећи кишобран-клаузулу садржану у швајцарско-филипинском споразуму о заштити и подстицању страних улагања,⁷⁰¹ арбитражно веће је заузело став да се појам „*све* обавезе“ може схватити само и једино на начин да на међународни ниво издиже *све* обавезе које је држава преузела према страном улагачу.⁷⁰² Тај став је додатно изнијансиран кроз два допунска образложења.

Прво, арбитражно веће је прецизирало да се кишобран-клаузулом као међународна обавеза успоставља само обавеза *испуњења* појединачних уговорних обавеза према улагачу, док питања домашаја и садржаја тих обавеза остају уређена унутрашњим правом и појединачним уговором.⁷⁰³ Премда неки аутори сматрају да је арбитражно веће овим покушало да ограничи домашај кишобран-клаузуле,⁷⁰⁴ нама се ипак чини да изложено прецизирање представља само логичну последицу иницијалног

⁶⁹⁹ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 168.

⁷⁰⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

⁷⁰¹ Кишобран-клаузула је садржана у члану X(2) швајцарско-филипинског споразума о заштити и подстицању улагања и гласи: „Свака Страна уговорница ће поштовати све обавезе у погледу улагања које на њеној територији оствари улагач из друге Стране уговорнице“ (у француском оригиналу: „*Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes ses obligations à l'égard d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur de l'autre Partie contractante*“). Текст споразума је доступан на веб-адреси: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf>.

⁷⁰² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on objections to jurisdiction, 29 January 2004, пасус 115.

⁷⁰³ *Ibid.*, пасуси 127-128.

⁷⁰⁴ М. Станивуковић, „*Кишобран-клаузула...*“ (*op. cit.*), стр. 49.

става да појам „*све обавезе*“ треба тумачити тако да се њиме жели постићи да *све* обавезе које је држава преузела према страном улагачу дођу под међународну заштиту, док је питање квалификације круга тих обавеза (тј. утврђивање домашаја појма „*све*“ у синтагми „*све обавезе*“) питање које зависи од сагласности воља страног улагача и државе пријемнице и уређено је њиховим међусобним уговором. Наиме, ако би међународни споразум *expressis verbis* одређивао све облике комерцијалних обавеза које долазе под његову заштиту путем кишобран-клаузуле, онда не би било никакве разлике између „*класичних*“, апсолутно одређених примарних обавеза, као што су забрана незаконите експропријације, правичан и поштен третман улагача и његовог улагања, пружање пуне заштите и безбедности улагању, омогућавање слободе трансфера средстава и „*изведених*“ примарних обавеза – оних које проистичу из кишобран-клаузуле. Поента кишобран-клаузуле би требало да буде давање могућности страном улагачу да пред форум за решавање улагачких спорова чија је надлежност предвиђена међународним споразумом између државе његовог порекла и државе пријемнице улагања изнесе и спорове поводом оних повреда његових улагачких права која не би могле да се квалификују као повреде неког од зајемчених стандарда третмана. Према томе, чини нам се логичним да уређење конкретног обима и домашаја међусобних права и обавеза државе пријемнице и страног улагача из појединачног улагачког уговора буде уређено управо самим тим уговором.

Друго појашњење је, међутим, знатно теже схватљиво. Наиме, арбитражно веће је изнело гледиште да, ако појединачни уговор између улагача и државе пријемнице садржи клаузулу којом се искључива надлежност за решавање спорова који проистекну из тог уговора или у вези са њим поверава државним судовима или арбитражи, онда тај форум треба да има предност приликом решавања евентуалних спорова поводом уговорних права улагача.⁷⁰⁵ Чини нам се да овај закључак арбитражног већа у великој мери ограничава предвиђену ефикасност кишобран-клаузула. Ако би се пратила изложена линија размишљања арбитражног већа, наметнуо би се закључак да кишобран-клаузула у практичном смислу може да се „*активира*“ тек уколико би држава пријемница одбила да учествује у појединачним уговором предвиђеном систему решавања спорова или уколико би на други начин опструирала поступак принудне

⁷⁰⁵ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, пасуси 134 и 155.

заштите улагачевих уговорних права. У противном, форум чија је надлежност предвиђена појединачним уговором има предност у расправљању спорова који проистекну из тог уговора или у вези са њим. Чини се, дакле, да је оваквим виђењем обавезности механизма решавања спорова из појединачног уговора или у вези са њим арбитражно веће отежало могућност страног улагача да позивањем на кишобран-клаузулу истиче повреде приватноправних обавеза државе пред форумом за решавање улагачких спорова који проистекну из повреде споразума о заштити и подстицању страних улагања и тиме ограничило домашај ове врсте клаузула.

Упркос критикама које се могу упутити изложеним деловима образложења одлуке у спору, широко тумачење домашаја кишобран-клаузуле је принципијелно прихваћено у још неколико значајних арбитражних одлука.⁷⁰⁶

Насупрот одлукама које признају широк домашај кишобран-клаузулама стоје одлуке у којима су арбитражи изразили мишљење да би кишобран-клаузула требало да се примењује само на оне појединачне уговоре у којима држава наступа у свом својству *ex iure imperii*. Прва одлука у којој су арбитражи рестриктивно тумачили домашај кишобран-клаузуле је одлука о надлежности у спору *SGS v. Pakistan*.⁷⁰⁷ Арбитражно веће је навело четири аргумента у прилог својој одлуци. Прво, ако би се кишобран-клаузула примењивала на повреду сваке комерцијалне обавезе државе према страном улагачу, то би могло да доведе до загушености форума за решавање међународних улагачких спорова чија је надлежност предвиђена међународним улагачким споразумима. Друго, ако би се кишобран-клаузула примењивала на сваку обавезу коју држава преузме према страном улагачу, за таквог улагача све остале примарне обавезе државе пријемнице садржане у међународном споразуму не би имале сврху, јер му општу заштиту пружа кишобран-клаузула. Треће, арбитражно веће је обратило пажњу на место кишобран-клаузуле у швајцарско-пакистанском споразуму о заштити и подстицању страних улагања (који је био меродаван извор права у датом случају) и, пошто је утврдило да се ова клаузула не налази међу одредбама којима се уређују

⁷⁰⁶ Вид. нпр. *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1 Decision on Jurisdiction, 30 April 2004, пасуси 164-175; *Eureko v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005, пасуси 246-250; *Noble Ventures Inc v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, пасуси 46-62; *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, пасуси 196-206; *Duke Energy v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28 Award, 18 August 2008, пасуси 314-325.

⁷⁰⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

материјалноправне обавезе већ при крају споразума, закључило да такво локализовање кишобран-клаузуле у међународном споразуму говори о непостојању заједничке намере Страна уговорница да кишобран-клаузули дају широк домашај. Коначно, четврто, ако би се прихватило да кишобран-клаузуле имају широк домашај, страни улагачи не би морали да поштују клаузуле о решавању спорова садржане у појединачним уговорима са државом пријемницом, јер би увек имали „прибежиште“ у клаузули о решавању спорова садржаној у међународном улагачком споразуму.⁷⁰⁸

Правац размишљања исказан у предмету *SGS v. Pakistan* пратиле су одлуке у предметима *El Paso v. Argentina*⁷⁰⁹ и *Pan America v. Argentina*⁷¹⁰. У наведеним одлукама арбитри су експлицитно заузели став да би дејство кишобран-клаузуле требало ограничити само на повреду обавеза које држава предузима према страном улагачу у свом својству носиоца империјума, што није *expressis verbis* било наведено у одлуци *SGS v. Pakistan*.

Иако су приступи тумачењу кишобран-клаузула још увек прилично неуједначени, стиче се утисак да новија арбитражна пракса стоји на становишту да би кишобран-клаузуле требало радије рестриктивно тумачити.⁷¹¹ Али, за разлику од управо изложене линије размишљања по којој би ограничење дејства кишобран-клаузула требало тражити на терену природе обавезе државе пријемнице према страном улагачу, у новијој пракси појављује се став да би под заштиту кишобран-клаузуле требало да дођу само теже повреде обавеза државе пријемнице према страном улагачу, независно од њихове природе. Ограничење дејства кишобран-клаузула треба, дакле, тражити на терену интензитета повреде обавезе, а не њене природе. Стандард који новија пракса уводи за процену постојања заштите зајемчене кишобран-клаузулом

⁷⁰⁸ *Ibid.*, пасуси 166-172.

⁷⁰⁹ *El Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, пасуси 66-82.

⁷¹⁰ *Pan American Energy v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, пасуси 100-110.

⁷¹¹ Вид. у том смислу: М. Станивуковић, „Кишобран-клаузула...“ (*op. cit.*), стр. 54-55; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 174-175

је стандард „значајног мешања“ (енг. *significant interference*) државе пријемнице (и свих ентитета чије јој се радње могу приписати) у улагачка права.⁷¹²

IV – ПРИПИСИВОСТ ПОВРЕДЕ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА ДРЖАВИ ПРИЈЕМНИЦИ

Да би се успоставила одговорност државе пријемнице улагања у случају повреде обавезе заштите страног директног улагања потребно је да се радње или пропуштања којима је обавеза заштите повређена могу приписати држави пријемници улагања. Под појмом приписивости подразумева се скуп услова који морају да буду задовољени како би се радње и пропуштања лица које их је непосредно предузело могле сматрати радњама државе, односно, у општем случају, оног колективног ентитета у односу на који се приписивање утврђује.⁷¹³ У општем међународном праву, критеријуми приписивости радњи и пропуштања држави кодификовани су у Правилима о одговорности држава за међународно недозвољене радње. Применљивост ових Правила на питање приписивости радњи држави пријемници улагања у међународном праву заштите страних улагања широко је прихваћена у пракси форумā за решавање улагачких спорова.⁷¹⁴ Тако се створила и специфична терминологија коју форуми за решавање улагачких спорова користе када примењују Правила о одговорности. У пракси форумā за решавање улагачких спорова усталио се обичај да се испитивање приписивости радњи и пропуштања државних органа држави (које се обавља у складу са чланом 4 Правила⁷¹⁵) назива *структуралним тестом*, испитивање

⁷¹² Вид. у том смислу: *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 Award, 12 May 2005, пасус 300; *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пасуси 310-312.

⁷¹³ Luigi Condorelli, Claus Kress, „The Rules of Attribution: General Considerations“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 221.

⁷¹⁴ Кај Hobér, „State Responsibility and Investment Arbitration“, *TDM* бр. 5/2005, стр. 5; Michael Feit, „Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity“, *Berkeley Journal of International Law* бр. 1/2010, стр. 146-147. У српској доктрини тако: Сања Ђајић, „Приписивост акта као услов одговорности државе код повреде међународних инвестиционих споразума“, *Правни живот* бр. 13/2009, стр. 949.

⁷¹⁵ Члан 4 Правила носи рубрум „Поступање државних органа“ и гласи: Поступање било ког државног органа сматра се актом те државе према међународном праву, без обзира да ли орган врши законодавну, извршну, судску или било коју другу функцију, без обзира на позицију органа у организацији државе, и без обзира на његов карактер као органа централне владе или територијалне јединице државе. Разлог означавања овог теста као структуралног налази се у околности да је за успостављање приписивости

приписивости радњи и пропуштања лица које је од државе овлашћено да делује у јавноправном својству (које се обавља у складу са чланом 5 Правила⁷¹⁶) назива се *функционалним тестом*, док је испитивање приписивости радњи и пропуштања лица која делују по упутствима и под контролом државе (које се обавља у складу са чланом 8 Правила⁷¹⁷) означено као *тест постојања државне контроле*.⁷¹⁸

Осим изложене специфичне терминологије, додатна посебност примене Правила о одговорности у међународном праву страних улагања огледа се у околности да, при утврђивању приписивости радњи недржавних ентитета држави пријемници, форуми за решавање улагачких спорова по правилу комбинују изложене тестове, што у општем међународном праву најчешће није случај.⁷¹⁹

Приписивост радњи државних органа држави ни у међународном праву страних улагања, као ни у општем међународном праву, по правилу не представља већи проблем, јер члан 4 Правила о одговорности изричито предвиђа да се радње државних органа аутоматски сматрају радњама државе.⁷²⁰ Оно што у контексту приписивости радњи државних органа држави може да се покаже као спорно јесте квалификовање одређеног ентитета као државног органа. Тако се, на пример, у улагачким споровима вођеним против Републике Србије као спорно постављало питање да ли Агенција за приватизацију представља државни орган чије се радње и пропуштања имају приписати Републици Србији. Решавајући ово питање, арбитражна већа су у обзир

потребно и довољно утврдити да лице или орган чије се поступање посматра припада државној структури.

⁷¹⁶ Члан 5 Правила носи рубрум „Поступање лица или ентитета која врше елементе јавне власти“ и гласи: Поступање лица или ентитета који нису државни органи према члану 4, али који су правом те државе овлашћени да врше јавну власт сматрају се актима државе према међународном праву, уколико лице или ентитет делује у својству вршиоца јавне власти у посматраном случају. Разлог означавања овог теста као функционалног налази се у околности да је за успостављање приписивости потребно утврдити да ли су поступања лица или ентитета у спорном случају била у функцији вршења јавне власти.

⁷¹⁷ Члан 8 Правила носи рубрум „Поступање којим управља или које контролише држава“ и гласи: Поступање лица или групе лица сматра се актом државе према међународном праву ако то лице или група лица поступају по упутствима државе, или су под њеном управом или контролом. За утврђивање приписивости потребно је, дакле, доказати постојање државне контроле над спорним поступањем, по чему је тест и добио име.

⁷¹⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 221.

⁷¹⁹ Вид. у том смислу R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 225, са детаљним навођењем одлука у којима се симултано примењују структурни, функционални и тест постојања државне контроле у фусноти 55.

⁷²⁰ Међутим, за приказ и анализу извесних колебања међународне арбитражне праксе по овом питању вид. С. Ђајић, *op. cit.*, стр. 937-942.

узимала начин оснивања Агенције, њену организациону структуру, начин постављања њених руководећих органа, начине остваривања надзора државе над њеним радом, као и природу основних делатности Агенције. У светлу тих околности, арбитражна већа су закључивала да се Агенција за приватизацију има сматрати органом Републике Србије и да су, сходно томе, радње Агенције приписиве држави.⁷²¹

Како приписивост радњи и пропуштања ентитета који немају статус државних органа ипак изазива више проблема у пракси, наша пажња ће се на овом месту концентрисати на питања испитивања приписивости радњи државних компанија (1) и приватних лица (2) држави пријемници улагања.

1. Приписивост радњи и пропуштања државних компанија држави пријемници улагања

Питање приписивости радњи и пропуштања државних компанија (јавних предузећа и компанија у државном власништву) држави пријемници улагања представља добар пример неопходности кумулативне примене структуралног, функционалног и теста постојања државне контроле. Једна од првих одлука у којима се детаљно разматрало питање приписивости радњи државних компанија држави пријемници улагања била је одлука о надлежности у предмету *Maffezini v. Spain*.⁷²² Шпанија је основала компанију названу *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (Друштво за индустријски развој Галиције, скр. SODIGA) која је са улагачем-тужиоцем закључила бројне уговоре кроз које је тужилац остваривао свој улагачки подухват, али и која је својим радњама и пропуштањима довела до неуспеха тог подухвата. Дајући одговор на питање да ли се радње и пропуштања друштва SODIGA могу приписати Шпанији, арбитражно веће је комбиновало структурални и функционални тест. При томе је детаљно објаснило методолошки приступ који је применило и разлоге који су га определили да тако поступи. Веће је најпре стало на становиште да чињеница да је држава директни или индиректни власник одређеног ентитета ствара обориву претпоставку да је такав ентитет државни ентитет. Међутим, да би се даље утврдило да ли је такав ентитет државни орган у смислу члана 4 Правила о одговорности или не, потребно је применити функционални тест и утврдити да ли је његова примарна

⁷²¹ X v. Serbia, Award, 23 September 2009, пасус 413; Y v. Serbia, Award, 17 March 2010, пасус 91.

⁷²² Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 Decision on Jurisdiction, 25 January 2000, пасуси 71-89.

делатност комерцијалне или јавноправне природе. Уколико би се показало да је примарна делатност државног ентитета јавноправне природе, такав ентитет ће се сматрати државним органом и, сходно члану 4 Правила о одговорности, све његове радње и пропуштања биће приписиве држави пријемници улагања. У супротном, приписиве ће бити само оне радње које су предузете у вршењу јавноправних овлашћења које је држава поверила таквом ентитету.

Структуралном и функционалном тесту приписивости арбитражна већа у споровима *Salini v. Morocco* и *Impregilo v. Pakistan* додала су и критеријум постојања државне контроле над управљањем ентитетом у државном власништву, што је посебан услов приписивости предвиђен чланом 8 Правила о одговорности.⁷²³

Нарочито занимљив пример кумулативне примене тестова за утврђивање приписивости представља једна од инвестиционих арбитража вођених против наше државе, где се поставило питање приписивости радњи једног друштвеног предузећа Републици Србији.⁷²⁴ Арбитражно веће је најпре стало на становиште да друштвена својина представља облик својине специфичан за раније југословенско право, који се не може аутоматски поистоветити са државном својином. Затим је, као и у претходно наведеним случајевима, применило структурални тест и утврдило да држава именује чланове управног одбора предузећа, што је било довољно за успостављање *претпоставке* приписивости, услед чега се морало прибећи функционалном и тесту постојања контроле државе. Испитујући постојање државне контроле над радњама предузећа, арбитражно веће је утврдило да су чланови управног одбора слободно и без икаквог утицаја државе доносили одлуке о питањима везаним за испуњење уговорних обавеза према тужиоцу-улагачу и да за те своје одлуке нису били у обавези да полагају рачун држави. Како је и основна делатност посматраног предузећа била комерцијална а не јавноправна, арбитражно веће је утврдило да нема места приписивости радњи и пропуштања тог друштвеног предузећа Републици Србији.⁷²⁵

⁷²³ Вид. у том смислу: *Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, пасус 32; *Impregilo S.p.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, пасуси 209-215.

⁷²⁴ *X v. Serbia*, Award, 23 September 2009.

⁷²⁵ *Ibid.*, пасуси 310-317.

Са друге стране, нека арбитражна већа су, у случајевима када је требало утврђивати приписивост радњи јавних предузећа која обављају чисто комерцијалне активности прибегавало „скраћеној верзији“ изложена три теста. Скраћење се огледа у околности да се испитивало само постојање државне контроле над управљањем и радом јавног предузећа у односу на чије радње и пропуштања се испитивала приписивост (сходно члану 8 Правила о одговорности), али су као један од елемената за утврђивање постојања државне контроле посматрала и начин именовања органа управе јавног предузећа и њихову (не)самосталност у вођењу послова предузећа. Тако је, на пример, у предмету *Eurotunnel* арбитражно веће, испитујући приписивост радњи и пропуштања француског јавног предузећа за железнички саобраћај SNCF (фр. *Société Nationale des Chemins de Fer*) Француској нарочито у обзир узимало начин именовања чланова управног одбора предузећа и утицај државе на доношење пословних одлука.⁷²⁶ Сама одлука о приписивости је, међутим, у конкретном случају изостала, јер је арбитражно веће, под радном претпоставком да су радње и пропуштања SNCF приписива Француској, утврдило да је тужбени захтев неоснован. Стога није било потребе да се детаљно утврђује постојање приписивости, јер би материјалноправни исход спора у сваком случају био исти.

Пракса форумā за решавање улагачких спорова, међутим, бележи и примере да су арбитри приликом испитивања приписивости радњи и пропуштања компанија у државном власништву држави која их поседује у знатној мери одступили од одредаба Правила о одговорности. Тако су, на пример, у предмету *Noble Ventures v. Romania*, након што су утврдили да румунски ентитети у погледу чијих радњи се утврђивала приписивост не представљају државне органе, арбитри изнели једно прилично необично гледиште. Наиме, уместо да приступе функционалном тесту и испитају да ли је конкретна спорна радња чија се приписивост утврђује предузета у извршавању јавноправних овлашћења или представља комерцијални акт, арбитри су закључили да нема сврхе правити ову разлику јер међународно право не даје јасне критеријуме за разликовање аката *ex iure imperii* од аката *ex iure gestionis*, те да треба испитивати приписивост сваке радње, независно од њене природе.⁷²⁷

⁷²⁶ *Eurotunnel v. United Kingdom and France*, Partial Award, 30 January 2007, пасуси 362-364.

⁷²⁷ *Noble Ventures Inc v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, пасус 82.

Коментатори наведене одлуке су оштро критиковали овакав приступ истичући да се од Правила о одговорности не сме одступити само зато што је у конкретним околностима тешко утврдити разлику између аката *ex iure imperii* и *ex iure gestionis*, и подсећајући да Правила о одговорности предвиђају апсолутну приписивост само у односу на радње државних органа, а не и недржавних ентитета.⁷²⁸

2. Приписивост радњи и пропуштања приватних лица држави пријемници улагања

Испитивање приписивости радњи и пропуштања приватних лица држави пријемници улагања са теоријске тачке гледишта представља веома деликатан задатак. Наиме, опште је правило међународног права да радње и пропуштања приватних лица нису приписиве држави.⁷²⁹ Међутим, Правила о одговорности омогућавају одступање од тог правила тако што, у свом члану 8, прописују да ће радње и пропуштања појединаца или група лица бити приписиве држави уколико су та лица поступала према упутствима и под контролом неке државе.

Да би се радње и пропуштања приватних лица приписале држави, потребно је најпре да постоји фактичка веза између државе и лица у погледу чијих радњи се утврђује приписивост. Та веза може да се огледа у финансирању појединаца или групе лица од државе, њиховом организовању, обучавању и опремању за извршење спорних радњи и сл.⁷³⁰ Осим постојања фактичке везе, потребно је да држава има тзв. „ефективну контролу“ над радњама и пропуштањима приватних лица, која се огледа у доказу да је држава активно подржавала или учествовала у управљању спорним радњама или пропуштањима.⁷³¹ У доктринарним радовима који коментаришу члан 8 Правила истиче се да је тражени доказ често веома тешко извести, што одредбу члана 8

⁷²⁸ С. Ђајић, *op. cit.*, стр. 942; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 224.

⁷²⁹ Коментар уз члан 8 Правила о одговорности, пасус 1. Детаљно о настанку, развоју и импликацијама изложеног правила вид. уместо свих: Olivier de Frouville, „Attribution of Conduct to the State: Private Individuals“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 261-263.

⁷³⁰ Тако: O. de Frouville, *op. cit.*, стр. 268.

⁷³¹ Вид. у том смислу: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Judgment on the Merits, 27 June 1986, пасуси 64-65.

чини тешком за примену у пракси.⁷³² Такође, неки аутори указују и на концепцијске мањкавости овог правила јер оно, захтевом да противправно понашање приватних лица мора да буде жељено од државе, према њиховом тумачењу поставља одговорност државе у случају приписивости радњи и пропуштања приватних лица као субјективну, што је супротно општем концепту одговорности државе у међународном праву, који не захтева постојање кривице.⁷³³

Једна од првих одлука форумā за решавање улагачких спорова у којој се расправљало питање приписивости радњи приватних лица држави пријемници улагања била је одлука у предмету *Amco v. Indonesia*.⁷³⁴ Америчка компанија *Amco* склопила је уговор са локалном индонежанском компанијом *PT Wisma*, којим је на себе преузела обавезу развоја хотела и пословног комплекса на локалитету који је био у власништву индонежанског сауговарача. Међу сауговарачима су у једном тренутку избиле несугласице које су кулминирале преузимањем хотела које је *PT Wisma* обавила уз помоћ индонежанских оружаних снага. Током преузимања хотела, индонежанске оружане снаге су у великом броју изашле на лице места, али су се држале пасивно, што је тужилац квалификовао као притисак да препусти хотел компанији *PT Wisma*. Како је сām акт преузимања хотела извела компанија *PT Wisma*, тужилац је настојао да докаже приписивост њених радњи Индонезији. У том смислу, тужилац је инсистирао на околности да је индонежански војни врх био близак руководству компаније *PT Wisma*, јер је на њеном челу стајао пензионисани генерал.

Арбитражно веће се, међутим, у овом случају уздржало од испитивања приписивости радњи приватних лица (запослених у компанији *PT Wisma*) Индонезији, већ је испитивало противправност радњи и пропуштања самих државних органа Индонезије. Веће је тако утврдило да је Индонезија директно повредила обавезу заштите страних улагања на својој територији тиме што није успела да очува *status quo* у погледу управљања хотелом док се спор између сауговарача не разреши. Арбитри, дакле, као спорну нису гледали радњу чињења (заузимање хотела од стране компаније

⁷³² С. Ђајић, *op. cit.*, стр. 945; Бојан Милисављевић, „Приписивост као услов одговорности у међународном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2012, стр. 188; К. Нобер, *op. cit.*, стр. 563.

⁷³³ Тако: О. de Frouville, *op. cit.*, стр. 268.

⁷³⁴ *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 November 1984, пасуси 159-172.

PT Wisma) већ пропуштање индонезијских оружаних снага да спрече запослене у *PT Wisma* да заузму хотел који је држала компанија *Amco*.

У спору *Tradex v. Albania*⁷³⁵ као једно од спорних питања се поставила приписивост Албанији радњи мештана локалног села Мали Колај који су узурпирани посед страног улагача, грчке компаније *Tradex*. Покушавајући да докаже приписивост радњи локалних мештана, тужилац је истицао да су они били подстакнути Одлуком бр. 452 о поступку приватизације и реструктурирања сеоских газдинстава усвојеним пар недеља пре него што је дошло до узурпације улагања, као и једним политичким говором тадашњег албанског премијера Берише изговореним након усвајања спорне Одлуке. Премда тужилац није био изричит да приписивост треба процењивати са ослоном на члан 8 Правила о одговорности, из његове аргументације произлази да је настојао да докаже да су мештани деловали према упутствима и под контролом Албаније. Арбитражно веће је утврдило да се у конкретном случају не може сматрати да се радње локалних мештана могу приписати Албанији и то образложило на следећи начин: „(...) чак и да су мештани били подстакнути Одлуком бр. 452 и Беришиним говором да заузму улагачев посед, то не би био довољан основ да се њихове радње припишу држави Албанији, а тужилац није понудио ниједан други доказ приписивости“⁷³⁶. Штавише, веће је након излагања овог става упутило на одлуку у предмету *Amco* и указало да чак ни много активнија умешаност државе у узурпацију страног улагања није довољна да би се утврдило да су радње приватних лица приписиве држави.⁷³⁷

Својеврсна синтеза ставова праксе форумā за решавање улагачких спорова у погледу приписивости радњи и пропуштања приватних лица држави пријемници улагања дата је у одлуци у предмету *Jan de Nul*. Ту је арбитражно веће, испитујући приписивост радњи и пропуштања Управе Суецког канала (енг. *Suez Canal Authority*, скр. *SCA*), стало да становиште да је: „[м]еђународна судска пракса врло захтевна у погледу приписивања радњи лица или ентитета држави и кумулативно захтева постојање опште државне контроле над лицем или ентитетом у односу на чије

⁷³⁵ *Tradex Hellas v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Award, 29 April 1999.

⁷³⁶ *Ibid.*, пасус 165.

⁷³⁷ *Ibidem*.

радње се оцењује приписивост и контролу над конкретном радњом чија се приписивост оцењује. То се назива тестом ефективне контроле⁷³⁸.

Наведени случајеви показују да је доказивање приписивости радњи и пропуштања приватних лица држави пријемници улагања било практично неизводљив задатак због тежине терета доказивања који би тужилац у том случају морао да поднесе. Одговорност државе у случају да је страном улагачу причињена штета радњама приватних лица би се евентуално могла конституисати као одговорност за пропуштање саме државе (тј. њених органа) да заштити страном улагање на својој територији и то кроз повреду стандарда пуне заштите и безбедности. Тада би се изазов тежине доказивања са којим тужилац мора да се суочи пренео са терена приписивости на терен утврђивања повреде обавезе пружања физичке заштите страном улагачу и његовом улагању, где би тужилац морао да докаже да је држава пријемница пропустила да примени дужну пажњу у заштити улагања.⁷³⁹

V - СИНТЕЗА – ОПШТЕ ОДЛИКЕ УСЛОВА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

Анализа услова одговорности државе за заштиту страних директних улагања указује на неколико закључака.

Прво, обавеза заштите страног директног улагања најчешће обухвата обавезу уздржавања од незаконите експропријације страног улагања, обавезу поштеног и правичног третмана страног улагања, пружања пуне заштите и безбедности, као и омогућавање слободног трансфера улагачких средстава. Државе својом вољом овај круг обавеза могу да прошире и тиме поопште своју одговорност, додајући примарној обавези нове елементе, као што би то, на пример, била обавеза стабилизовања правног система у тренутку у коме је улагање остварено или регистровано. Такође, државе имају могућност да у извесној мери и ублаже своју одговорност тако што ће одређена улагачка права оставити ван поља међународноправне заштите, и то било рестриктивнијим дефинисањем појма заштићеног улагања, било ограничењима поља примене *ratione materiae* одређених стандарда заштите.

⁷³⁸ Jan de Nul v. Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 Award, 6 November 2006, пасџ 173.

⁷³⁹ Вид. у том смислу пододељак 3.1 одељка II ове Главе.

Друго, садржај обавезе заштите страног директног улагања може да буде одређен и посредно, тако што ће се улагачу јемчити третман који није неповољнији од третмана који уживају домаћи улагачи (национални третман) или улагачи из треће државе (третман најповлашћеније нације). Поред ових начина одређивања (или допуне) садржаја примарне обавезе, који су заступљени и у другим областима међународних привредних односа, за међународно право страних улагања је карактеристично посредно одређивање садржаја обавезе заштите страног директног улагања путем кишобран-клаузуле. Ова клаузула омогућава да се грађанскоправна обавеза коју држава преузме према страном улагачу издигне на ниво међународне и уђе „под кишобран“ заштите међународног извора права страних улагања који обавезује државу пријемницу улагања и државу порекла улагача. Међутим, пракса форумā за решавање улагачких спорова у погледу тумачења домања кишобран-клаузула је веома хетерогена. Због тога ова врста одредаба представља несигуран вид одређивања или проширивања садржаја обавезе заштите страних директних улагања који може довести до претераног ширења поља одговорности државе пријемнице улагања.

Треће, чак и када је садржај обавезе заштите страног директног улагања одређен самостално, пракса форумā за решавање улагачких спорова у погледу тумачења доказаности повреде обавезе заштите није увек једнообразна. Недоследности су примећене нарочито у погледу схватања услова постојања индиректне експропријације, домања поштеног и правичног третмана као и значаја каузалне везе у случају да до повреде обавезе пружања пуне заштите и безбедности страном улагању долази пропуштањем државе пријемнице улагања.

Четврто, двострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања имају велики значај за отклањање нејасноћа које могу да се јаве у погледу тумачења садржаја и домања обавезе заштите страних директних улагања. Међутим, двострани споразуми који обавезују Републику Србију не одређују увек довољно прецизно и економски уравнотежено садржај обавезе заштите. Ово је веома важно истаћи јер свака мањкавост при формулисању садржаја обавезе заштите страног директног улагања која за последицу има ширење одговорности државе пријемнице улагања може да има потенцијално далекосежне штетне последице. То је стога што свака улагачка повластица која није дата с намером већ проистиче из недовољно прецизно

формулисаних одредаба којима се уређују примарне обавезе заштите страних улагања путем клаузула најповлашћеније нације (које садрже безмало сви двострани улагачки споразуми који обавезују нашу земљу) може да се прошири на велики круг улагача.

Пето, како би избегле пропусте у формулисању двостраних споразума о заштити и подстицању улагања, многе државе састављају моделе ових споразума који им служе као преговарачка платформа у процесу закључивања нових споразума. Иако је наша држава саставила модел споразума о заштити и подстицању страних улагања 2007. године, приликом закључивања споразума након те године није се увек водило рачуна о неким веома важним механизмима ограничења одговорности државе пријемнице улагања које тај модел споразума садржи.

Шесто, досадашње искуство наше земље у улагачким арбитражама показује да би Србија требало да више пажње поведе о превентивним аспектима обавезе заштите страних директних улагања на својој територији. Наиме, у обе до сада мериторно окончане арбитраже против наше земље утврђено је да је један од органа чије се радње приписују држави – Агенција за приватизацију – манљиво поступала према страним улагачима. Иако је одговорност наше државе у оба случаја стицајем по нас повољних околности изостала, сматрамо да би у сваком случају требало много више пажње да се поведе о начину на који се страни улагачи у нашој држави третирају, јер сваки пропуст у том погледу Србију излаже потенцијално веома високој обавези накнаде штете која таквим манљивим поступањем настане.

ГЛАВА V

ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Чак и уколико се држави пријемници улагања може приписати радња или пропуштање која би се, посматрана изоловано од осталих околности случаја, могла сматрати повредом обавезе заштите страних директних улагања, то ипак не значи да ће таква радња или пропуштање нужно водити успостављању одговорности. Наиме, ако су радња или пропуштање који представљају повреду обавезе заштите страних директних улагања учињени у ситуацији која се може квалификовати као неки од основа искључења одговорности,⁷⁴⁰ неће се сматрати да је држава пријемница улагања учинила међународно недозвољено дело и њена одговорност ће изостати. У теорији се истиче да основи искључења (међународне) одговорности у ствари представљају правна средства којима се остварује опште право државе на самоодржање и самозаштиту, јер ови основи омогућавају државама да у ванредним околностима делују тако да од себе или својих грађана отклоне непосредно предстојећу или већ

⁷⁴⁰ Неки аутори, као нпр. професор Аго (вид. R. Ago, „*Le délit...*“ *op. cit.*, стр. 532-533), критикују употребу израза „основи искључења одговорности“ и сматрају да треба користити термин „основи искључења недопуштености“ (фр. „*circonstances excluant l'illicéité*“). Према таквом гледишту, смисао признавања екскулпирајућег статуса изузетним околностима је у искључењу, тј. поништавању неприхватљивости саме радње или пропуштања које је у основи међународно недозвољеног дела, и без које самог дела, сходно томе, ни нема, па одговорност нема из чега да произађе. Према Агоовом схватању, међународно недозвољена радња или пропуштање које се може приписати држави аутоматски и нужно повлачи за собом одговорност такве државе, јер је управо то сврха сâмог концепта међународно недозвољеног дела (фр „*délit international*“). Сходно томе, према његовом мишљењу одговорност се не може искључити без искључења недозвољености радње или пропуштања која је у њеној основи. Ипак, с обзиром на то да сви основи искључења одговорности не делују на исти начин (неки делују тако што поништавају недозвољеност предузете радње, али постоје и они који само онемогућавају успостављање одговорности иако се међународна обавеза и даље сматра повређеном), у овом раду смо се одлучили да користимо термин који се усредсређује на релевантну последицу – изостанак одговорности, а не на узрок тог изостанка. Детаљно о развоју појма основа искључења одговорности и о различитим схватањима у том погледу вид. Sandra Szurek, „The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness“, у: James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 427-438.

наступелу опасност чак и радњама и пропуштањима које не би били сагласне са међународним правом да су предузете у редовним околностима.⁷⁴¹

Основи искључења одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања привукли су велику пажњу теорије и праксе након аргентинске економске кризе. Суочена са великим бројем поступака у којима су страни улагачи истицали да им је повредила улагачка права мерама које је предузимала да би превладала последице кризе у којој се нашла,⁷⁴² Аргентина се бранила да је поступала у стању нужде, те да зато њена одговорност за повреду обавезе заштите страних улагања треба да буде искључена. Закључци које су у тим случајевима извела арбитражна већа Међународног центра, али и закључци других форума за решавање улагачких спорова пред којима су се питања искључења одговорности постављала у поступцима против других држава и много пре аргентинске кризе, омогућавају врло детаљно проучавање основа одговорности државе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања.

У светлу наше хипотезе о специфичној природи одговорности државе за заштиту страних директних улагања, у овој Глави ћемо најпре показати да основи искључења одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања показују посебности у односу на опште основе искључења међународне одговорности држава. То је видљиво већ из околности да одређени основи искључења одговорности предвиђени општим међународним правом, као што су сагласност повређене државе, дозвољене противмере или невоља, по природи ствари не могу бити основи искључења одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања, али и из околности да у међународном праву страних улагања постоје неки основи искључења одговорности који нису својствени општем међународном праву,

⁷⁴¹ Више о основима искључења одговорности као средствима остваривања права на самоодржање и самозаштиту држава у контексту међународног права страних улагања вид. Andrea Bjorklund, „Emergency Exceptions: State of Necessity and *Force Majeure*“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 465-466.

⁷⁴² Мартинез примећује да је до 7. јануара 2009. године против Аргентине само пред Међународним центром покренуто 33 поступка због мера предузетих у оквиру борбе против економске кризе, а том броју треба додати и необјављене *ad hoc* арбитраже. Вид. Alexis Martinez, „Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2010, стр. 315.

као што је, примера ради, споразумно утврђено искључење одговорности у случају економске нужде, али ће бити детаљно приказано и кроз анализу начина испољавања оних основа искључења одговорности који су заједнички праву страних улагања и општем међународном праву.

Такође, у светлу хипотезе о правилима о одговорности за заштиту страних директних улагања као инструменту мотивисања свих учесника међународног улагачког подухвата на економски разумно понашање, испитаћемо и улогу основа искључења одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања као механизам за постизање равнотеже интереса страног улагача и државе пријемнице улагања. У том погледу, настојаћемо да, кроз анализу различитих извора права страних улагања, утврдимо да ли су ови основи постављени тако да, са једне стране, дозвољавају понашање несагласно са обавезом заштите страних директних улагања само у јасно дефинисаним изузетним околностима, како страни улагач не би био изложен ризику да држава пријемница улагања може без икаквих последица да ускрати заштиту његовом улагању у ситуацијама које по својој природи не оправдавају одступање од међународних обавеза, али и да ли, са друге стране, омогућавају држави пријемници улагања да несметано предузме мере које ће бити најприкладније за избегавање или превазилажење поменутих изузетних околности.

Да бисмо проверили изложене хипотезе и одговорили на постављена питања најпре ћемо анализирати тзв. опште основе искључења одговорности, тј. оне који су заједнички праву страних улагања и општем међународном праву (II) а затим и посебне основе, тј. оне који су специфични за право страних улагања (III). Сумирајући резултате истраживања истаћи ћемо главне карактеристике основа искључења одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања (IV).

II - ОПШТИ ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ

Општи основи искључења међународне одговорности држава кодификовани су у глави V Правила о одговорности. Ти основи обухватају: пристанак оштећене државе (члан 21), самоодбрану (члан 22), противмере предузете поводом међународно противправног дела (члан 23), вишу силу (члан 23), невољу (члан 24), нужду (члан 25) и поштовање перемпторне норме међународног права (члан 26).

Имајући у виду предмет овог рада, наша пажња ће се задржати на оним општим основима који су у досадашњој пракси форумā за решавање улагачких спорова коришћени за искључење одговорности државе за заштиту страних директних улагања. То су виша сила (1.) и нужда (2.).

1. Виша сила

Виша сила (фр. *force majeure*) представља класичан основ ослобођења од одговорности за неиспуњење обавезе.⁷⁴³ У модерно доба овај институт, који је зачет још у римском праву (*ad impossibilia nemo tenetur*), први пут је кодификован у Француском грађанском законнику, да би се потом пренео у бројне друге националне кодификације грађанског права.⁷⁴⁴ Из сфере унутрашњег права концепт више силе као оправданог основа немогућности испуњења обавезе прешао је и у међународно право. Тако је још почетком XX века Стални арбитражни суд стао на становиште да виша сила има своје место не само у приватном већ и у међународном праву, јер међународно право, како је то Суд образложио, мора да се прилагођава новим политичким потребама.⁷⁴⁵ Од тада су се државе често позивале на вишу силу као основ ослобођења од одговорности у случајевима неиспуњења својих међународних обавеза,⁷⁴⁶ па је отуда оправдано претпоставити да виша сила има своје место и у систему правила о одговорности држава за заштиту страних директних улагања. Међутим, пре него што испитамо својства концепта више силе у праву заштите страних директних улагања (1.2), потребно је да утврдимо природу и дејство овог института у општем међународном праву (1.1).

⁷⁴³ M. Shaw, *op. cit.*, стр. 796. У литератури су исказана мишљења да је концепт искључења одговорности услед више силе толико широко прихваћен да представља општи правни принцип. Вид. у том смислу: R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 187.

⁷⁴⁴ A. Martinez, *op. cit.*, стр. 316.

⁷⁴⁵ „[t]he exception of force majeure (...) may be raised in public international law as well as in private law; international law must adapt itself to political exigencies“. The Russian Indemnity Case (Russia v. Turkey), Award, 11 November 1912, стр. 12.

⁷⁴⁶ Коментар уз члан 23 Правила о одговорности, пасус 1, са упућивањем на одговарајуће статистике и приказе судске праксе. Треба, међутим, напоменути да је због високог стандарда доказивања више силе, позивање на овај основ искључења међународне одговорности ретко кад било успешно.

1.1 Виша сила у општем међународном праву

Према члану 23 став 1 Правила о одговорности, противправност радње државе која није у складу са међународном обавезом те државе је искључена ако је спорна радња последица више силе, тј. неотклоњиве (спољне) силе или непредвиђеног догађаја који се десио ван контроле те државе и који, у датим околностима, представља материјалну немогућност за испуњење обавезе. Држава која је повредила међународну обавезу не може да се позива на вишу силу ако је околност која представља вишу силу самостално или у садејству са осталим факторима изазвана понашањем те државе или ако је држава својим поступањем прихватила ризик наступања ситуације која представља вишу силу.⁷⁴⁷

Коментатори члана 23 Правила о одговорности уочавају три конститутивна елемента инстутута више силе у међународном праву: непредвидљивост, неотклоњивост и спољност догађаја који представља вишу силу.⁷⁴⁸

Непредвидљивост догађаја подразумева не само околност да држава која је повредила своју међународну обавезу у конкретном случају није *предвидела* догађај који представља вишу силу, већ и да је догађај који представља вишу силу, с обзиром на све околности конкретног случаја, био *објективно непредвидљив*.⁷⁴⁹ То значи да се стандард непредвидљивости не може поставити апстрактно, већ се његово постојање мора процењивати с обзиром на конкретне околности сваког појединачног случаја. Тако се, на пример, не би могла заступати теза да нека природна непогода, као што су, рецимо, обилне кише које доведу до одрона пута којим се улагачева фабрика снабдева сировинама и којим транспортује своје готове производе, сама по себи представља догађај више силе. Наиме, за државе које се налазе у изразито сушним поднебљима, описани догађај би могао да представља вишу силу ако, с обзиром на климатске карактеристике конкретне државе, у њој није било разумно очекивати велике кише па су путеви грађени тако да се не отопа на високим температурама, а не да поднесу велике поплаве. Са друге стране, сматрамо да изузетно обилне кише, чак и ако би по

⁷⁴⁷ Вид. члан 23(2) Правила о одговорности.

⁷⁴⁸ Sandra Szurek, „Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: *Force Majeure*“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 477.

⁷⁴⁹ Коментар уз члан 23 Правила о одговорности, пасус 2.

обиму превазилазиле просечне вредности за дато подручје, не би могле да се квалификују као појавни облик више силе у државама које се, примера ради, налазе у монсунским појасевима и где велика количина падавина по природи ствари треба да се очекује па, сходно томе, и начин изградње инфраструктурних објеката мора да се уподоби екстремним климатским условима.

Неотклоњивост догађаја који представља вишу силу представља околност да је сила са којом се суочила држава која је повредила своју међународну обавезу била таква да та држава није могла да је избегне или јој се супротстави сопственим средствима и снагама.⁷⁵⁰ Сила која је довела до повреде међународне обавезе може да буде последица деловања природних фактора (нпр. земљотрес), али и радњи људи и других држава. У стручној литератури се као примери догађаја који представља неотклоњиву силу наводе повреде међународног права до којих долази услед немогућности државе која је повредила своју међународну обавезу да се супротстави радњама устаничког или сепаратистичког покрета на својој територији или инвазији или окупацији учињеној од треће државе.⁷⁵¹

Коначно, услов *спољности* догађаја који представља вишу силу налаже да је виша сила у потпуности изазвана дејством спољашњих фактора, тј. да држава која је повредила своју међународну обавезу није ни директно ни индиректно, ни потпуно ни делимично, утицала да наступи ситуација која представља вишу силу.

Да би могао да се квалификује као виша сила, догађај услед кога је држава повредила своју међународну обавезу мора да доведе до *потпуне* немогућности испуњења обавезе о којој се ради. Само отежавање испуњења обавезе, у коликој год мери да се испољава, није довољно да би се догађај који је отежавање испуњења изазвао сматрао вишом силом.⁷⁵² Исто тако је у међународној пракси утврђено да економска изнудица по својој природи не може да се сматра вишом силом. У предмету

⁷⁵⁰ *Ibidem*.

⁷⁵¹ S. Szurek, „*Force Majeure...*“ (*op. cit.*), стр. 477. У истом смислу и професор Шо цитира случај *Gill* (вид. M. Shaw, *op. cit.*, стр. 796), где је арбитражно веће утврдило да Мексико није одговоран за пропуст у заштити британског држављанина чија је кућа у Мексику уништена у изненадном и непредвиђеном нападу противника мексичке владе јер у конкретним околностима Мексико није могао ништа да уради да би у тако изненадној ситуацији спречио повреду права британског држављанина или отклонио последице напада.

⁷⁵² Rainbow Warrior, Award, 30 April 1990, стр. 553; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 187; S. Szurek, „*Force Majeure...*“ (*op. cit.*), стр. 478.

Serbian Loans, на пример, Стални суд међународне правде је одбио аргумент да тешка финансијска ситуација до које је дошло услед Првог светског рата и због које Србија није могла да отплаћује своје обавезе у уговореној валути може да се квалификује као виша сила.⁷⁵³

Имајући у виду изложене одлуке и доктринарне ставове, може се закључити да међународно право прихвата уско постављен концепт више силе. Сходно томе, доказивање више силе представља веома захтеван задатак јер је праг услова за њено постојање постављен прилично високо, па су државе пред међународним форумима често биле неуспешне у образлагању да њихова одговорност за повреду међународног права треба да буде искључена услед дејства више силе.⁷⁵⁴

1.2 Виша сила у међународном праву страних улагања

Развој концепта више силе у међународном праву страних улагања одражава разлику у схватању природе и дејства више силе у континенталним и англо-саксонским правним системима. Док у континенталним правним системима виша сила представља општи институт облигационог права, англо-саксонски правни системи су, у недостатку идентичног концепта, до 1863. године прихватили вишу силу само као општи основ искључења *вануговорне* одговорности. Виша сила се зато у англо-саксонским правним системима мора експлицитно предвидети у уговору да би неспорно била прихваћена као основ искључења одговорности за неиспуњење уговорних обавеза.⁷⁵⁵ Имајући у виду да опште међународно право, до усвајања нацрта Правила о одговорности држава 2001. године, није садржавало кодификована правила о вишој сили, клаузуле о искључењу одговорности за повреду обавеза заштите страних улагања су уношене у мултилатералне и билатералне изворе права заштите страних улагања.⁷⁵⁶

Једна од ретких одлука форумā за решавање улагачких спорова у коме је виша сила утврђена као основ ослобођења одговорности за повреду права страних улагача је одлука Трибунала за америчко-иранска потраживања у предмету *Gould Marketing Inc.*

⁷⁵³ Case concerning Serbian Loans, Judgment, 12 July 1929, стр. 39-40.

⁷⁵⁴ S. Szurek, „*Force Majeure...*“ (*op. cit.*), стр. 480.

⁷⁵⁵ R. D. Bishop, J. Crawford, W. M. Reisman, *op. cit.*, стр. 1172.

⁷⁵⁶ Преглед различитих врста клаузула о искључењу одговорности за заштиту страних улагања услед више силе вид. *Ibid.*, стр. 267-273.

v. *Ministry of National Defense of Iran*. Америчка компанија *Gould Marketing* закључила је 1975. године уговор са иранским Министарством одбране којим се обавезала да у наредних десет година Министарству доставља електронску опрему и пружа услуге обучавања за употребу те опреме и старања о њеној исправности, као и да у ту сврху обезбеђује стално присуство свог представника у Ирану. Како су током 1978. године у Ирану почели да избијају грађански немири који су претходили револуцији, *Gould* је повукао свог представника из Техерана, на шта је иранско Министарство реаговало обуставом плаћања по уговору, након чега је *Gould*, током наредне године, престао да испуњава уговорне обавезе у погледу одржавања опреме. Занимљиво је приметити да су и једна и друга уговорна страна у поступку пред Трибуналом одрицале да је виша сила узрок неиспуњења уговорних обавеза. Међутим, арбитражно веће је стало на становиште да иранска исламска револуција и немири који су јој претходили представљају „класичне услове више силе, барем у највећим иранским градовима“⁷⁵⁷. Према мишљењу арбитра, спорни немири су били резултат дејства друштвених и економских снага које Иран није могао да контролише применом дужне пажње.⁷⁵⁸ Сходно томе, арбитражи су закључили да је ситуација више силе онемогућила и једну и другу страну да испуне своје уговорне обавезе, те да је уговор међу њима наступањем услова више силе окончан.

Нешто другачије је било становиште истог Трибунала у одлукама у предметима *Amoco*⁷⁵⁹ и *Phillips Petroleum Company Iran*⁷⁶⁰. У наведеним одлукама, арбитражи су стали на становиште да виша сила није довела до окончања уговора, већ само до суспензије његовог извршења. Овакав закључак последица је различитих околности које су постојале у предмету *Gould Marketing* са једне и *Amoco* и *Phillips* са друге стране. Док у првом случају уговор између америчког улагача и иранског Министарства није садржавао клаузулу више силе, у потоња два случаја такве клаузуле су постојале.

⁷⁵⁷ *Gould Marketing Inc. v. Ministry of National Defense of Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 49, Award, 27 July 1983, *Iran-US CTR* vol. 3, стр. 152-153.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, стр. 153.

⁷⁵⁹ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987, *Iran-US CTR* vol. 15, стр. 189 et seq.

⁷⁶⁰ *Phillips Petroleum Company Iran v. Iran and the National Iranian Oil Company*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 39, Award, 29 June 1989, *Iran-US CTR* vol. 21, стр. 79 et seq.

Њиховим тумачењем, арбитраи су дошли до закључка да је намера уговорних страна и у предмету *Amoco* и у предмету *Phillips* била да, ако би дошло до деловања више силе, уговор не би био окончан већ само суспендован током периода у ком су стране онемогућене да га испуњавају. Овај став је додатно потврђен понашањем уговорних страна у оба случаја, јер су оне наставиле са испуњавањем уговора кад су немири у Ирану престали.

Ипак, важно је имати у виду да су све наведене одлуке донете у периоду пре усвајања Правила о одговорности. То значи да је у том периоду основни начин уређивања применљивости и дејства више силе било укључивање одговарајућих егзонерационих клаузула у уговоре између улагача и државе пријемнице улагања или уговарање права неке државе континенталног правног круга као меродавног за улагачки подухват, будући да општи међународноправни режим више силе још увек није био довољно детаљно регулисан. У практичним условима, то значи да би могућност за успешно истицање аргумента више силе могла да постоји по правилу само у оним ситуацијама када страни улагач и држава пријемница улагања имају директан уговорни однос, јер ће само тада моћи да предвиде примену егзонерационе клаузуле или уговоре меродавност права државе која познаје вишу силу као општи услов искључења одговорности. Уколико страни улагач и држава пријемница улагања не би били у директном уговорном односу, постојала би велика вероватноћа, као што смо показали у Глави II овог рада, да за питање одговорности државе пријемнице улагања буде меродавно међународно право које, како смо истакли у претходном одељку, познаје уско постављен, па сходно томе тешко доказив, концепт више силе.

Као што би се из горе реченог могло и очекивати, није нам познато да је након усвајања Правила о одговорности држава аргумент више силе био успешно истакнут пред форумима за решавање улагачких спорова. У најмање две одлуке донете у претходној деценији арбитражна већа Међународног центра су се бавила питањем више силе, али су у оба случаја нашла да се догађаји које су тужене државе представљале као вишу силу (протести венецуеланског становништва против повећања царина, што је онемогућило извршавање уговора о концесији са страним улагачем, односно аргентинска економска криза) нису испуњавали конститутивне елементе више

силе.⁷⁶¹ Ипак, у оба случаја је детаљнија анализа испуњености услова из члана 23 Правила о одговорности изостала.

У сваком случају, чак и у одсуству праксе која би дала смернице за тумачење члана 23 Правила о одговорности у контексту одговорности државе за заштиту страних директних улагања, чини нам се оправданим претпоставити да ће и форуми за решавање улагачких спорова, баш као и међународни судови и међудржавни и арбитражни судови, усвојити рестриктиван приступ у тумачењу испуњености услова за постојање више силе, те да ће испуњеност овог услова искључења одговорности, колико год примамљиво изгледао туженим државама, у пракси бити тешко доказати, што значи да ће овај институт вероватно ретко кад бити успешно примењен.

2. Нужда

Нужда⁷⁶² представља ситуацију у којој држава повређује неку од својих међународних обавеза да би заштитила суштински интерес коме прети озбиљна и непосредна опасност. За разлику од више силе, која искључује било какав избор од стране државе која је погођена догађајем који представља вишу силу јер неодољивост догађаја који је у основу више силе у потпуности онемогућава државу да испуни своју међународну обавезу, па се стога сматра *објективним* основом искључења одговорности, нужда представља *субјективни* основ одговорности, јер у случају нужде испуњење међународне обавезе није постало немогуће, већ је повреда међународне обавезе последица *одлуке*, односно *избора* државе да жртвује један интерес да би заштитила други, који процењује виталнијим и важнијим.⁷⁶³

Најпре ћемо укратко приказати како је концептуализована нужда у општем међународном праву (2.1), да би смо након тога анализирали значај нужде као основа искључења одговорности државе у међународном праву страних улагања (2.2).

⁷⁶¹ *Autopista de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5 Award, 23 September 2003, пасус 129; *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 Award, 12 May 2005, пасус 227.

⁷⁶² У ранијим верзијама нацрта Правила о одговорности коришћен је термин „стање нужде“ (енг. *state of necessity*). Усвојена верзија из 2001. године учинила је терминолошку измену у том погледу и уместо израза „стање нужде“ прихватила израз „нужда“.

⁷⁶³ Sarah Heathcote, „Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity“, у: James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 491.

2.1 *Нужда у општем међународном праву*

Пре усвајања Правила о одговорности држава стање нужде је често коришћено као оправдање за повреде међународног права узроковане превасходно политичким разлозима, као што су разне екстратериторијалне војне интервенције, анектирања и окупације страних држава или делова њихових територија.⁷⁶⁴ Правила о одговорности су, како то неки аутори сликовито квалификују, „припитомила“ услове позивања на нужду тако што су прецизно дефинисала случајеве у којима се овај основ искључења одговорности може применити и, истовремено, сузила поље његове примене.⁷⁶⁵

Члан 25 став 1 Правила о одговорности држава предвиђа да држава која је повредила своју међународну обавезу може да се позива на нужду само ако је радња којом је повредила своју обавезу била једини начин да заштити неки суштински интерес од озбиљне и непосредне опасности (енг. *grave and imminent peril*) и уколико повредом међународне обавезе није озбиљно повређен интерес државе или држава према којима је повређена међународна обавеза установљена, или интерес целе међународне заједнице. Могућност позивања на нужду је искључена у случају да је природа повређене међународне обавезе таква да не дозвољава искључење одговорности у случају нужде, као и у случају када је држава која је из нужде повредила своју међународну обавезу допринела наступању стања нужде.⁷⁶⁶ Према томе, нужда као основ искључења међународне одговорности државе има три конститутивна елемента: 1) постојање озбиљне и непосредне претње по суштински државни интерес; 2) повреду међународне обавезе као једину могућност отклањања претње по суштински интерес и 3) специфичан однос вредности који се огледа у околности да интерес заштићен повредом међународне обавезе има већу важност од повређене међународне обавезе.

Услов постојања *озбиљне и непосредне претње по суштински државни интерес* може се даље рашчланити на два подуслова: постојање суштинског државног интереса и постојање озбиљне и непосредне претње по тај интерес. Суштински карактер државног интереса није унапред фиксирана и непроменљива категорија, већ се

⁷⁶⁴ Вид. у том смислу примере наведе у пасусима 4-9 Коментара уз члан 25 Правила о одговорности.

⁷⁶⁵ У том смислу: S. Heathcote, *op. cit.*, стр. 492-494.

⁷⁶⁶ Вид. чл. 25 ст. 2 Правила о одговорности.

процењује у односу на конкретне околности сваког датог случаја.⁷⁶⁷ Типични примери интереса који су у досадашњој пракси оквалификовани као суштински су: очување животне средине, одржавање безбедности државе и њеног становништва у ванредним ситуацијама, обезбеђивање воде и хране за становништво у угроженим регионима, и сл. Заједничке карактеристике описаних облика нужде навеле су неке ауторе да закључе да, иако не постоји унапред одређена и фиксна дефиниција ситуација које су подобне да представљају нужду, ипак мора да постоји шири консензус у међународној заједници о суштинској природи спорног интереса.⁷⁶⁸ Није довољно да само држава која је повредила одређену међународну обавезу простим позивањем на нужду квалификује интерес који је штитила као суштински. Озбиљност и непосредност претње се, према мишљењу Комисије за међународно право, има ценити објективно, тако да чисто субјективан и ничим поткрепљен страх државе да постоји могућност да наступи одређена опасност није довољан за постојање нужде.⁷⁶⁹ То, међутим, не значи да држава не може превентивно да делује и да спречи угрожавање неког суштинског интереса пре него што је опасност заиста и наступила. Напротив, држава би могла да се позива на нужду и када у тренутку када је повредила своју међународну обавезу озбиљна и непосредна претња по неки суштински интерес још увек није наступила, али се са објективне тачке гледишта, на основу разумног тумачења доказа расположивих у моменту када је доношена одлука о поступању из нужде, може закључити да би таква претња извесно настала у неком тренутку, колико год тренутак остваривања те ситуације био удаљен у будућности.⁷⁷⁰ Сходно томе, чини нам се да је прави смисао нужде као основа искључења међународне одговорности управо у превентивном деловању којим се спречава угрожавање неког суштинског интереса пре него што се *претња* претвори у конкретно *дешавање или радњу* и настану штетне последице по тај интерес.

Други конститутивни елемент нужде подразумева да повреда међународне обавезе представља *једину* могућност отклањања претње по суштински интерес.

⁷⁶⁷ Коментар уз члан 25 Правила о одговорности, пасус 15.

⁷⁶⁸ S. Heathcote, *op. cit.*, стр. 497. Парафразирајући латинску формулацију субјективног елемента обичаја као извора међународног права (*opinio iuris sive necessitatis*), професорка Хиткоут описани консензус у погледу суштинског карактера интереса који се у случају нужде штити назива *opinio necessitatis*.

⁷⁶⁹ Коментар уз члан 25 Правила о одговорности, пасус 16.

⁷⁷⁰ Вид. у том смислу: Gabčíkovo-Nagymaros Project, Judgment, 25 September 1997, пасус 54.

Комисија за међународно право је експлицитно изнела став да се држава која је повредила своју међународну обавезу не може позивати на нужду ако је у конкретном случају постојала могућност да предузме неку меру дозвољену међународним правом, колико год та мера била скупља или мање комфорна за примену од радње или пропуштања којима је повређена међународна обавеза.⁷⁷¹ Терет доказивања околности да је повреда међународне обавезе била једини могући начин заштите неког суштинског интереса је, разумљиво, на држави која се позива на нужду.⁷⁷²

Коначно, да би држава која је повредила своју међународну обавезу могла да се позове на нужду, неопходно је да је интерес који је повредом обавезе заштитила *веће важности или вредности* од повређене међународне обавезе. Управо овај вредносни елемент нужде представља главну разлику између нужде и више силе јер је, да би се позвала на нужду, држава дужна да претходно процени и одмери вредност и значај интереса који намерава да заштити и интереса који намерава да жртвује. Ова процена не сме да буде субјективна, већ би требало да се обавља се ослоном на неки научни модел, као што су правила теорија игара и рачунања вероватноће наступања одређених последица у свакој од две могуће стратегије коју држава може у нужди да примени (стриктно поштовање међународних обавеза или њихова повреда).⁷⁷³

2.2 Нужда у међународном праву страних улагања

Међународни суд правде се питањем применљивости нужде као основа искључења одговорности државе у међународном праву страних улагања бавио у предмету *Gabčíkovo-Nagymaros*.⁷⁷⁴ Спор је избио због одлуке Мађарске да не примени одређене обавезе из споразума предузимању заједничких инвестиционих радова на регулацији тока реке Дунав који је закључила са Словачком. У поступку пред судом, Мађарска је бранила став да, иако је одлучила да не примени одређене обавезе из споразума, није одлучила да не примењује споразум у целини, и да је њена непримена одређених обавеза из споразума изазвана „стањем еколошке нужде“⁷⁷⁵. Наиме,

⁷⁷¹ Коментар уз члан 25 Правила о одговорности, пасус 15.

⁷⁷² Вид. у том смислу издвојено мишљење судије Анцилотија у случају Oscar Chinn, пасус 7.

⁷⁷³ Вид. у том смислу: Jorge E. Viñuales, „State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law“, *Law and Business Review of the Americas* vol. 14/2008, стр. 97-98.

⁷⁷⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, 25 September 1997.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, пасус 40.

Мађарска је сматрала да, када би се спорне обавезе испуниле и пројекат регулације у свему извео онако како је било договорено, дошло би до померања корита реке, вода би у новом току спирала одређене слојеве земљишта што би угрозило њену чистоћу, па би услед тога приобална флора и фауна била неминовно осуђена на пропаст.

Анализирајући да ли је Мађарска заиста била у стању нужде, Суд је применио члан 33 тада актуелне верзије нацрта Правила о одговорности, а која се суштински не разликује од данас важећег члана 25 Правила.⁷⁷⁶ Суд је најпре стао на принципијелно становиште да не може бити спорно да заштита животне средине и очување еколошке равнотеже представљају суштински државни интерес, јер је у последњим деценијама обезбеђивање здраве животне средине постало једна од општих међународних обавеза држава.⁷⁷⁷ Међутим, да би утврдио да ли је поступање Мађарске могло да буде оправдано нуждом, Суд је морао да испита да ли је у конкретном случају постојала опасна и непосредна опасност по животну средину, и то је, заправо, било централно питање у погледу постојања нужде у посматраном спору. Премда је прихватио могућност да проширење и измена положаја корита Дунава доведе до ерозије приобалног земљишта, Суд је закључио да све и када би до тога дошло, поремећај квалитета воде не би могао моментално да доведе до оштећења или уништења флоре и фауне. Другим речима, евентуалним загађењем воде Дунава би био започет релативно спор процес поступне деградације приобалне флоре и фауне, а временска димензија тог процеса би оставила маневарски простор Мађарској за накнадно превентивно деловање и предузимање додатних мера заштите. Штавише, управо због недовољне брзине евентуалне деградације флоре и фауне, није било могуће са потребном извесношћу утврдити потенцијалне последице по приобални биљни и животињски свет, па самим тим није било могуће оценити ни да ли је евентуална опасност која би била изазвана извођењем радова на регулацији тока Дунава у складу са словачко-мађарским

⁷⁷⁶ Тада важећа верзија члана 33 Правила о одговорности је гласила: „Држава не може да се позове на стање нужде као основ искључења противправности радње те државе која није у сагласности са неком њеном међународном обавезом, осим ако: а) је спорна радња била једини начин заштите неког неког суштинског интереса државе од озбиљне и непосредне опасности; и б) спорна радња није озбиљно угрозила неки суштински интерес према којој је [повређена] међународна обавеза постојала. У сваком случају, држава не може да се позива на стање нужде ако је : а) повређена међународна обавеза проистекла из перемпторне норме међународног права; или б) повређена међународна обавеза проистекла из међународног уговора који искључује могућност позивања на стање нужде у односу на повређену обавезу, или в) држава која се позива на стање нужде допринела његовом наступању“. Наведено према: *Ibid.*, пасус 49.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, пасус 53.

споразумом заиста озбиљна, што је стандард захтеван Правилима о одговорности за дозвољеност истицања нужде као оправдавајуће околности неиспуњења међународне обавезе. Према томе, Суд је нашао да у конкретном случају Мађарска није успела да докаже да је опасност која би претила по животну средину у случају испуњења обавеза из мађарско-словачког споразума заиста озбиљна и непосредна, па је у складу са тим одбио аргумент да је Мађарска поступала из нужде.⁷⁷⁸

Допуштеност позивања на стање нужде и последице примене овог правног средства били су испитивани и у неколико инвестиционих арбитража вођених поводом мера које је Аргентина предузела према страним улагачима на њеној територији борећи се са економском кризом у првој деценији XXI века. Међутим, треба унапред напоменути да је у тим арбитражама искључење одговорности услед стања нужде често мешано са непостојањем одговорности због примене допуштених мера ограничења права страних улагача предвиђених меродавним двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, што, без обзира што доводи до истог исхода спора, ипак представља методолошку грешку. Будући да клаузуле о допуштеним мерама ограничења заштите права страних улагача имају другачију природу и дејство од нужде као основа искључења одговорности државе пријемнице улагања, овде ћемо се задржати само на питањима која се тичу позивања на стање нужде, док ћемо се допуштеним мерама бавити у оквиру наредног одељка ове Главе.

Прво спорно питање у вези са нуждом које се отворило у инвестиционим арбитражама односило се на начелну могућност примене члана 25 Правила о одговорности на ослобођење од одговорности државе пријемнице према страном улагачу. У спору *BG v. Argentina* арбитражно веће је стало на становиште да позивање на члан 25 Правила о одговорности не би било од помоћи Аргентини да се ослободи одговорности према страном улагачу јер се цитирана одредба примењује само у односу на међународне обавезе између суверених држава, па тужилац као приватни улагач свакако не би био лишен права на накнаду штете према меродавном британско-аргентинском споразуму о заштити и подстицању страних улагања све и када би Аргентина успешно доказала да је поступала из нужде.⁷⁷⁹

⁷⁷⁸ *Ibid.*, пасус 53-57.

⁷⁷⁹ *BG Group v. Argentina*, Award, 24 December 2007, пасус 408. Цитирани пасус одлуке гласи: „Члан 25 [Правила о одговорности] може да се односи само на међународне обавезе између суверених држава. Из

Премда би се на прво читање цитираног дела одлуке могао стећи утисак да је арбитражно веће одбило могућност позивања на нужду као основ искључења одговорности за заштиту страног улагања према улагачу који је приватноправни а не јавноправни субјект, наш утисак је да је арбитражно веће ово питање ипак оставило отвореним. Наиме, веће није експлицитно искључило могућност примене члана 25 Правила о одговорности у контексту мешовите арбитраже уопште, него је (само) изразило мишљење да наведена одредба у конкретном случају „не би била од помоћи“ (енг. „(...) *Article 25 would be of little assistance* (...)“) Аргентини да се ослободи обавезе накнаде штете страном улагачу. Међутим, како се види из наставка одлуке, такав став арбитражног већа не произлази из његовог става да члан 25 Правила није применљив у конкретном случају (о томе се арбитражно веће заправо није ни изјашњавало), већ зато што су у конкретном спору права страног улагача у случају да држава пријемница улагања поступа из нужде била непосредно уређена меродавном британско-аргентинским споразумом о заштити улагања, чији члан 4 предвиђа да уколико улагач из једне Стране уговорнице на територији друге Стране уговорнице претрпи штету услед, између осталог, ванредног стања (енг. „*state of national emergency*“), има право да тражи накнаду те штете.⁷⁸⁰ На основу тога, арбитражно веће је закључило да, све и ако би се ускраћивање поштеног и правичног третмана страном улагачу можда и могло оправдати поступањем из нужде, нужда свакако не би могла да буде извињавајућа околност за лишавање страног улагача права на накнаду штете које је проистекла поступањем државе пријемнице улагања из нужде, јер се из члана 4 британско-аргентинског споразума о заштити улагања види да су државе-потписнице *искључиле* могућност позивања на нужду (односно изузетне околности) у погледу права улагача да тражи накнаду штете.⁷⁸¹ Дакле, арбитражно веће се није уздржало од испитивања последице примене члана 25 Правила о одговорности зато што је та одредба *генерално* неприменљива на искључење одговорности државе пријемнице улагања, већ зато што су у конкретном случају државе-потписнице меродавног споразума о заштити улагања

те перспективе, члан 25 не би био од помоћи Аргентини јер не би лишио ВГ, приватног улагача, права на накнаду штете према британско-аргентинском споразуму о заштити и подстицању страних улагања“.

⁷⁸⁰ За текст члана 4 британско-аргентинског споразума о заштити улагања вид. *Ibid.*, пасус 369.

⁷⁸¹ *Ibid.*, пасус 409.

споразумно искључиле могућност позвања на нужду као извињавајућу околност у погледу права страног улагача да тражи накнаду штете.

Нажалост, и питање односа нужде и споразумног ограничења одговорности, чија нам се теоријска и практична важност чине изузетним, такође је остављено без јасног одговора у одлуци *BG v. Argentina*. Наиме, у наведеној одлуци арбитри су изнели претпоставку да су увођењем одредбе о дозвољеним мерама у случају наступања изузетних околности у британско-аргентински споразум о заштити улагања државе-уговорнице заправо учиниле обавезу заштите страних улагања неподобном да одговорност за њено кршење буде искључена у случају нужде.⁷⁸² Суштина изложене претпоставке је у идеји да су креирањем посебног механизма за случај наступања ванредних ситуација, државе-уговорнице у ствари дерогирале општи механизам искључења одговорности. Међутим, и овде су арбитри одустали од детаљнијег образлагања и испитивања своје претпоставке и одмах изнели закључак да би обавеза накнаде штете страном улагачу у сваком случају опстала.

Мишљења смо да арбитри у предмету *BG v. Argentina* нису обратили потребну пажњу на разлику у природи и дејству нужде као општег основа искључења међународне одговорности и споразумом утврђених дозвољених мера у изузетним околностима. Док се дозвољеним мерама модификује *примарна* обавеза заштите страног директног улагања тако да она у изузетним околностима нема онај обим и домашај који има када је стање у држави пријемници улагања редовно (па одговорности нема јер тада заправо нема ни *повреде* обавезе заштите), дотле нужда припада корпусу *секундарних* правила о одговорности и под прописаним условима је искључује када је примарна обавеза *повређена* радњом или пропуштањем које се може приписати држави која је повредила своју међународну обавезу.⁷⁸³ Такође, треба приметити да су дозвољене мере ограничења права страних улагача садржане у међународним споразумима, док су општи основи искључења међународне одговорности део обичајног међународног права. Будући да су ове две врсте мера

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ Вид. у том смислу: *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пасуси 167-168. О разлици између нужде и дозвољених мера ограничења заштите улагачких права вид. Antoine Martin, „Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-Precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law“, *Journal of International Arbitration* бр. 1/2012, стр. 52-55.

уређене различитим изворима међународног права, оне се, према мишљењу Међународног суда правде, међусобно не искључују чак и када им је садржај на први поглед сличан.⁷⁸⁴ Сходно томе, не видимо начелну препреку да у неком случају буде примењена и споразумом утвђена одредба о дозвољеним мерама у ванредним ситуацијама и нужда, уколико би примарна обавеза чак и у свом модификованом облику морала да буде повређена како би се заштитио неки суштински интерес.

Коначно, нарочито карактеристично за улагачке спорове проистекле из аргентинске економске кризе било је питање да ли криза која је погодила ту земљу представља озбиљну и непосредну опасност по неки суштински државни интерес. Арбитражна већа су по правилу одбијала такав аргумент Аргентине али су за своје мишљење наводила различите разлоге. У једној групи одлука се наводи да економска криза по својој природи не представља опасност по само постојање државе, што значи да услов озбиљности претње није испуњен.⁷⁸⁵ У другој групи су одлуке у којима су арбитражи изнели мишљење да мере које је Аргентина предузела у борби са кризом, а којима је на различите начине повредила општу обавезу заштите страних улагања, нису била једини начин избегавања озбиљне и непосредне претње по своје виталне интересе.⁷⁸⁶ Коначно, у трећу групу могу да се сврстају оне одлуке у којима је могућност позивања на нужду одбијена из разлога садржаних у члану 25 став 2 Правила о одговорности, тј. зато што је, по виђењу арбитра, Аргентина допринела наступању ситуације која ју је довела у стање нужде.⁷⁸⁷

Имајући у виду изразиту хетерогеност ставова исказаних у одлукама арбитражних судова по питањима која се тичу нужде као основа искључења одговорности државе за заштиту страних директних улагања, тешко је дати свеобухватан закључак о улози и статусу овог основа искључења одговорности у међународном праву страних улагања. Једино је неспорно да је одбрана која се заснива

⁷⁸⁴ Вид. у том смислу: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Judgment on the Merits, 27 June 1986, пасус 178.

⁷⁸⁵ *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пасус 348. За супротно мишљење, где се аргентинска економска криза квалификује као озбиљна и непосредна претња, вид. *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 Award, 12 May 2005, пасус 322.

⁷⁸⁶ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пасуси 323-324; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 309.

⁷⁸⁷ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 312; *National Grid v. Argentina*, Award, 3 November 2008, пасуси 260-262.

на нужди ретко била успешна, па би зато могућности заштите виталних интереса државе пре требало тражити на терену уговарања одредаба о дозвољеним мерама у ванредним ситуацијама него на терену нужде као општег основа искључења међународне одговорности.

III - ПОСЕБНИ ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ

Осим општих основа искључења међународне одговорности државе пријемнице улагања, њена одговорност за заштиту страних директних улагања може да буде модификована дејством одређених посебних основа, карактеристичних за међународно право страних улагања. У првом реду то су различити облици споразумно утврђених дозвољених мера ограничења права страних улагача (1.). Међутим, у последње време се у стручној литератури све чешће расправља питање грађанскоправних последица корупције у различитим гранама приватног права, па због тога сматрамо за потребно да испитамо потенцијални утицај корупције на искључење одговорности државе пријемнице за повреду обавезе заштите страног директног улагања (2.).

1. Споразумно утврђене дозвољене мере ограничења права страних улагача

Клаузуле којима се државе овлашћују да примене одређене мере ограничења права странаца у изузетним околностима биле су саставни део споразума о трговини и пријатељству као су закључивани још у првој половини XX века и који су били претече данашњег уговорног механизма међународне заштите права страних трговаца успостављеног системом двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања и мултилатералних међународних уговора у овој области.⁷⁸⁸ Чак је и први споразум о заштити и подстицању страних улагања, закључен између Немачке и Пакистана 1959. године, садржавао одредбу о дозвољеном ограничењу улагачких права.⁷⁸⁹ Међутим, клаузуле о дозвољеним мерама ограничења улагачких права су свој пун практичан значај доживеле у првој деценији XXI века, јер је Аргентина, у бројним инвестиционим арбитражама којима је била изложена због повреде обавезе заштите

⁷⁸⁸ Више о томе вид. William W. Burke-White, Andreas von Staden, „Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties“, *VJIL* бр. 2/2008, стр. 312-313.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, стр. 312.

страних улагања за време примене мера којима се борила против економске кризе која ју је почетком овог миленијума задесила, своја поступања, између осталог, правдала позивањем на клаузуле о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача, коју су садржавали многи њени споразуми о заштити и подстицању страних улагања.⁷⁹⁰

Укључивање клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права у међународне споразуме о заштити страних директних улагања са једне стране успорава међународна улагања јер се улагачи, да би компензовали ризик до кога долази ограничењем заштите њихових права у ванредним околностима, теже одлучују да улажу у присуству ових клаузула,⁷⁹¹ али се, са друге стране, може бранити и став да клаузуле о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права повећавају правну сигурност јер унапред постављају „правила игре“ у ванредним ситуацијама, па правна судбина учесника у међународном улагачком подухвату не зависи од некада супротстављених метода тумачења општих института међународног јавног права којима би судови или арбитражна већа могли да прибегну у случају спора.

Како бисмо утврдили утицај ових клаузула на одговорност државе за заштиту страних директних улагања, најпре ћемо испитати појам клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача (1.1), затим њихову структуру (1.2) и на крају се посветити питањима њиховог тумачења и примене (1.3).

1.1 Појам клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача

Клаузуле о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача представљају одредбе у билатералним и мултилатералним међународним споразумима о страним улагањима којима се у прописаној мери искључује обавеза заштите страних улагања у унапред предвиђеним изузетним околностима. Типичан облик овакве клаузуле појавио се још у америчком моделу споразума о заштити и подстицању страних улагања из

⁷⁹⁰ Нарочити практични значај имала је клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача садржана у члану XI америчко-аргентинског споразума о заштити и подстицању страних улагања, будући да су велики број поступака против Аргентине пред Међународним центром покренули управо улагачи из Сједињених Држава. Детаљно о последицама аргентинске економске кризе на права страних улагача вид. William W. Burke-White, „The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System“, у: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyu-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rhijn 2010, стр. 407-432.

⁷⁹¹W. W. Burke-White, A. von Staden, *op. cit.*, стр. 402.

1984. године. Члан X став 1 овог модела споразума гласи: „*Овај Споразум неће спречити Државу потписницу да примени мере из своје надлежности неопходне за очување јавног поретка, испуњење својих обавеза у погледу одржавања или поновног успостављања међународног мира или безбедности, или заштите својих суштинских безбедносних интереса*“.⁷⁹²

Клаузуле о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача присутне су и у неким двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила Србија. Тако се, на пример, чланом 11 Споразума са Чешком, који носи рубрум „Основни безбедносни интереси“, овлашћују стране уговорнице да предузму мере које сматрају неопходним ради заштите својих безбедносних интереса у различитим областима које, између осталог, обухватају и ситуације ратног или другог ванредног стања. Истим чланом се појашњава да основни безбедносни интереси могу укључивати (и) интересе који проистичу из чланства стране уговорнице у царинској, економској или монетарној унији, заједничком тржишту или зони слободне трговине.⁷⁹³ Одредба о дозвољености сужавања обима заштите страних улагања мерама усмереним ка испуњавању обавеза у односу на одржавање међународног мира и безбедности садржана је и у члану 13 Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања са Кипром. Чланом 12 став 2 Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања са Индијом предвиђено је да ништа у том Споразуму неће спречити државу пријемницу улагања да „(...) *предузима мере за заштиту својих битних безбедносних интереса, или у околностима изузетне опасности (...) сходно својим законима који се редовно и оправдано примењују на недискриминаторној основи*“. Слично наведеној одредби, и члан 7 став 1 Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања са Израелом прописује да „[б]ило која Страна Уговорница може да предузме мере које су строго неопходне за одржавање или заштиту њених најважнијих безбедносних интереса. Те мере ће се предузимати и примењивати у доброј вери и на начин лишен дискриминације да би се одступања од одредби овог Споразума свела на минимум“.

⁷⁹² Члан X став 1 америчког модела споразума из 1984. године у енглеском оригиналу гласи: „*This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary in its jurisdiction for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests*“. Ова клаузула је, у незнатно измењеном облику, опстала и у накнадним верзијама америчког модела споразума и постоји и у члану 18(2) данас актуелног модела споразума из 2012. године.

⁷⁹³ Вид. члан 11(2) Споразума са Чешком.

Номотехнички приступ формулисању дозвољених мера ограничења права страних улагача примењен у споразуму са Белгијско-луксембуршком унијом у извесној мери је другачији од приступа прихваћеног у до сада набројаним споразумима. Наиме, у споразуму са Белгијско-луксембуршком унијом не постоји посебна одредба споразума којом се ограничава заштита страних улагача у одређеним ситуацијама, већ је сама општа одредба о дужности заштите страних улагања формулисана тако да не обухвата мере предузете за одржавање јавног реда. Та одредба гласи: „**Осим у случају мера неопходних за одржавање јавног реда,** (...) улагања ће ће уживати непрекидну правну заштиту и обезбеђење, тј. искључујући било коју неоправдану или дискриминаторну меру којом може да се омете, било законом или у пракси, управљање, одржавање, коришћење, поседовање или њихова ликвидација“⁷⁹⁴ (подвукао аутор).

У три споразума о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша земља могућност одступања од обавеза заштите страних улагања у изузетним околностима дозвољена је само у односу на поједине стандарде третмана. Тако је чланом 13 Споразума са Словенијом предвиђено да ништа у том Споразуму „(...) неће бити начињено да спречи Страну уговорницу да предузме ма коју активност сходно својим међународним обавезама у примени мира и безбедности или коју сматра неопходном због заштите својих виталних безбедносних интереса“, али се ставом 2 истог члана ограничава да се описане мере могу предузимати само у односу на права страних улагача из члана 4 (забрана незаконите експропријације), члана 5 (накнада губитака) или члана 6 став 1 тачка в (слобода трансфера средстава од отплате зајмова у вези са улагањем) Споразума. Са друге стране, Споразум са Индонезијом у склопу привремених безбедносних мера дозвољава одступање само од обавеза пружања националног третмана и третмана најповлашћеније нације (и то само када се ови стандарди тичу капиталних трансакција ван граница државе пријемнице улагања) и обавеза омогућавања слободног трансфера средстава, и то под строго прописаним условима.⁷⁹⁵ Коначно, наш најскорији споразум о заштити и подстицању улагања потписан са Мароком предвиђа да „[м]ере које било која Страна уговорница мора да предузме из разлога заштите јавне безбедности, јавног реда, јавног здравља или

⁷⁹⁴ Члан 3 став 2 Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом.

⁷⁹⁵ Вид. члан 8 Споразума са Индонезијом.

заштите животне средине неће се сматрати као „неповољнији” третман“.⁷⁹⁶ Ова одредба, дакле, дозвољава одступање само од третмана најповлашћеније нације.

Клаузуле о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача представљају инструмент заштите државе пријемнице улагања. Оне своју заштитну функцију постижу тако што трансферишу некомерцијалне улагачке ризике који наступе у изузетним околностима (борба против тероризма, економске кризе, заштита животне средине, заштита живота и здравља људи итд.) са државе пријемнице на страног улагача.⁷⁹⁷ Трансфер ризика се обавља тако што радње и пропуштања државе према страном директном улагању на њеној територији у изузетним ситуацијама остају ван сфере заштите меродавног међународног споразума. За разлику од општих основа искључења међународне одговорности, који су установљени због постизања суштинских и системских циљева (нпр. опстанак државе у случају нужде), клаузуле о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача служе да државама на које се примењују „отворе простор“ за постизање конкретних циљева о којима су се те државе споразумеле.⁷⁹⁸ Управо због тога, постоје различити појавни облици клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача, али је њихова структура ипак типизирана.

1.2 Структура клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача

Као што се може видети из примера клаузула о дозвољеним мерама ограничења права страних улагача, оне по правилу садрже три стандардна елемента. То су одређење поља примене, односно одређење круга улагачких права од чије се заштите може одступити у изузетним околностима (1.2.1), одређење циља у чију сврху се заштита улагачких права ограничава (1.2.2) и одређење потребне везе између мере ограничења улагачких права и циља који се том мером постиже (1.2.3).

1.2.1 Одређење поља примене

Обавеза заштите страних директних улагања може се ограничити или на општи начин, или тако што ће бити таксативно одређени облици заштите од којих се у

⁷⁹⁶ Члан 2 став 5 Споразума са Мароком.

⁷⁹⁷ W. W. Burke-White, A. von Staden, *op. cit.*, стр. 314.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, стр. 321.

изузетним околностима сме одступити. Општи начин одређења примењен је у споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је Србија закључила са Чешком, Кипром, Индијом и Израелом. Карактеристична формулација која се у том смислу користи је да „*ништа* у (овом) Споразуму“ неће спречити државу пријемницу улагања да, под предвиђеним околностима, примени мере којима се постижу утврђени оправдани циљеви.

Са друге стране, клаузуле о дозвољеним одступањима у двостраним улагачким споразумима које је Србија закључила са Белгијско-луксембуршком унијом, Словенијом и Индонезијом имају ограничено поље примене. Споразум са Белгијско-луксембуршком унијом дозвољава одступање од обавезе обезбеђивања пуне правне заштите и безбедности страног улагања,⁷⁹⁹ споразум са Словенијом овлашћује стране уговорнице да одступе од одредаба којима се забрањује незаконита експропријација, накнада губитка коју улагање страног улагача претрпи услед оружаног сукоба, револуције, грађанских немира, ванредног стања или било које сличне ситуације и обавезе обезбеђивања слободе трансфера средстава од отплате зајмова у вези са улагањем,⁸⁰⁰ а Споразум са Индонезијом дозвољава одступање од обавезе пружања националног третмана и третмана најповлашћеније нације, али само када се ови стандарди тичу капиталних трансакција ван граница државе пријемнице улагања, као и од обавезе омогућавања слободног трансфера средстава⁸⁰¹.

1.2.2 Одређење циља у чију сврху се заштита улагачких права ограничава

У клаузулама о ограничењу заштите права страних улагача нужно се одређује природа изузетних околности под којима се ограничењу заштите сме прибећи, односно именују се циљеви у чију сврху се заштита улагачких права ограничава. Најчешће помињани циљеви су заштита и поновно успостављање међународног мира и безбедности и заштита суштинских безбедносних интереса државе пријемнице улагања.⁸⁰² По том циљу споразумно утврђене дозвољене мере ограничења заштите

⁷⁹⁹ Вид. члан 3 став 2 Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом.

⁸⁰⁰ Вид. члан 13 Споразума са Словенијом.

⁸⁰¹ Вид. члан 8 Споразума са Индонезијом.

⁸⁰² Вид. нпр. члан 18(2) америчког модела Споразума о заштити и подстицању страних улагања из 2012. године, члан 11 став 1 српског Споразума о заштити страних улагања са Чешком, члан 12 став 2 српског Споразума о заштити страних улагања са Индијом. Заштита међународне и националне безбедности је

права страних улагача се приближавају нужди као општем основу искључења међународне одговорности, што је вероватно и разлог што су нека арбитражна већа у споровима вођеним против Аргентине мешала ова два правна средства заштите интереса државе пријемнице улагања.⁸⁰³

Очување јавног поретка такође представља један од честих циљева у чију сврху је дозвољено ограничење заштите улагачких права. Овај циљ је био прописан у члану X америчког модела споразума о заштити страних улагања из 1984. године, али се у каснијим верзијама модела изгубио. У сврху заштите јавног поретка дозвољено је одступити и од обавезе обезбеђивања пуне правне заштите и безбедности страног улагања према члану 3 став 2 Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Белгијско-луксембуршке уније. Ипак, намомињемо да у српском тексту овог Споразума стоји да је одступање од обавезе заштите дозвољено у случају примене „мера неопходних за одржавање *јавног реда*“, што је, чини нам се, неодговарајући превод француског термина „*ordre public*“.

У светлу све веће бриге за заштиту животне средине приликом формулисања правног оквира за извођење међународних улагачких подухвата,⁸⁰⁴ остваривање еколошких циљева представља један од актуелнијих основа за ограничење заштите улагачких права. Зато неки новији инструменти заштите страних улагања прописују заштиту животне средине као циљ зарад чијег остварења је дозвољено одступити од одређених облика улагачке заштите. Тако, на пример, Уговор о енергетској повељи у члану 24 став 2 предвиђа, између осталог да одредбе Уговора (изузимајући тачно наведене одредбе које се тичу одређених аспеката заштите улагања) неће спречити

такође један од циљева за чије остварење је дозвољено одступање од заштите улагачких права и према споразумима који обавезују Канаду. Вид. у том смислу: Jackie van der Meulen, Michael J. Trebilcock, „Canada's Policy Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions“, *Canada Business Law Journal* vol. 47, 2009, стр. 392-434.

⁸⁰³ У том смислу вид. J. E. Viñuales, *op. cit.*, стр. 86-87.

⁸⁰⁴ Више о томе вид. Thomas Wälde, Abba Kolo, „Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law“, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 50, 2001, стр. 811-848. За детаљну анализу допуштености, природе и дејства једностранних мера заштите животне средине из перспективе општег међународног права вид. Laurence Boisson de Chazournes, „Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues“, *EJIL* бр. 2/2000, стр. 315-338.

државе потписнице да усвајају или примењују било коју меру која је неопходна за заштиту људског, животињског или биљног живота и здравља.⁸⁰⁵

Вероватно поучена лошим искуствима Аргентине у инвестиционим арбитражама вођеним због мера које је ова држава почетком XXI века применила како би се изборила са економском кризом а које су за једну од последица имале ограничење заштите права улагача у Аргентини, Колумбија је у свој модел споразума о подстицању и заштити улагања из августа 2007. године укључила одредбу којом се државе потписнице овлашћују да ограниче заштиту страних директних улагања у случају да је то потребно за очување интегритета и стабилности финансијског система државе пријемнице улагања.⁸⁰⁶

Међу циљевима зарад чијег остварења државе предвиђају дозвољена одступања од појединих облика заштите страних улагања спадају и заштита јавног здравља и јавног морала.⁸⁰⁷

1.2.3 Одређење потребне везе између мере ограничења заштите улагачких права и циља који се том мером постиже

Да би мера којом се ограничавају права страних улагача била дозвољена, потребно је и да она стоји у прописаном односу са циљем који се том мером жели постићи. Најчешће коришћена формулација предвиђа да мере ограничења улагачких права морају да буду *неопходне* за постизање прописаног циља (очување јавног поретка, јавна безбедност, заштита живота и здравља људи, животиња и биљака итд.).⁸⁰⁸ У неким споразумима је овај захтев додатно пооштрен, па су државе пријемнице улагања овлашћене да предузму само оне мере које су *строго неопходне* за постизање прописаног циља.⁸⁰⁹

Други вид формулације који се користи како у упоредном праву тако и у споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила наша држава

⁸⁰⁵ Вид. члан 24 став 2 тачку II Споразума о енергетској повељи.

⁸⁰⁶ Вид. члан II(5) колумбијског модела споразума о подстицању и заштити страних улагања (2007).

⁸⁰⁷ Више о томе, са даљим навођењима, вид. W. W. Burke-White, A. von Staden, *op. cit.*, стр. 334.

⁸⁰⁸ Вид. нпр. члан 11 Споразума са Чешком; члан 3 став 2 Споразума са Белгијско-луксембуршком унијом; члан 13 Споразума са Словенијом.

⁸⁰⁹ Вид. нпр. члан 7 Споразума са Израелом.

заснива се на подобности мере ограничења улагачких права да постигне одређени жељени циљ. Типичан облик овакве формулације садржан је, примера ради, у Споразуму о подстицању и узајамној заштити улагања између Србије и Индије који, у члану 12 став 2 предвиђа да је држава пријемница улагања овлашћена да предузима мере за заштиту својих битних безбедносних интереса, односно постизање других прописаних циљева.

Колико год на први поглед изложене формулације звучале јасно и једноставно за примену, њихов битан недостатак огледа се у околности да оне по правилу не садрже никакве критеријуме за оцену неопходности, односно подобности, предузете мере ограничења заштите улагачких права, што отвара бројне проблеме у погледу тумачења и примене клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права.

1.3 Тумачење и примена клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права

Проблемима у тумачењу нарочито су подложна два елемента клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права. То су: циљ у чију сврху се заштита улагачких права ограничава и одређење потребне везе између мере ограничења заштите улагачких права и циља који се том мером постиже.

Често употребљавану формулацију дозвољеног циља ограничења заштите улагачких права у међународним споразумима о заштити и подстицању страних улагања, а која је присутна и у споразумима који обавезују Републику Србију, представљају суштински безбедносни интереси. У свом истраживању праксе форумā за решавање улагачких спорова који су се бавили клаузулама о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права, Бурке-Вајт (*Burke-White*) и вон Стејден (*von Staden*) уочавају најмање пет могућих приступа тумачењу појма суштинских безбедносних интереса, а то су: 1) интереси физичке безбедности државе (тумачење прихваћено у предмету *Nicaragua* пред Међународним судом правде и у индијској судској пракси); 2) територијални, економски и војни интереси (тумачење прихваћено у предмету *Oil Platforms* пред Међународним судом правде); 3) сваки политички интерес одговарајућег интензитета (тумачење изведено из анализе праксе и доктринарних коментара о примени члана XXI Општег споразума о царинама и

трговини); 4) интереси заштите безбедности државе у доба рата или ванредног стања (тумачење изведено из анализе дискусија у америчком Сенату приликом ратификације различитих америчких двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања); 5) интереси заштите интегритета целокупног правног система, основних људских права и вредности (живот, здравље, слобода, част, својина) и интегритета државних институција (тумачење изведено из анализе праксе немачког Савезног уставног суда).⁸¹⁰ Сваки од изложених приступа тумачењу има и добре и лоше стране, а управо је одсуство уједначеног приступа тумачењу појма суштинских безбедносних интереса оно што овај основ ограничења заштите улагачких права чини незгодним за практичну примену.

Ништа мање тешкоћа не изазива ни тумачење одређења потребне везе између мере ограничења заштите улагачких права и циља који се том мером постиже. У том погледу је нарочито проблематичан термин *неопходности* мере ограничења заштите улагачких права у циљу постизања одређеног циља. У већ цитираном истраживању, Бурке-Вајт и вон Стејден излажу четири тумачења критеријума неопходности која су извели из праксе форум̄а за решавање улагачких спорова: 1) изједначавање значења неопходности са стањем нужде (мера је неопходна само онда када је једина могућа за постизање одређеног циља); 2) довођење у везу захтева неопходности са опстанком државе (мера је неопходна само онда када је предузета у циљу самоодбране, односно заштите постојања државе пријемнице улагања); 3) позиционирање значења термина неопходности између нужности и корисности (да би била неопходна, мера не мора да буде једина могућа за постизање одређеног циља, али мора да има изражен степен корисности који оправдава избор управо оне мере која је предузета а не неке друге која би такође била могућа у конкретном случају), и 4) схватање неопходне мере као оне која испуни „тест најмање рестриктивности“ (неопходном ће се сматрати она мера која у конкретним околностима производи најмање штетних последица од свих могућих мера које би довеле до остварења жељеног циља).⁸¹¹

Одсуство прецизних критеријума за процену дозвољености циља мера којима се ограничава заштита улагачких права, као и потребне везе између мере ограничења заштите улагачких права и циља који се том мером постиже отвара очекивану дилему:

⁸¹⁰ W. W. Burke-White, A. von Staden, *op. cit.*, стр. 349-354.

⁸¹¹ *Ibid.*, стр. 342-348.

колико широко треба тумачити ове елементе клаузула о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права? Иако су примењивали иста или бар слична правила тумачења, форуми за решавање улагачких спорова су понекад долазили до супротстављених решења. Тако су арбитражна већа Међународног центра у предметима *LG&E v. Argentina* и *Continental Casualty v. Argentina* стала на становиште да је Аргентина исправно применила клаузулу о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права садржану у америчко-аргентинском споразуму о заштити и подстицању страних улагања и да, сходно томе, није одговорна за штету коју су улагачи претрпели услед примене мера борбе против економске кризе (за време трајања те кризе),⁸¹² док су арбитражна већа у осталим до сада окончаним поступцима вођеним против Аргентине пред Центром имали супротно мишљење. Али, у одлукама о поништају одлука у предметима *CMS, Sempra* и *Enron* (вођеним такође према америчко-аргентинском споразуму о заштити и подстицању страних улагања), мишљења већа за поништај су се у неким важним аспектима разликовала од ставова исказаних у одлукама које су биле предмет поништаја.

Одредба која је била предмет различитог тумачења у наведеним инвестиционим арбитражама је члан XI америчко-аргентинског споразума о заштити и подстицању страних улагања, који гласи: „*Овај Споразум неће спречити ниједну Страну уговорницу да примени мере неопходне за очување јавног поретка, испуњење својих обавеза у погледу одржавања или поновног успостављања међународног мира или безбедности или заштиту својих суштинских безбедносних интереса*“.⁸¹³ Предмет нарочитог испитивања арбитражних већа су била питања да ли је економска криза која је погодила Аргентину представљала претњу по њен јавни поредак или суштинске безбедносне интересе и да ли су мере које је Аргентина предузела биле заиста неопходне у датим околностима.

⁸¹² Током 2001. и 2002. године Аргентина је усвојила низ мера којима се девалвира пезос, све финансијске обавезе изражене у страном валути преводе на пезосе и ефективно онемогућава располагање новцем на банкарским рачунима. Ове мере у познате под заједничким називом *Corralito*. Више о томе вид. W. W. Burke-White, *op. cit.*, стр. 409-410.

⁸¹³ Ова одредба у оригиналу гласи: „This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests“. Текст Споразума је доступан на: <http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf>.

Арбитражно веће у предмету *LG&E v. Argentina* је стало на становиште да околности у којима се нашла Аргентина почетком XXI века, а које су кулминирале у децембру 2001. године (нагли пад бруто друштвеног производа, оштар пад потражње на домаћем тржишту који је условио једнако брз и значајан пад цена домаћих производа, пад вредности акција на буеносајреској берзи, губитак 40% резерви аргентинске Националне банке само у последњем кварталу 2001. године, снижавање кредитног рејтинга земља до нивоа најнесигурнијег дужника) не представљају обичне привредне тешкоће или уобичајене економске флукуације, већ представљају озбиљну претњу по устројство државе и њену безбедност.⁸¹⁴ Веће није прихватило став тужилаца да члан XI америчко-аргентинског споразума треба тумачити рестриктивно и да та одредба може да се примени само у ситуацијама војних операција и рата, образлажући своју одлуку мишљењем да последице подривања економских основа државе по свом дејству могу да буду једнаке последицама оружаних сукоба.

На сличан начин је размишљало и арбитражно веће у спору *Continental Casualty v. Argentina*. У овом случају веће, истина, није тумачило енглески термин „*public order*“ односно, на шпанском, „*orden público*“ употребљен у члану XI америчко-аргентинског споразума о заштити и подстицању страних улагања као јавни поредак него као јавни ред и мир, али је свеједно дошло до закључка да економска криза у којој се Аргентина нашла представља довољну озбиљну претњу по заштићено добро да би Аргентина могла да се позове на члан XI и примени мере за отклањање опасности по привредно и друштвено устројство државе.⁸¹⁵

Другачији је био закључак арбитражног већа у предмету *Enron*. Иако је прихватило аргумент да је економска криза у коју је Аргентина запала била озбиљна и да су њене размере биле такве да су онемогућиле пословање на начин на који се радило пре кризе, веће је оценило, не дајући ближе образложење, да криза ипак није биле толико тешка да би представљала претњу по постојање државе, њену безбедност и независност.⁸¹⁶ На сличан начин, користећи чак и врло сличне речи, поступило је и арбитражно веће у предмету *Sempra*, где су арбитражи такође стали на становиште да економска криза није била довољно озбиљна да угрози постојање државе и да

⁸¹⁴ *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пасуси 231-236.

⁸¹⁵ *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, пасуси 174-179.

⁸¹⁶ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 306.

Аргентина није успела да докаже да је ситуација у земљи у било ком тренутку измакла контроли.⁸¹⁷ Иста идеја провејава и у одлуци у предмету *CMS*, где је арбитражно веће изнело закључак да озбиљна криза не може бити изједначена са ситуацијом тоталног колапса.⁸¹⁸ Треба, међутим, напоменути да су арбитражи у предмету *CMS* претпоставили да су услови примене клаузуле о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права исти као и услови позивања на нужду као основ искључења међународне одговорности, што може да објасни њихову одлуку да стандард тумачења појма претње по јавни поредак поставе високо и захтевају постојање тоталног колапса у држави пријемници као (једине) ситуације у којој би заштита права страних улагача смела да буде ограничена.⁸¹⁹

Бројне недоумице су се јавиле и у погледу тумачења значења критеријума неопходности. Чини се да је највише забуне узроковала чињеница да у енглеском језику постоји велика морфолошка сличност између термина којим се означава нужда као основ искључења међународне одговорности (енг. *necessity*) и термина којима се означава неопходност мере којом се ограничава заштита улагачких права на основу одговарајућег међународног споразума (енг. *measure necessary for...*). Та сличност је навела многа арбитражна већа да значење критеријума неопходности тумаче по аналогији са условима за позивање на нужду, што их је по правилу доводило до закључка да је услов неопходности испуњен онда када је предузета мера ограничења заштите улагачких права била *једина расположива* мера за остварење предвиђеног циља.⁸²⁰ Овај приступ је, међутим, методолошки погрешан јер, како истичу аутори који су коментарисали неке од одлука арбитра Међународног центра које су донете у скорашњим поступцима против Аргентине, нужда представља институт обичајног међународног права и има се тумачити у складу са принципима тумачења међународног обичаја, док је клаузула о дозвољеном ограничењу заштите улагачких

⁸¹⁷ *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, пасуси 348-349.

⁸¹⁸ *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пасуси 354-355.

⁸¹⁹ Претпоставка арбитражног већа да су услови за примену клаузуле о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права и позивања на нужду идентични критикована је у одлуци већа за поништај одлуке у предмету *CMS*. Вид. *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, пасуси 123-125.

⁸²⁰ *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, пасус 257; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 306.

права представља део међународних споразума, па би, сходно томе, требало да се тумачи на основу принципа тумачења садржаних у Бечкој конвенцији о уговорном праву.⁸²¹

Став да би клаузуле о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права требало тумачити сходно правилима садржаним у Бечкој конвенцији о уговорном праву, и то конкретно њеним члановима 31 и 32 који прописују да се појмови у међународним уговорима тумаче у складу са њиховим уобичајеним значењем а у светлости предмета и циља уговора, као и да се у том циљу може прибећи и припремним радовима и околностима под којима је неки међународни уговор закључен, нам се чини неспорним. Али, занимљиво је приметити да су чак и она арбитражна већа која су била на трагу исправне примене изложеног принципа, у преломним тренуцима логичког процеса тумачења ипак правила кључни обрт и одлазила на пут на који их путокази садржани у Бечкој конвенцији, по нашем мишљењу, нису упућивали. Тако, на пример, арбитражно веће у предмету *CMS* исправно увиђа да је циљ америчко-аргентинског споразума о заштити и подстицању страних улагања да штити улагања улагача из једне државе потписнице на територији друге државе потписнице, али затим, чини нам се, произвољно томе додаје једно важно ограничење које знатно мења прокламовани циљ међународног споразума. Наиме, веће износи гледиште да је сврха америчко-аргентинског споразума да „(...) штити улагања у тренуцима економских тешкоћа или других околности које могу да дају повода Влади да усвоји мере чије потенцијално дејство на страна улагања може да буде негативно“⁸²² (подвукао аутор). Напротив, сврха споразума је да обезбеди *сталну* заштиту страних улагања.⁸²³ Да би се тај циљ постигао, начин заштите улагања мора да буде прилагођен конкретним околностима у којима се заштита остварује. Тако, у ванредним стањима начин и обим заштите улагања не могу да буду једнаки као и у редовним околностима. Да је Аргентина изузела стране улагаче од примене мера економске политике којима је покушавала да оконча кризу у којој се нашла, основано би се могло претпоставити да би делотворност предузетих мера била мања и да би држава била изложенија потпуном економском

⁸²¹ У том смислу: Tarcisio Gazzini, „Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on *CMS v. Argentina*“, *Journal of Energy and Natural Resources Law* бр. 3/2008, стр. 455-456; A. Martin, *op. cit.*, стр. 56-57.

⁸²² *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, пасус 354.

⁸²³ Вид. у том смислу преамбулу америчко-аргентинског споразума.

слому. Да се тај ризик остварио, Аргентина не би више могла да пружи *било какву* заштиту страним улагањима на својој територији. Дакле, иако би другачијим поступањем према страним улагачима Аргентина можда *краткорочно* испунила њихова очекивања, када криза не би била обуздана *дугорочна* заштита страних улагања би била неостварљива, па би општи циљ америчко-аргентинског споразума свакако био осујећен. Управо из овога се, по нашем схватању, види сврха клаузула о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права – оне треба да обезбеде привремено и контролисано⁸²⁴ ограничење заштите страних директних улагања у ванредним околностима, како би се тиме омогућила њихова дугорочна заштита.

Описани случајеви тумачења и примене клаузула о дозвољеним мерама ограничења заштите улагачких права наводе нас на закључак да би требало правити разлику између ситуације нужде (која би представљала наступање таквог скупа околности који у једној држави доводе у питање одржање и опстанак њених суштинских интереса – независности, државне безбедности, очувања политичког, друштвеног и економског устројства јавног реда и мира, живота и здравља људи, животиња и биљака и сл.) од нужде као основа искључења међународне одговорности. Ситуација нужде би давала основ држави да одлучи како ће на ту ситуацију реаговати – применом клаузуле о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права (под условима примене које та клаузула предвиђа а који су прописани међународним споразумом у коме је односна клаузула садржана) или кршењем међународне обавезе заштите страних директних улагања, уколико су за то испуњени услови предвиђени чланом 25 Правила о одговорности држава. Премда се у пракси форумā за решавање улагачких спорова није увек давао одговарајући значај изложеној разлици, она никако не би смела да буде занемарена због практичних последица које произлазе из неподударности услова примене и дејстава посматраних института.

2. Корупција

Испитивање различитих аспеката корупције је у последњој деценији дошло у жижу интересовања стручне литературе у различитим областима међународног

⁸²⁴ Како се то исправно истиче у одлуци у предмету *Enron*, ванредна овлашћења не треба да се изједначују са неограниченим овлашћењима. *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 219.

привредног права, па тако и у међународном праву страних улагања.⁸²⁵ Могло би се чак и претпоставити да су међународни улагачки подухвати нарочито „рањиви“ на корупцију, јер значајна економска корист коју неки обимни и дугорочни међународни улагачки подухват може да донесе улагачу понекад може да мотивише таквог улагача да прибегне различитим облицима плаћања која за сврху имају олакшање закључења и извођења пословног подухвата. Ипак, ова претпоставка остаје у сфери нагађања, јер нам није познато да су рађене студије које би поредиле учесталост јављања корупције у међународном праву страних улагања и у другим областима међународног привредног права.

Борба против корупције представља веома важан циљ у међународном праву страних улагања, јер се сматра да је усвајање и примена анти-корупционих мера којима се власти државе пријемнице улагања штите од покушаја корупције учињеног од улагача, али и којима се улагачи штите од радњи и пропуштања власти државе пријемнице улагања које представљају резултат корупције или покушај да се улагач наведе на коруптивно понашање, од користи за све учеснике у међународном улагачком подухвату. Тако се смањују укупни трошкови извођења ових подухвата и делује се подстицајно на привлачење страних улагања.⁸²⁶ О значају борбе против корупције у међународном праву страних улагања сликовито сведочи и околност да неки новији споразуми о заштити и подстицању страних улагања експлицитно утврђују обавезу држава-потписница да предузимају мере усмерене ка спречавању и искорењивању корупције у областима либерализације, унапређивања и заштите улагања.⁸²⁷

⁸²⁵ Вид. нпр. Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2004; Alexandre Court de Fontmichel, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, Editions Panthéon-Assas, Paris 2004; Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, „Corruption“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 584-616; Florian Haugeneder, „Corruption in Investor-State Arbitration“, *Journal of World Investment & Trade* бр. 3/2009, стр. 323-339; Vladimir Pavić, „Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy“, *Victoria University of Wellington Law Review* бр. 4/2012, стр. 661-686; Tamar Meshel, „The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration“, *Journal of International Arbitration* бр. 3/2013, стр. 267-281.

⁸²⁶ UNCTAD World Investment Report 2012, *op. cit.*, стр. 108; T. Meshel, *op. cit.*, стр. 267-268.

⁸²⁷ Тако нпр. члан 10 Споразума о либерализацији, унапређењу и заштити улагања између Јапана и Камбоџе од 14. јуна 2007. године (текст Споразума доступан на веб-адреси: <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042089-n>>); члан 10 Споразума о либерализацији, унапређењу и заштити улагања између Јапана и Лаоса од 16. јануара 2008. године

У литератури је изнет став да корупција као основ искључења одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања делује на веома специфичан начин. Наиме, сматра се да обавезе заштите страног директног улагања које је држава преузела као резултат корупције не улазе под кишобран међународне заштите страног директног улагања јер корупција, као акт противан међународном јавном поретку, чини тако преузете обавезе неважећим.⁸²⁸ Да бисмо у потпуности утврдили релевантност корупције за предмет нашег истраживања, најпре ћемо размотрити појам корупције (2.1) а затим значај корупције као основа искључења одговорности државе пријемнице улагања (2.2).

2.1 Појам корупције

Појам корупције је генерички термин којим се означавају различити конкретни облици друштвено и економски непожељних понашања.⁸²⁹ У општем смислу, корупција се дефинише као злоупотреба овлашћења у циљу стицања личне користи.⁸³⁰ Корупција у међународном привредном праву би се, на тој линији размишљања, могла одредити као директно или индиректно давање новца или одређене друге погодности одлучиоцу у међународним привредним односима, са циљем обезбеђивања да његова одлука буде повољна по лице које му даје новац или другу погодност или друго, са њим повезано лице. Зависно од тога да ли одлучилац доноси одлуку која је коруптивно испослована обавља јавне или приватне дужности, разликују се „јавна“ и „приватна“ корупција.⁸³¹

(текст Споразума доступан на веб-адреси: <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042090-n>>); члан 10 Споразума о либерализацији, унапређењу и заштити улагања између Јапана и Перуа од 22. новембра 2008. године (текст Споразума доступан на веб-адреси: <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042200-n>>).

⁸²⁸ A. Martinez, *op. cit.*, стр. 327.

⁸²⁹ Hilmar Raeschke-Kessler, „Corrupt Practices in the Foreign Investment Context: Contractual and Procedural Aspects“, у: Norbert Horn, Stefan Kröll (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, The Hague 2004, стр. 471-472.

⁸³⁰ Ово је дефиниција корупције коју даје организација *Transparency International*, наведено према: A. Martinez, *op. cit.*, стр. 327.

⁸³¹ Ова разлика је направљена у члану 15 Конвенције Уједињених нација против корупције (*United Nations Convention against Corruption – UNCAC*).

У стручној литератури се истиче разлика између два карактеристична појавна облика корупције.⁸³² Први облик је подмићивање одлучилаца. Подмићивање одлучилаца подразумева „намерно нуђење, обећавање или давање незаслужене новчане или какве друге користи, било директно било преко посредника, страном званичнику за његову личну корист или корист трећег лица, како би тај званичник поступао или се уздржао од поступања у вршењу своје дужности на начин који [лицу које му је понудило, обећало или дало новчану или другу корист] обезбеђује да добије или задржи одређени посао или стекне другу незаслужену корист у међународним пословним односима“⁸³³. Други облик корупције је трговина утицајем (енг. *trading in influence*, фр. *trafic d'influence*). Трговина утицајем подразумева нуђење, обећавање или давање незаслужене користи лицу које има прави или претпостављени утицај на јавне одлучиоце (нпр. стручни саветници, консултанти, посредници у преговарању и сл.) и које, у „замену“ за понуђену, обећану или дату корист, „продаје“ свој утицај на јавне одлучиоце.⁸³⁴

Кривичноправне и грађанскоправне аспекте корупције уређују бројни међународни инструменти. Поред већ цитиране Конвенције Уједињених нација против корупције и Конвенције ОЕЦД-а о борби против подмићивања страних јавних званичника у међународним пословним односима, ту спада и неколико регионалних инструмената: Конвенција о борби против корупције која укључује званичнике Европских заједница или званичнике држава чланица Европске уније, Интер-америчка конвенција против корупције, Конвенција Афричке уније о спречавању и борби против корупције, као и две конвенције Савета Европе које се баве грађанскоправним и кривичноправним аспектима корупције. Међутим, колико нам је познато, не постоји специјализовани инструмент којим се уређена забрана и последице корупције у међународном праву страних улагања. Зато се значај корупције као основа искључења одговорности државе пријемнице улагања мора испитивати кроз анализу праксе форум̄а за решавање улагачких спорова.

⁸³² Н. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, *op. cit.*, стр. 607-601.

⁸³³ Дефиниција из члана 1.1 Конвенције ОЕЦД-а о борби против подмићивања страних јавних званичника у међународним пословним односима (*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*). Напомињемо, међутим, да се цитирана Конвенција бави само питањима подмићивања јавних, а не и приватних одлучилаца.

⁸³⁴ Вид. члан 18 Конвенције Уједињених нација против корупције.

2.2 Значај корупције као основа искључења одговорности државе за заштиту страних директних улагања

Питање корупције у контексту одговорности државе за заштиту страних директних улагања пред форуме за решавање инвестиционих спорова може начелно да се постави на два начина: тако што ће улагач (тужилац) тврдити да му је неко заштићено право повређено радњом државе пријемнице која је последица корупције, или тако што ће се држава пријемница улагања (тужена страна) позивати на коруптивне радње улагача како би искључила сопствену одговорност за повреде обавезе заштите страних директних улагања које јој се стављају на терет. Истраживања праксе форумā за решавање улагачких спорова показују да су се државе пријемнице чешће позивале на корупцију као аргумент у своју одбрану, него што су је улагачи користили као средство напада.⁸³⁵ Ипак, вероватно због тешкоћа у доказивању да је одређено плаћање извршено у току извођења улагачког подухвата имало коруптивну природу,⁸³⁶ пракса бележи само један случај у коме је питање корупције било детаљно разматрано у оквиру расправе о меритуму и где је постојање корупције искључило одговорност државе пријемнице улагања. Ради се о предмету *World Duty Free v. Kenya*.⁸³⁷

Енглеска компанија *World Duty Free* закључила је 1989. године уговор са Републиком Кенијом о изградњи, одржавању и управљању фри-шоп комплексима на међународним аеродромима у Најробију и Момбаси. Уговор је садржавао пророгациону клаузулу у корист Међународног центра и клаузулу о избору меродавног права којом су стране изабрале енглеско и кенијско право. У једном тренутку, власт у држави се променила и нова кенијска влада је престала да испуњава своје обавезе из уговора са *World Duty Free*, стављајући фри-шопове под принудну управу. На то је *World Duty Free* реаговао покретањем арбитражном поступка и захтевом за накнаду штете због незаконите експропријације улагања. Током поступка утврђено је да је приликом преговора представник тужиоца исплатио (тадашњем) кенијском

⁸³⁵ T. Meshel, *op. cit.*, стр. 273.

⁸³⁶ О стандардима доказивања корупције вид. Н. Raeschke-Kessler, *op. cit.*, стр. 497-498; Florian Haugeneder, Christoph Liebscher, „Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof“, у: Christian Klausegger et al. (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, С. Н. Beck, Stämpfli & Manz, Vienna 2009, стр. 544-558; А. Martinez, *op. cit.*, стр. 329.

⁸³⁷ *World Duty Free Company Ltd v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006.

председнику 2 милиона долара како би испословао аудијенцију код њега и обезбедио његову сагласност за извођење улагачког подухвата. Кенија је у поступку пред арбитражним већем Међународног центром искористила ову околност да се истакне да је уговор о изградњи, управљању и одржавању фри-шопова незаконито испослован те да је, последично, ништав. Тужилац је на то одговорио трима противаргументима. Прво, сума исплаћена ондашњем кенијском председнику била је донација у јавне сврхе, а у Кенији постоји „локални обичај“ да се приликом закључења крупних послова одлучиоцима дају „личне донације“. Друго, све и да је лична донација била коруптивна, та трансакција је одвојена од закључења и испуњавања главног уговора, о чему сведочи околност да је дата у тајности, независно од било које друге радње усмерене ка закључењу главног уговора. Коначно, све и да се ради о недозвољеној трансакцији, Кенија не би могла да се позива на корупцију као основ искључења одговорности јер је знала за плаћање спорне суме.

Арбитражно веће је одбило сва три противаргумента тужиоца. Иако у време закључења уговора Кенију нису обавезивали међународни споразуми о борби против корупције, арбитражно веће је, позивајући се на судску праксу, стало на становиште да корупција представља кршење међународног, енглеског и кенијског јавног поретка и да, сходно томе, не постоји локални обичај који би овакве трансакције легитимисао и легализовао.⁸³⁸ Даље, тајност донације није знак њене одвојености од главног посла већ, напротив, сигнал да се ради о миту, које се по правилу даје ван очију јавности и представља претходни корак у односу на закључење главног посла.⁸³⁹ Коначно, и можда најзанимљивије, арбитражно веће је стало на становиште да је знање ондашњег кенијског председника о примању мита приписиво држави Кенији, што је било важно због тужиоцевог аргумента о немогућности тужене стране да се позива на корупцију као основ искључења своје одговорности. Наиме, према енглеском уговорном праву, да би уговорна страна могла да се позове на неважност уговора, она мора благовремено по сазнању за основ неважности да изабере да ли ће наставити да испуњава уговор (чиме заправо одустаје од могућности да се даље позива на неважност уговора) или ће искористити правна средства на која је овлашћује основ неважности који се у

⁸³⁸ *Ibid.*, пасуси 172-173.

⁸³⁹ *Ibid.*, пасус 174.

конкретном случају испољава.⁸⁴⁰ Арбитражно веће није прихватило став тужиоца да је Кенија од почетка знала за корупцију јер је спорна донација 1989. године исплаћена њеном председнику, већ је заузело став да је држава сазнала за корупцију тек 2002, када је тужилац упутио званичан допис кенијској влади. Образлажући овај став, веће начелно примећује да нема правила „(...) у енглеском или кенијском праву које би указивало на приписивост знања државног службеника умешаног у корупцију држави као иначе невином принципалу“⁸⁴¹.

Изложени став даје повод дискусији. Премда су стране у свом уговору као меродавна одредиле енглеско и кенијско право, а не међународно право, нисмо сасвим убеђени да је аналогија са уговором о трговинском заступништву у конкретном случају била прикладнија за процену приписивости знања заступника државе држави од примене или барем узимања у обзир одредаба о приписивости садржаних у Правилима о одговорности. Неки коментатори цитиране одлуке покушавају да размишљање арбитражног већа објасне околношћу да се у конкретном случају радило о комерцијалном уговору између улагача и државе и примећују да је питање међународне одговорности Кеније (у контексту чијег испитивања би евентуално могла да се примене Правила о одговорности) одвојено питање.⁸⁴² Ипак, мишљења смо да изложено тумачење занемарује околност да се овде не ради о чисто приватноправном послу међународног трговинског права, већ о концесији које је посао *ex iure imperii* јер подразумева привремено ограничење вршења одређених суверених права државе. Сходно томе, председник Кеније се не може посматрати као „обичан“ трговински заступник, већ се мора дати значај чињеници да је он државни орган и да су његова права и обавезе, као носиоца јавне власти, уређена не само правилима домаћег већ и правилима међународног јавног права.⁸⁴³

Једностраност у приступу арбитражног већа приметна је и у његовом синтетичком погледу на утемељеност аргумената које су стране у току поступка изнеле. Премда, по нашем мишљењу исправно, примећује да је нуђење мита једнако

⁸⁴⁰ Мишљење лорда Мастила (Mustill), вештака за сазнавање садржаја енглеског права, наведено у пасусу 164 одлуке.

⁸⁴¹ *Ibid.*, пасус 185.

⁸⁴² F. Haugeneder, C. Liebscher, *op. cit.*, стр. 558-559.

⁸⁴³ За критику закључака арбитражног већа у случају *World Duty Free v. Kenya* вид. и T. Meshel, *op. cit.*, стр. 277-279.

тежак деликт као и његово примање, арбитражно веће затим ипак обраћа посебну пажњу на околност да улагач није био принуђен или присиљен да да спорну донацију, па стога закључује да улагач (али не и држава пријемница!) треба да дође „под удар“ принципа *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.⁸⁴⁴ Ако би се овај закључак издигао на ниво општег правила поступања форумā за решавање улагачких спорова у случају да је основни уговор којим се реализује међународни улагачки подухват коруптивно испослован, то би, по нашем разумевању, значило да пословни подухват остварен путем коруптивних радњи јесте улагање (у смислу да се у односу на спорове који се поводом таквог подухвата јаве може успоставити надлежност форума за решавање улагачких спорова), али не ужива било какву материјалноправну улагачку заштиту. Другим речима, пошто држава пријемница улагања, према мишљењу арбитражног већа у предмету *World Duty Free v. Kenya*, не сноси никакву одговорност за своје манљиво поступање приликом закључења улагачког подухвата у ситуацији када не приморава⁸⁴⁵ улагача да корумпира неког од одлучилаца, то би значило да кад год нема директног физичког утицаја државе као окидача коруптивне радње улагача, пословни подухват улагача зависи од добре воље државе – улагач ће моћи да послује само док држава не одлучи да ограничи или укине његова права. Уколико би држава ипак одлучила да ограничи или укине права улагача који је своје улагање остварио уз корумпирање одлучилаца у држави пријемници улагања, такав улагач би остао без икакве материјалноправне заштите јер би се, генерализацијом става арбитражног већа у предмету *World Duty Free v. Kenya*, одговорност за корупцију у потпуности превалила на улагача. Такво решење нам се не чини правичним јер, ако давање и примање мита заиста јесу *pari delicti*, што нам се чини неспорним, не видимо зашто би грађанскоправне последице корупције у погледу улагачког подухвата у потпуности сносио улагач сваки пут када корумпирани одлучилац из државе пријемнице није директно физички утицао на корупцију.

Други приступ третирању питања корупције у контексту одговорности државе за заштиту страних директних улагања испољио се у тумачењу да улагање испословано

⁸⁴⁴ *World Duty Free Company Ltd v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, пасус 178.

⁸⁴⁵ Термини коришћени у енглеском оригиналу одлуке у случају *World Duty Free v. Kenya* – coercion, oppression or force – указују да је у конкретном случају био потребан веома активан физички утицај органа државе пријемнице улагања на улагача да би веће закључило да и држава пријемница сноси одговорност за корупцију.

коруптивним радњама не представља улагање учињено у складу са правом државе пријемнице улагања (што је у већини инструмената заштите права страних улагача услов да се страно директно улагање сматра заштићеним), па самим тим не улази у поље заштите извора права заштите страних улагања меродавног у конкретном случају, тако да форум за решавање улагачког спора нема надлежност да одлучује о повреди права која проистиче из таквог пословног подухвата.⁸⁴⁶ Практична последица оваквог приступа је да оштећени улагач који је свој пословни подухват спровео уз коруптивне радње може да штити своја права пред судовима државе пријемнице улагања. Међутим, како се исправно истиче у литератури, недостатак оваквог приступа је што одлучивање о последицама корупције препушта у руке националном правосудном систему државе пријемнице улагања, док сама та држава није санкционисана пре него што је дошло до спора између улагача и државе пријемнице улагања.⁸⁴⁷

Имајући у виду да је тема овог дела тезе испитивање значаја корупције као основа искључења одговорности државе пријемнице улагања, уздржаћемо се од детаљнијег коментарисања изложених приступа и од давања предлога за нова решења у погледу третмана корупције пред форумима за решавање улагачких спорова. Задржаћемо се на опажању да је пракса форума за решавање спорова у погледу третмана корупције као основа искључења одговорности државе за заштиту страних директних улагања веома разнолика. Сходно томе, нема основа закључку да корупција приликом уговарања и извођења међународног улагачког подухвата нужно представља основ искључења одговорности државе пријемнице за заштиту таквог подухвата. Прецизније би било истаћи да до утврђивања одговорности државе за заштиту страног директног улагања у случају постојања коруптивних радњи приликом закључења и извођења улагачког подухвата неће ни доћи било због тога што форум за решавање спорова такав подухват неће сматрати заштићеним улагањем у смислу меродавног инструмента заштите улагачких права (као што се то десило у предмету *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador*), било зато што ће се сматрати да корупција представља разлог неважности уговора којим је правно уобличен међународни улагачки подухват,

⁸⁴⁶ *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

⁸⁴⁷ T. Meshel, *op. cit.*, стр. 279-281.

што за даљу последицу има околност да је улагачев захтев за инвестиционоправну заштиту лишен основа (као што се то десило у предмету *World Duty Free v. Kenya*).

IV - СИНТЕЗА – ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ОСНОВА ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

Основи искључења одговорности државе за повреду ообезе заштите страних директних улагања представљају механизам за успостављање равнотеже интереса учесника међународног улагачког подухвата. Самим својим постојањем, они омогућавају држави пријемници улагања регулаторну флексибилност, јер је екскулпирају у случају да, делујући на тачно предвиђен начин у тачно одређеним ванредним околностима, повреди обавезу заштите страних директних улагања на својој територији. Са друге стране, основи искључења одговорности, уколико су јасно и прецизно формулисани, појачавају правну сигурност страних улагача јер им омогућавају да поузданије процене улагачку климу у држави пријемници улагања, да буду унапред упознати са некомерцијалним ризицима којима потенцијално могу да буду изложени у случају да наступи ванредна ситуација која представља окидач за примену мера у погледу којих је одговорност државе пријемнице улагања искључена, као и да знају која им правна средства стоје на располагању уколико до примене таквих мера дође.

Уређење основа искључења одговорности државе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања представља још једну тачку додира општег међународног права, грађанског права и међународног права заштите страних улагања. Неки од основа искључења одговорности који су предвиђени општим међународним правом, као што су виша сила и нужда, могу да буду примењени и у погледу искључења одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања. Међутим, истицање ових основа искључења одговорности пред форумима за решавање улагачких спорова је ретко кад било успешно и то, како нам се чини, из најмање два разлога. Први разлог је висок стандард доказивања који се захтева за допуштеност истицања ових основа. Други разлог је околност да саме државе својим радњама себе преклудирају од успешног истицања општих међународних основа искључења одговорности.

Наиме, двострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања често садрже одредбе којима се јемчи право страног улагача на накнаду губитака које претрпи услед рата, устанка, немира и других оружаних сукоба, као и током ванредног стања на територији државе пријемнице улагања. Арбитражно веће Међународног центра је у предмету *BG v. Argentina* такву одредбу протумачило као одлуку држава везаних споразумом о заштити и подстицању улагања који садржи такву клаузулу да ситуације покривене њоме (ратове, устанке, немире и друга ванредна стања) учине ситуацијама у погледу којих није могуће истаћи одбрану која би се заснивала на неком од међународноправних основа искључења одговорности. То у ствари значи да државе које у своје споразуме о заштити и подстицању страних улагања укључују клаузуле о праву страног улагача на накнаду губитака, што вероватно чине у жељи да привуку стране улагаче уверавајући их да ће и у ванредним стањима њихова улагања уживати исти ниво заштите као и у редовним околностима, заправо себи ограничавају маневарски простор за регулаторно деловање у случају да до ванредне ситуације заиста и дође. Тиме се баланс интереса учесника међународног улагачког подухвата помера на штету државе пријемнице улагања на начин који је, по нашем виђењу, потпуно непотребан. Наиме, стандард допуштености општих међународноправних основа искључења одговорности је довољно висок да ефикасно штити стране улагаче од сувише лаког или сувише честог прибегавања државе пријемнице улагања дозвољеним мерама које могу да имају штетно дејство по његово улагање. Сходно томе, сматрамо да државе пријемнице улагања не би требало да се одричу права да у ванредним ситуацијама делују ванредним мерама како би изузетне и непредвидљиве околности у којима су се нашле што брже и ефикасније отклониле.

Са друге стране, међународно право овлашћује државе да међународним уговорима предвиде ситуације у којима ће њихова одговорност за повреду обавезе заштите страних директних улагања бити искључена. Наравно, и клаузуле о дозвољеном ограничењу заштите улагачких права, исто као и општи основи искључења одговорности, треба да се примењују само у изузетним околностима, али је њихова предност у односу на опште основе искључења одговорности у томе што поље своје примене могу јасније и прецизније да дефинишу, што у погледу њихове примене ствара предвидљивост која је корисна за све учеснике међународног улагачког подухвата. Нажалост, наша држава ретко прибегава уношењу клаузула о дозвољеном

искључењу одговорности, па ова клаузула тако није предвиђена ни српским моделом споразума о заштити и подстицању страних улагања.

Коначно, вероватно теоријски најспорнији основ искључења одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања је корупција. За разлику од осталих основа искључења, овај основ само „трансферише“ одлучивање о правним последицама корупције из сфере надлежности форумā за решавање улагачких спорова (и то било тако што ће се сматрати да у конкретном случају нема спора „поводом улагања“, па форум неће бити надлежан, било тако што ће се сматрати да је основни посао, који представља улагачки подухват, ништав, па се питање заштите *улагачких* права опет не поставља), у сферу надлежности неког другог, државног органа који ће одлучивати о кривичноправним и грађанскоправним последицама овог недозвољеног дела.

Имајући у виду важност основа искључења одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања за интересе учесника међународног улагачког подухвата, потребно је да државе пријемнице улагања пажљиво размотре када и под којим условима могу да предузму неку меру која може да има штетне последице по страна директна улагања на њиховим територијама, као и да настоје да садржај инструмената заштите права страних улагача формулишу на такав начин да улагачима не „везује руке“ у ванредним ситуацијама али ни да их не одвраћају од улагања.

ГЛАВА VI

ПОСЛЕДИЦЕ ПОСТОЈАЊА ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

I - ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА

Општи смисао института одговорности је да омогући да се субјект коме се може приписати одређено недозвољено чињење или пропуштање обавезе новом обавезом чији су елементи и модалитети успостављања такви да треба да омогуће да се, како је то још Стални суд међународне правде формулисао у контексту међународне одговорности, у највећој могућој мери пониште све последице недозвољеног дела и поново успостави стање за које би се разумно могло очекивати да би постојало да недозвољено дело није било учињено.⁸⁴⁸

Упркос свом великом практичном значају у поступку решавања улагачких спорова, питање последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања све до недавно није било предмет већег интересовања правне науке.⁸⁴⁹ Оправдања за овакав дуготрајни изостанак научне пажње су различита. С једне стране су аутори који истичу да је питање утврђивања и одмеравања последица веома деликатно и тешко јер важећи извори (међународног) права не садрже довољно правила у том погледу.⁸⁵⁰ Са друге стране се истиче да одлуке о правним последицама повреде обавезе заштите страних директних улагања, поред тога што треба да исправе (економске) последице међународно недозвољеног дела државе пријемнице улагања, такође имају и свој политички аспект јер утичу на

⁸⁴⁸ Case concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), Decision No. 13 (Merits), 13 September 1928, стр. 47.

⁸⁴⁹ Такву оцену изричито даје Carole Malinvaud, „Non-Pecuniary Remedies in Investment Treaty Arbitration“, *ICCA Congress Series* vol. 14, 2009, стр. 209. Међу новијим радовима који се веома детаљно баве различитим аспектима постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања издвајамо: Sergey Ripinsky, Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, London 2008; Mark Kantor, *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International 2008.

⁸⁵⁰ B. Graefrath, *op. cit.*, стр. 90-94.

очување легитимности и кредибилности међународног система решавања улагачких спорова, па деликатност овог питања одвраћа ауторе од детаљнијег бављења изложеном темом.⁸⁵¹ Према се оба изложена оправдања чине утемељеним, потреба за систематизовањем знања о овом питању како би се поспешила предвидљивост исхода међународних улагачких спорова и тиме побољшала правна сигурност не само страних улагача већ и држава пријемница улагања ипак односи превагу над скепсом у погледу изводљивости и сврсисходности научног испитивања последица постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања.

У контексту општих хипотеза нашег истраживања, у оквиру ове Главе треба испитати неколико важних питања. Да ли се и у ком погледу последице постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања разликују од последица постојања одговорности у општем међународном праву, са једне стране, и грађанскоправне одговорности (уговорне или вануговорне) са друге стране? На који начин извори међународног права страних улагања утичу на последице постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања? Да ли постојећа правила у погледу одређивања последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања обезбеђују потребну равнотежу интереса страног улагача и државе пријемнице улагања? Какав став о последицама постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања заузимају извори права страних улагања који обавезују Републику Србију?

У тражењу одговора на постављена питања, у први план нећемо ставити појам штете коју претрпи страни улагач, као што је то обично случај у стручној литератури.⁸⁵² Ово стога што, како смо утврдили у Глави I овог рада, штета не представља конститутивни елемент појма одговорности државе за заштиту страних директних улагања. Да бисмо очували методску доследност, у први план ћемо зато ставити појам *обавезе* која настаје као последица повреде дужности заштите страног директног улагања. Сходно томе, најпре ћемо анализирати неновчане (II) а потом новчане обавезе које проистичу из повреде обавезе заштите страних директних

⁸⁵¹ Thomas Wälde, Borzu Sabahi, „Compensation, Damages and Valuation“ у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment*, Oxford University Press, Oxford 2008, стр. 1054-1056.

⁸⁵² Тако, нпр. S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, passim.

улагања (III), да бисмо на подлози тих истраживања покушали да одговоримо на питања која смо у претходном пасусу поставили (IV).

II - НЕНОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ

Основно питање које се поставља у вези са неновчаним обавезама које произлазе из повреде обавезе заштите страних директних улагања односи се на саму могућност обавезивања одговорне државе пријемнице улагања на одређено неновчано чињење или пропуштање (1.). Пошто анализирамо концепцијске дилеме које се постављају у погледу претходно наведеног питања, размотрићемо појединачне врсте чињења и пропуштања о којима је пракса форумā за решавање улагачких спорова до сада имала прилике да се изјасни (2.).

1. Могућност обавезивања одговорне државе пријемнице улагања на чињење или пропуштање

Дилеме у погледу начелне могућности, односно допуштености, обавезивања државе која је повредила обавезу заштите страног директног улагања на одређено неновчано чињење или пропуштање проистичу из околности да члан 54(1) Вашингтонске конвенције предвиђа (само) обавезу држава потписница да на својој територији изврше новчане обавезе одређене одлуком Центра.⁸⁵³ Експлицитно помињање само новчаних обавеза у тексту цитиране одредбе омогућава два супротстављена начина њеног тумачења.

Према читању члана 54(1) Конвенције које би тежиште ставило на околност да ова одредба уређује питање обавезе извршења новчаних а не и неновчаних обавеза, непомињање неновчаних обавеза би могло да се протумачи као намера творца Конвенције да искључе могућност да повреда обавезе заштите страног директног улагања поред новчаних генерише и неновчане обавезе. Другим речима, форум надлежан за решавање улагачког спора може да обавезе одговорну државу само на плаћање у случају да је повредила своју обавезу заштите страног директног улагања.

⁸⁵³ Члан 54(1) Вашингтонске конвенције гласи: „Свака држава потписница признаће као обавезну одлуку донету на основу ове Конвенције и извршиће на својој територији **новчане** обавезе одређене том одлуком као да је то коначна пресуда суда те државе. Држава потписница која има федерално уређење може извршити такву одлуку преко свог савезног суда, а може и предвидети да савезни судови поступају са таквом одлуком као да је она коначна пресуда суда државе чланице“ (подвукао аутор).

Из таквог тумачења би се могао извести закључак да је природа штете која настаје повредом обавезе заштите страног директног улагања увек таква да може бити отклоњена само осудом одговорне државе на плаћање, а не и њеним обавезивањем на неку другу радњу или пропуштање.

Другачије читање члана 54(1) Конвенције у фокус би ставило околност да ова одредба говори о обавези *извршења*, не о могућности *изрицања* одређене врсте обавеза које долазе као последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страног директног улагања. Сходно томе, могло би да се закључи да члан 54(1) Конвенције, односно сама Конвенција, *нарочито* предвиђа обавезу држава потписница да извршавају новчане обавезе утврђене одлукама Центра (будући да је обавеза накнаде штете у пракси форумā за решавање улагачких спорова најчешће изрицана последица повреде обавезе заштите страних директних улагања), док је извршење неновчаних обавеза уређено општим правилима међународног јавног права (будући да неновчана обавеза свој легитимитет и правну обавезност црпи из околности да је успостављена одлуком арбитражног већа Међународног центра, међународног тела на чију је надлежност држава пријемница улагања пристала, па је сходно томе одлуке тог тела обавезују не само на основу правила садржаног у Конвенцији, већ представљају и међународну уговорну обавезу коју је држава пријемница улагања прихватила приступајући Конвенцији).⁸⁵⁴

Шројер, који се детаљно бавио питањем могућности обавезивања држава на неновчане чинидбе као последицу повреде обавезе заштите страних директних улагања, стоји на становишту да би било погрешно закључити да члан 54(1) Конвенције ограничава арбитражна већа Центра да изричу само осуде на плаћање уколико утврде одговорност тужених држава, и свој став образлаже указивањем на ток припрема за доношење Вашингтонске конвенције.⁸⁵⁵ Наиме, прве верзије Конвенције нису садржавале ограничење обавезе извршења одлука само у погледу новчаних обавеза. Одлука да у коначну верзију члана 54 ипак уђе рестриктивно одређен садржај је последица преовладавања сумњи у могућност Вашингтонске конвенције да успостави ефикасан, а са друге стране довољно широко прихватљив, механизам извршења неновчаних обавеза, а не израз жеље творца Конвенције да *забране*

⁸⁵⁴ У том смислу вид. L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, *op. cit.*, стр. 183.

⁸⁵⁵ C. Schreuer, „*Non-Pecuniary Remedies...*“ (*op. cit.*), стр. 325-326.

арбитражним већима Центра да у својим одлукама обавезују одговорне државе на неоновчане чинидбе.⁸⁵⁶

Подржавајући образложење о практичним тешкоћама извршења неновачаних обавеза као разлогу усвајања рестриктивног садржаја члана 54(1) Вашингтонске конвенције, Мак Лилан (*McLachlan*), Шор (*Shore*) и Вајнигер (*Weiniger*) као пресудне виде две потенцијалне тешкоће које су вероватно определиле творце Конвенције да буду опрезни у погледу њеног коначног текста. Прва је околност да обавезивање држава на одређену чинидбу представља много већи и озбиљнији захват у њен суверенитет него што би то би случај са обавезивањем на исплату накнаде штете, док друга тешкоћа проистиче из околности да поступци у инвестиционим арбитражама по правилу трају барем неколико година, што је најчешће сувише дуг период да би обавезивање одговорне државе на повраћај у пређашње стање било уопште практично могуће и изводљиво.⁸⁵⁷

Нарочито уверљивим нам се чини образложење искључења неновачаних обавеза из домашаја члана 54(1) Конвенције које даје Карол Маленво (*Malinvaud*).⁸⁵⁸ Ова ауторка примећује да правни основ дужности извршења обавеза установљених одлукама арбитражних већа Међународног центра за државу која је учествовала у поступку није члан 54(1), већ члан 53(1) Конвенције.⁸⁵⁹ За разлику од неновачаних обавеза, које због своје природе најчешће ангажује само државу која је учествовала у поступку, осуда на плаћање не мора нужно да се изврши на територији државе која је учествовала у поступку, већ је могуће да се изврши и на њеној имовини која се налази у трећој држави. Пошто трећа држава није учествовала у поступку и није обавезана посебном одредбом члана 53(1) Конвенције, члан 54(1) заправо служи да попуни ту „празнину“, јер ова одредба обавезује сваку државу уговорницу Вашингтонске конвенције да на својој територији изврши новчане обавезе установљене одлуком

⁸⁵⁶ *Ibid.*, стр. 325. У том смислу вид. и Aron Broches, „Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution“, *FILJ – ICSID Review* бр. 2/1987, стр. 287-334, нарочито стр. 315-316 и 328-329.

⁸⁵⁷ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 341.

⁸⁵⁸ C. Malinvaud, *op. cit.*, стр. 209-230.

⁸⁵⁹ Члан 53(1) Вашингтонске конвенције гласи: „Одлука је **обавезујућа за обе странке** и не подлеже жалби или ком другом правном леку, изузев оних које предвиђа Конвенција. **Обе странке дужне су да се povinују одредбама одлуке и изврше их**, изузев уколико је извршење обустављено на основу одговарајућих одредаба Конвенције“ (подвукао аутор).

Центра према било којој (другој) држави која је учествовала у поступку у ком је предметна одлука донета.⁸⁶⁰

Из изложених доктринарних ставова закључујемо да не би требало сумњати у могућност да се одговорност за повреду обавезе заштите страних директних улагања огледа у стварању како новчаних тако и неновчаних обавеза на страни одговорне државе. У прилог оваквом закључку иде и став теорије да се питање подобности неновчаних обавеза да буду одређене и извршене као (релативно) спорно појављује само у контексту арбитража пред Међународним центром због специфичне терминологије члана 54(1) Конвенције, док у контексту решавања улагачких спорова пред другим форумима (арбитражним или државним судовима) никаква дилема у овом смислу не поставља чак ни на теоретском нивоу.⁸⁶¹ Коначно, пракса форумā за решавање улагачких спорова, као што ћемо у наредном делу показати, потврђује да неновчане обавезе могу да буду последица одговорности државе пријемнице улагања за повреду обавезе њихове заштите.

2. Одређивање неновчаних обавеза у пракси форумā за решавање улагачких спорова

Анализа праксе форумā за решавање улагачких спорова показује да је могуће направити дводелну класификацију неновчаних обавеза које су ти форуми установљавали у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања. С једне стране стоји повраћај у пређашње стање (2.1) а са друге све остале неновчане чинидбе (2.2).

2.1 Повраћај у пређашње стање

Један од првих случајева у којима је истакнут захтев за повраћај у пређашње стање у контексту заштите права страних улагача, спор између Италије и Венецуеле познатији као случај Мартини, решаван је почетком XX века.⁸⁶² Италијанска компанија Мартини добила је 1898. године петнаестогодишњу концесију од венецуеланске владе

⁸⁶⁰ C. Malinvaud, *op. cit.*, стр. 226-227.

⁸⁶¹ Patrick Dunand, Maria Kostytska, „Declaratory Relief in International Arbitration“, *Journal of International Arbitration* бр. 1/2012, стр. 3.

⁸⁶² Martini Case (Italy v. Venezuela), Award, 3 May 1930, *RIAA* vol. 2, стр. 975 et seq.

да у провинцији Бемудес изгради железничку инфраструктуру и управља њоме, као и да експлоатише одређена рудна богатства. Међутим, већ почетком XX века избили су немири у Венецуели, па је Мартини морао да суспендује своје улагачке активности. Како ова компанија није једина била погођена немирима, 1903. године основана је једна *ad hoc* комисија за одлучивање о потраживањима против Венецуеле која су настала у вези са немирима. У погледу потраживања компаније Мартини, комисија је обавезала Венецуелу да компанији Мартини исплати обештећење за период у коме је била спречена да обавља своју делатност у провинцији Бемудес, а како петнаестогодишњи рок још увек није био ни близу истека у тренутку доношења те одлуке, концесија је требало да се надаље несметано настави. Међутим, убрзо по доношењу одлуке комисије, венецуеланска влада је пред судом у Каракасу покренула поступак за раскид концесије због тога што компанија Мартини није испуњавала свој део обавеза по концесионом акту и тужила компанију Мартини за накнаду штете. Када је венецуелански суд прихватио тужбени захтев, Италија је, користећи механизам дипломатске заштите, покренула поступак против Венецуеле. Арбитражно веће које је о овом случају одлучивало, утврдило је да је раскидом концесије Венецуела повредила одлуку *ad hoc* комисије (квалификујући одлуку венецуеланског суда као „очигледно противправну“) и обавезало Венецуелу да поништи спорну судску одлуку и стави ван снаге њене евентуалне правне последице. Другим речима, арбитражно веће је наредило Венецуели да права компаније Мартини врати у оно стање у ком су се налазила у тренутку доношења одлуке *ad hoc* комисије.

Иако је арбитражно веће у предмету Мартини наредило један врло специфичан облик враћања у пређашње стање – поништај радњи које су неспојиве са ранијом одлуком међународног трибунала, а која у тренутку када су спорне правне радње предузете још увек није била извршена – одлука у овом случају је имала велики практичан значај, јер је по правилу била цитирана у каснијим случајевима када се питање допуштености одређивања повраћаја у пређашње стање постављало пред форумима за решавање улагачких спорова.

После извесног периода „затишја“, захтеви за изрицање обавезе повраћаја у пређашње стање као вида неновчане чинидбе узроковане повредом обавезе заштите страних директних улагања поново су почели да се постављају седамдесетих година

XX века, у тзв. „нафтним“ арбитражама против блискоисточних и северноафричких држава.

У предмету *Liamco v. Libya* тужилац је од арбитра-појединца тражио да огласи да је Либија доношењем Закона бр. 66 из 1973. године, чијим је ступањем на снагу дошло до одузимања претежног дела концесије коју је уживала Либијско-америчка нафтна компанија (*Liamco*), повредила концесиони акт закључен са компанијом *Liamco* 1955. године, да обавезе Либију да опозове спорни закон и да компанији *Liamco* врати концесију за истраживање и експлоатацију нафтних лежишта.⁸⁶³ Иако је утврдио да је Либија повредила обавезу заштите улагања компаније *Liamco*, арбитар-појединац је стао на становиште да би обавезивање Либије да опозове свој закон и врати концесију тужиоцу било у колизији са сувереним правом држава да национализују своја природна богатства. Штавише, арбитар је изнео гледиште да, чак и уколико би пристао да обавезе Либију на повраћај у пређашње стање, таква одлука не би била подобна за извршење.⁸⁶⁴ Сходно томе, арбитар је обавезао Либију да тужиоцу у новцу накнади штету учињену незаконитом експропријацијом његовог улагања.

Становиште арбитра-појединца у предмету *Liamco v. Libya* подсећа на један од начина аргументације који је касније формулисан у погледу домашаја члана 54(1) Вашингтонске конвенције, према којој неновчане обавезе, због дејства које имају на суверенитет држава, нису подобне да буду принудно извршене. Међутим, врло брзо су се појавила и другачија гледишта. Суочен са сличним питањем – питањем правних последица укидања концесије и национализације предмета страног улагања, арбитар-појединац у предмету *Texasco v. Libya* је изнео мишљење да је повраћај у пређашње стање примарна обавеза која настаје повредом обавезе заштите страног директног улагања, док новчаној накнади треба прибећи тек онда када би се показало да је повраћај у пређашње стање немогућ или би био неизводљив у датим околностима.⁸⁶⁵ Сходно томе, арбитар-појединац је у диспозитиву своје одлуке потврдио пуноважност и правноснажност концесионог акта између Либије и тужиоца, обавезао Либију да испуни свој део обавеза из концесионог акта и за то јој оставио петомесечни рок. Ипак,

⁸⁶³ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, пасус 105.

⁸⁶⁵ *Texasco Overseas Petroleum Company & Calasiatic v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 19 January 1977.

ваља приметити да је арбитар-појединац био свестан потенцијалних тешкоћа у погледу извршења неновачане обавезе, јер је у одлуци предвидео да ће се, у случају Либија одбије или пропусти да изврши повраћај у пређашње стање, њена неновачана обавеза по истеку парационог рока претворити у новчану (плаћање накнаде за експропријацију).

Повраћај у пређашње стање је био релевантан и у пракси Међународног центра. У предмету *Antoine Goetz v. Burundi* тужиоци, белгијски држављани, основали су компанију у Бурундију којој је било одобрено коришћење слободне зоне.⁸⁶⁶ Спор међу странама је избио када је Бурунди повукао дозволу за коришћење слободне зоне. Арбитражно веће Међународног центра је *prima facie* утврдило да опозив дозволе за коришћење слободне зоне представља меру која има исто дејство као експропријација и стало на становиште да, како би показао да је та експропријација била законита, Бурунди мора да исплати одговарајућу накнаду тужиоцима или да им врати дозволу за коришћење слободне зоне, чиме би правни однос са тужиоцем вратио у пређашње стање.

Овај случај је, међутим, добио неуобичајен обрт јер, након што је арбитражно веће утврдило да је Бурунди одговоран за повреду обавезе заштите страног директног улагања, странке су склопиле поравнање које је регистровано арбитражном одлуком. Према поравнању Бурунди је прихватио да делимично обештети тужиоце због повлачења иницијалне дозволе и да им изда дозволу за коришћење друге, нове слободне зоне. Управо због околности да исход спора није био повраћај оне дозволе чије повлачење је довело до покретања арбитражног поступка већ одобравање друге слободне зоне, као и да је до таквог исхода заправо дошло споразумом странака а не самосталном одлуком арбитражног већа, Шројер сматра да одлука у предмету *Goetz v. Burundi* не би нужно могла да се сматра примером обавезивања тужене државе пријемнице улагања на неновачану чинидбу, тј. на повраћај у пређашње стање.⁸⁶⁷ Други коментатори, пак, истичу да је одлука у овом случају, без обзира на околност да је донета на основу поравнања странака, ипак испунила сврху повраћаја у пређашње стање, а то је уклањање правних последица међународно недозвољеног дела државе пријемнице улагања и омогућавање да страни улагач и држава пријемница улагања

⁸⁶⁶ *Antoine Goetz v. Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Decision on Liability, 2 September 1998 and Award, 10 February 1999.

⁸⁶⁷ C. Schreuer, „*Non-Pecuniary Remedies...*“ (*op. cit.*), стр. 330.

наставе свој однос, те да по својој суштини одлука у спору *Goetz v. Burundi* ипак представља пример одлуке у којој је тужена држава обавезана на повраћај у пређашње стање.⁸⁶⁸

Сматрамо да околност да је арбитражна одлука донета на основу поравнања није пресудна за њену квалификацију као примера одлуке у којој је тужена држава обавезана на повраћај у пређашње стање. Иако је заснована на споразуму странака, обавеза повраћаја у пређашње стање своју правну обавезност у овом случају ипак црпи првенствено из арбитражне одлуке. Да Бурунди није тужиоцима одобрио коришћење слободне зоне, не би био одговоран за непоштовање ванарбитражног споразума са белгијским улагачима, већ за неизвршење арбитражне одлуке Међународног центра. Штавише, са становишта питања које у овом делу рада проучавамо, а то је да ли повреда обавезе заштите страног директног улагања може за последицу да има обавезивање одговорне државе на неновчану чинидбу, сматрамо да чак није ни неопходно улазити у питање да ли одлука у предмету *Goetz v. Burundi* представља класичан или атипични пример одлуке о обавезивању на повраћај у пређашње стање. Оно што је за ово питање битно јесте да је држава пријемница улагања повредила обавезу заштите страног директног улагања и да је за ту повреду одговорна (што је неспорно, јер је одговорност Бурундија утврђена посебном одлуком о одговорности), те да је, као последицу те одговорности, обавезана да испуни одређену неновчану чинидбу (што је такође неспорно, јер је та обавеза констатована коначном арбитражном одлуком). У том светлу, намеће се закључак да установљавање неновчане чинидбе представља једну од могућих последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања чак и у систему решавања улагачких спорова према Вашингтонској конвенцији, што даље показује да је тумачење чланова 53(1) и 54(1) Конвенције за које смо се определили у претходном одељку било оправдано.

Да одлука у предмету *Goetz v. Burundi* није била само изузетак у пракси Међународног центра показује и скорашња одлука у спору *ATA v. Jordan*.⁸⁶⁹ Јорданска државна компанија *APC* ангажовала је турску компанију *ATA* да изгради насипе на јорданској обали Мртвог мора. Један од насипа се, након предаје изграђених објеката

⁸⁶⁸ P. Dunand, M. Kostytska, *op. cit.*, стр. 15.

⁸⁶⁹ *ATA v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010.

наручиоцу радова, срушио па је *APC* покренула арбитражни поступак према правилима Међународне федерације инжењера консултаната (енг. *International Federation of Consulting Engineers – FIDIC*) против *ATA*, како је и било предвиђено уговором о грађењу. Компанија *ATA* је одговорила противтужбом пред истим арбитражним већем. Арбитри су одбили тужбени захтев *APC*-а а прихватили противтужбени захтев *ATA*. *APC* је затим покренула поступак поништаја арбитражне одлуке пред надлежним јорданским судом. Апелациони суд је поништио одлуку нашавши да *FIDIC* није исправно применила меродавно материјално право, што је, како произлази из касније арбитражне одлуке Међународног центра на основу које реконструирамо чињенице овог случаја, представљало основ за поништај арбитражне одлуке према тада важећем јорданском арбитражном праву. Након што је арбитражна одлука поништена, а јордански Касациони суд одбио жалбу компаније *ATA* на ту одлуку, *APC* је отпочео нови поступак пред надлежним јорданским судом, држећи да је право на приступ арбитражи „исцрпљено и угашено“ (енг. „*exhausted and extinguished*“) претходно вођеним неуспешним поступком. *ATA* је, због повреде права на поштен и равноправан третман свог улагања заштићеног турско-јорданским споразумом о међусобном подстицању и заштити улагања, покренула поступак против Јордана пред арбитражним већем Међународног центра. Арбитражно веће је утврдило да је Јордан својим радњама којима је практично онемогућио турском улагачу да ефикасно заштити своја права прекршио обавезе успостављене турско-јорданским споразумом о заштити улагања и наредило једну врло специфичну врсту повраћаја у пређашње стање: обавезало је Јордан да „одмах и безусловно“ (енг. „*immediately and unconditionally*“) обустави судски поступак против компаније *ATA* и уздржи се од покретања евентуалног новог судског поступка било у Јордану, било у иностранству. Такође, веће је овластило тужиоца, компанију *ATA*, да поново покрене *FIDIC* арбитражу сходно одговарајућој одредби уговора о грађењу закљученом са *APC*.⁸⁷⁰

У коментару ове одлуке истиче се да је она значајна, између осталог, и због тога што је јасно показала да је арбитражно веће Међународног центра овлашћено да изрекне обавезу повраћаја у пређашње стање (односно, на општи начин речено, било коју неновачану чинидбу) као последицу одговорности државе за повреду обавезе

⁸⁷⁰ *Ibid.*, пасус 133, нарочито тачка 4.

заштите страних директних улагања.⁸⁷¹ За разлику од предмета *Goetz v. Burundi*, у предмету *ATA v. Jordan* обавезивање тужене државе на ненувачану чинидбу није дошло на основу поравнања међу странама у спору, већ је такву одлуку арбитражно веће донело самостално. Према томе, чак и уколико је одлука у предмету *Goetz v. Burundi* у делу доктрине остављала сумњу у погледу овлашћења арбитражних већа која поступају по Вашингтонској конвенцији да нареду повраћај у пређашње стање, одлука у предмету *ATA v. Jordan* је коначно развејала све резерве које би у том погледу могле да се истакну.

2.2 Остале неновчане чинидбе

Осим повраћаја у пређашње стање, арбитражна већа Међународног центра су у последњој деценији изрицала и друге облике неновчаних обавеза као последицу повреде обавезе заштите страних директних улагања. У том контексту, у стручној литератури је нарочито често као пример цитиран предмет *Enron v. Argentina*.⁸⁷² У том случају тужилац је тражио од арбитражног већа Међународног центра да, за почетак, изрекне привремену меру којом би Аргентину спречила да на тужиоца примени одређене пореске прописе који би, по његовом предвиђању, довели до експропријације његовог улагања. Расправа међу странама по овом питању се водила на два нивоа. Прво, Аргентина је оспорила надлежност арбитражног већа Центра да одлучује у погледу будућег спора, с обзиром да порески пропис чију је примену компанија *Enron* желела да спречи још увек на ту компанију није био у целости примењен, тј. спорни порез још увек није био наплаћен. Сходно томе, обавеза заштите улагања, према виђењу Аргентине, још увек није била повређена јер држава (до тренутка почетка поступка) није повредила ни једно улагачево заштићено имовинско право. Тужилац је, очекивано, стајао на супротном становишту и покушавао да докаже да је сама вредност обрачунаог пореза, без обзира што тај порез још увек није наплаћен, толико висока да би га, уколико порез заиста и буде наплаћен, тренутно учинила неликвидним и онеспособила у редовном и очекиваном извођењу улагачког подухвата. Арбитражно веће је прихватило аргументацију тужиоца и, пажљиво оценивши све околности

⁸⁷¹ Joanna Dingwall, Hussein Haeri, „ICSID Tribunal finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations“, *International Arbitration Law Review* бр. 4/2010, стр. 34.

⁸⁷² *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, нарочито пасуси 72-81.

случаја, закључило да је Аргентина већ самим чином обрачуна пореза и најаве његове наплате угрозила улагачева заштићена права, тако да у том смислу спор међу странама није само потенцијалан или хипотетички, већ стваран.⁸⁷³

Друга тачка о којој се водила расправа била је сама могућност обавезивања државе пријемнице улагања на неновчану чинидбу. Премда би се на први поглед могло учинити да је ово питање заправо опште место које тужена држава пријемница улагања истиче без стварног очекивања да ће тај аргумент бити прихваћен, већ само у жељи да одуговлачи поступак, природа мере која је у конкретном случају била тражена заправо отвара једно веома занимљиво питање – може ли се држава обавезати на пропуштање које се састоји у непримени неког општег правног акта према страном улагачу? Подсетимо да је у сличном спору, *Liamco v. Libya*, арбитар-појединац стао на становиште да би обавезивање Либије на повраћај у пређашње стање, тј. опозив закона који је довео до поништаја концесионог акта, представљало меру која није подобна за извршење. Арбитражно веће у предмету *Enron v. Argentina* је ипак решило да крене другим путем и направило разлику између *надлежности* за одређивање неновчаних обавеза и саме *природе* неновчане обавезе која треба да буде успостављена. Позивајући се на праксу различитих форума за решавање улагачких спорова, арбитражно веће је закључило да има надлежност за одређивање неновчаних обавеза, али је истовремено оценило да су природа обавезе која треба да буде успостављена и начини њеног извршења питања која треба решити у оквиру одлуке о меритуму.⁸⁷⁴ Међутим, остали смо ускраћени за сазнање какву неновчану обавезу би у овом случају арбитражно веће наредило, јер је неколико месеци по доношењу одлуке о надлежности тужилац затражио од већа да застане са поступком по захтеву за обавезивање Аргентине на уздржавање од примене спорних пореских прописа зато што је у међувремену пред аргентинским судовима започео поступак чији би исход могао да утиче на тужиоцев тужбени захтев у делу који се тиче пореских прописа. Имајући у виду ток поступка пред аргентинским судовима и након неколико захтева за додатно продужење периода

⁸⁷³ *Ibid.*, пасус 74. Детаљније о значају постојања стварног (а не само хипотетичког) спора за одређивање неновчане мере у праву страних улагања, са анализом америчке и француске судске праксе, вид. Р. Dunand, М. Kostytska, *op. cit.*, стр. 6-10.

⁸⁷⁴ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, пасус 81.

застоја, арбитражно веће је закључком од 8. децембра 2005. године прекинуло поступак у делу који се тиче захтева у погледу непримене пореских прописа.⁸⁷⁵

Неновчана чинидба одређена је у одлуци у предмету *Siemens v. Argentina*.⁸⁷⁶ У овом случају, поред тога што је обавезана да улагачу накнади штету због повреде његових заштићених права, Аргентина је обавезана да улагачу врати полису осигурања која је служила као средство обезбеђења испуњења улагачевих обавеза према држави пријемници.⁸⁷⁷ Имајући у виду да је сврха улагања неповратно осујећена радњама и пропуштањима Аргентине, арбитражно веће је прихватило аргумент тужиоца да у датим околностима више није било никакве сврхе да Аргентина даље задржава спорну полису осигурања. Повраћај полисе осигурања тако не представља повраћај у пређашње стање него конкретну неновчану чинидбу, јер се није радило о средству за остварење улагачког подухвата већ о средству обезбеђења.

Наведене одлуке, дакле, јасно указују да повреда обавезе заштите страног директног улагања за последицу може да има успостављање неновачне обавезе државе пријемнице према страном улагачу. Та могућност не зависи од правила поступка по којима се решава улагачки спор, јер су неновачне обавезе одређивала чак и арбитражна већа Међународног центра, чија правила на први поглед остављају места за сумњу у погледу овлашћења арбитра да изричу неновачне обавезе. Треба, међутим, приметити да одређени извори права предвиђају ограничења у погледу природе обавеза које могу да настану као последица повреде обавезе заштите страног директног улагања. Тако, на пример, члан 1135 (1) Споразума NAFTA предвиђа да, у случају да утврди одговорност Стране уговорнице, арбитражно веће у својој одлуци може да је обавезе само на накнаду штете у новцу, укључујући и плаћање камате, као и на повраћај ствари, у ком случају може да предвиди могућност да одговорна држава исплати вредност одузете ствари уместо што ће је вратити.⁸⁷⁸ Са друге стране, у доктрини је изражено гледиште да би форуми за решавање улагачких спорова требало чешће да обавезују државе на неновачне чинидбе у случају повреде обавезе заштите страних директних улагања, јер

⁸⁷⁵ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, пасус 27.

⁸⁷⁶ *Siemens v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, пасус 403(5).

⁸⁷⁸ Слична формулација садржана је и у чл. 44 канадског модела Споразума о заштити улагања из 2004. године, као и у члану 34 америчког модела из 2012. године.

високи износи накнаде штете на чију исплату се најчешће осуђују одговорне државе прете да угрозе интегритет и циљ међународног система решавања улагачких спорова.⁸⁷⁹

III - НОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ

Како је то јасно формулисано у првој делимичној одлуци у спору *SD Myers v. Canada*, обавезивање државе одговорне за повреду обавезе заштите страног директног улагања на новчану накнаду штете причињене страном улагачу темељи се на општем правном принципу према коме недозвољено дело које држава учини према другом субјекту права ствара право на накнаду претрпљене економске штете.⁸⁸⁰ Међутим, одређивање обавезе накнаде штете као правне последице повреде обавезе заштите страног директног улагања изазива велике практичне тешкоће, јер извори међународног права заштите страних улагања најчешће садрже смернице за одређивање накнаде само за случај експропријације страног улагања, али не и за друге облике повреде улагачких права. Практичне дилеме нарочито настају у погледу појавних облика новчане обавезе која настаје као последица повреде обавезе заштите страних директних улагања (1.), метода израчунавања износа те обавезе (2.) као и елемената који утичу на умањење дугованог износа (3.).

1. Појавни облици новчане обавезе

Док исплата накнаде за умањење вредности улагачког подухвата које настаје као последица повреде обавезе његове заштите (1.1), онемогућавање разумно очекиваног увећања његове вредности, односно измакла корист (1.2) и камата (1.3) представљају „класичне“, у теорији и пракси неспорне појавне облике новчане обавезе државе пријемнице одговорне за повреду обавезе заштите страног директног улагања, извесне недоумице се јављају у погледу казнене накнаде (енг. *punitive damages*) (1.4) и накнаде нематеријалних губитака (1.5) које улагач претрпи услед пропуста државе пријемнице да заштити његово улагање.

⁸⁷⁹ T. Wälde, B. Sabahi, *op. cit.*, стр. 1061-1062.

⁸⁸⁰ *SD Myers Inc v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, пасус 312. Исто тако и *AMT v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21 February 1997, пасус 6.21; *Petrobart Ltd v. Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005, стр. 78.

1.1 Накнада за умањење вредности улагачког подухвата

Накнада за умањење вредности улагачког подухвата до које долази услед повреде обавезе заштите страног директног улагања (лат. *damnum emergens*) представља уобичајени појавни облик новчане обавезе коју одговорна држава дугује страном улагачу. Анализирајући праксу форумā за решавање улагачких спорова у овом погледу, професори Рипински (*Ripinsky*) и Вилијамс (*Williams*) су утврдили да круг елемената који одређују вредност улагачког подухвата у односу на коју се процењује умањење најчешће чине: трошкови припремања улагачког подухвата, капитал уложен у улагачки подухват, финансијски трошкови повезани са улагањем, као што су отплата кредита или плаћање других банкарских услуга, трошкови маркетинга, трошкови ангажовања запослених, трошкови учињени за потребе ширења пословања, па чак и трошкови учињени за плаћање службених телефонских рачуна (њихова накнада је призната у одлуци у спору *Metalclad v. Mexico*).⁸⁸¹

Да би се одређени трошак квалификовао као елемент укупне вредности улагачког подухвата потребно је да је тај трошак учињен за потребе извођења улагачког подухвата и да је трошак учинио сām улагач или са њим повезано лице.⁸⁸² Тако је на пример, у погледу првог услова, *ad hoc* арбитражно веће у предмету *Franz Sedelmayer v. Russia* одбило да у вредност улагања урачуна издатке за адаптацију стамбеног дела пословне зграде у којој је улагач обављао свој подухват, а која је била у целости експроприсана.⁸⁸³ У погледу другог услова, арбитражно веће Међународног центра у предмету *PSEG v. Turkey* је одбило да у вредност улагања урачуна издатке које су за потребе извођења улагачког подухвата учиниле две компаније које нису биле ни у каквој статусној вези са тужиоцем-улагачем нити под било каквом његовом контролом и закључило да тај дужничко-поверилачки однос треба да се расправи између тужиоца и оштећених компанија, ван инвестиционе арбитраже.⁸⁸⁴

⁸⁸¹ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 264.

⁸⁸² *Ibid.*, стр. 266.

⁸⁸³ Franz Sedelmayer v. The Russian Federation, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 7 July 1998, стр. 106-109.

⁸⁸⁴ PSEG v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, пасуси 324-325.

Ипак, да би се одређени трошак квалификовао као елемент укупне вредности улагачког подухвата, није довољно да само два горенаведена услова буду испуњена. Наиме, потребно је и да учињени трошак буде разуман. Као што гласи често цитирана формулација употребљена у одлуци *Maffezini v. Spain*, „двострани споразуми о заштити и подстицању страних улагања нису полиса осигурања од последица лоших пословних одлука“⁸⁸⁵. Сходно томе, форуми за решавање улагачких спорова су одбијали да у укупну вредност улагачког подухвата урачунају издатке који су неспорно били чињени у сврху извођења улагачког подухвата али су били непотребни, неразумни или претерани.⁸⁸⁶ Иако је процена разумности трошкова у практичним околностима веома несигуран критеријум за утврђивање укупне вредности улагачког подухвата јер подразумева овлашћење форума за решавање спора да улази у *ex post facto* анализу пословних одлука страног улагача и процењује њихову оправданост односно разумност, неки аутори сматрају да би и овај елемент требало уврстити у круг критеријума за утврђивање укупне вредности улагачког подухвата.⁸⁸⁷

При одређивању накнаде за умањење вредности улагачког подухвата, форуми за решавање инвестиционих спорова се по правилу руководе принципом потпуне накнаде.⁸⁸⁸ Једна од првих одлука у којој је овај принцип изнет била је *Sapphire v. NIOC*, где је арбитар-појединац његову примену у праву страних улагања извео из општег правног принципа *pacta sunt servanda* чији је смисао, по виђењу арбитра, да омогући да се уговорена а неиспуњена новчана обавеза замени другом – обавезом накнаде штете.⁸⁸⁹ Међутим, упркос заводљивој, али нажалост само привидној лакоћи примене принципа потпуне накнаде, поставља се питање шта све улагач мора да докаже да би се обавеза исплате накнаде за умањење вредности улагачког подухвата успоставила. Методолошки приступ овом питању сликовито је објашњен у одлуци у предмету *SD Myers v. Canada*, где је арбитражно веће одлучило да на одређивање

⁸⁸⁵ „*Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgments*“. *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, пасус 432.

⁸⁸⁶ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006; *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

⁸⁸⁷ Вид. у том смислу: S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 269-271.

⁸⁸⁸ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 335.

⁸⁸⁹ *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, Award, 15 March 1963, пасуси 173 и 185-186.

обавезе новчане накнаде аналогно примени принципе англосаксонског деликтног права и закључило: „Штета треба да се надокнади на такав начин да страна која није одговорна за њено наступање буде доведена у позицију у којој би се налазила да спорна [канадска] мера није била предузета. Тежиште треба да буде на узрочној вези, а не на предвидљивости, као што је то случај у уговорном праву. У уговорном праву, предвидљивост штете може да ограничи обим њене накнаде. То није случај у деликтном праву“⁸⁹⁰. Ипак, иако је покушало да утврди јасне и неспорне смернице за одређивање обавезе плаћања накнаде, арбитражно веће је овде отворило још једно веома спорно питање међународног права – питање утврђивања узрочне везе између спорне радње или пропуштања државе (у овом случају: државе пријемнице улагања) и штете која је услед те радње или пропуштања наступила (у овом случају: обим умањења вредности улагачког подухвата).⁸⁹¹

Према томе, у погледу утврђивања укупне вредности улагачког подухвата проблеми се не постављају само на терену избора методолошког приступа његовом израчунавању, већ и на терену утврђивања круга елемената који ту укупну вредност чине.

1.2 Накнада за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухват (измакла корист)

Накнада за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата, односно измакла корист (лат. *lucrum cessans*),⁸⁹² представља облик новчане обавезе који би, уз накнаду за умањење вредности улагачког подухвата и исплату камате, требало да служи остварењу принципа потпуне наканде штете. Док накнада за умањење вредности улагачког подухвата треба да стави улагача у економску ситуацију у којој се налазио пре него што му је држава пријемница повредила неко заштићено улагачко право, накнада за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког

⁸⁹⁰ SD Myers Inc v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, пасуси 145-146.

⁸⁹¹ О проблемима утврђивања узрочности у општем међународном праву вид. В. Graefrath, *op. cit.*, стр. 94-103, а у праву страних улагања С. McLachlan, L. Shore. М. Weiniger, *op. cit.*, стр. 335-337.

⁸⁹² У литератури из области права заштите страних улагања термин „измакла корист“ се по правилу користи само у контексту уговорних облика улагачких подухвата. Зато смо се одлучили да на овом месту користимо перифрастички термин „накнада за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата“, како бисмо њиме обухватили накнаду за немогућност остварења планираног профита код свих облика страних директних улагања.

подухвата треба да улагача стави у ситуацију у којој би било разумно очекивати да се налазио на дан исплате досуђене новчане обавезе да држава пријемница није повредила примарну обавезу заштите његовог улагања.

Без обзира да ли је за одговорност државе за повреду обавезе заштите страног директног улагања меродавно међународно или национално право, страни улагач чије је заштићено право повређено има право да тражи накнаду измакле користи. Уколико је за одговорност меродавно међународно право, члан 36(2) Правила о одговорности експлицитно предвиђа обавезу државе одговорне за повреду своје међународне обавезе да надокнади (и) изгубљену корист у мери у којој је износ те изгубљене користи доказан. У случају меродавности националног права, посебне сумње по питању могућности истицања захтева за накнаду за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата се не постављају, јер је принцип надокнадивости измакле користи универзално прихваћен у упоредном праву.⁸⁹³

Међутим, из које год перспективе да се посматра питање надокнаде измакле користи, оно увек за собом повлачи исти проблем – проблем начина одмеравања дугованог износа. С обзиром да се односи на очекиване будуће (дакле, у тренутку одмеравања још увек неостварене) приходе, одмеравање дугованог износа се нужно заснива на предвиђању, па због тога не може да буде у потпуности егзактно. Из тога професор Готанда (*Gotanda*) с правом закључује да се може рећи да је одмеравање висине накнаде измакле користи питање које ствара највише тешкоћа приликом решавања спорова из области међународног привредног права.⁸⁹⁴

Баш као и у другим областима међународног привредног права, пракса форума за решавање међународних улагачких спорова у погледу одређивања накнаде за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата је прилично неуједначена.⁸⁹⁵ Чини се да форуми за решавање спорова по правилу на исти начин формулишу стандард доказивања који тужилац-страни улагач треба да задовољи како би се успоставила обавеза плаћања накнаде за онемогућавање очекиваног увећања

⁸⁹³ За упоредни преглед правила о надокнадивости измакле добити у англосаксонском, континенталном и транснационалном уговорном праву вид. John Gotanda, „Recovering Lost Profits in International Disputes“, *GJIL* vol. 36, 2004, стр. 67-87.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, стр. 62.

⁸⁹⁵ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 278.

вредности улагачког подухвата, али да затим тај стандард, иако једнако формулисан, различито тумаче. Наиме, како је то формулисано у одлуци у предмету *Amoco v. Iran*, „[...] једно од најбоље утврђених правила међународне одговорности држава је да се не може досудити накнада за штету која је спекулативна или није са сигурношћу утврђена“ (подвукао аутор)⁸⁹⁶. Изложени стандард разумне сигурности у доказивању износа измакле добити је прихваћен у многим одлукама инвестиционих арбитража.⁸⁹⁷

Примена стандарда разумне сигурности не представља већи проблем када је до повреде обавезе заштите страног улагања наступила у тренутку када је већи део улагачког подухвата изведен.⁸⁹⁸ Међутим, ситуација постаје сложенија када је до повреде улагачких права дошло недуго по отпочињању подухвата, или чак на самом почетку његовог одвијања, у тренутку када још увек није почео да доноси никакав профит. Тако је, на пример, арбитражно веће у предмету *Tecmed v. Mexico* стало на становиште да период оперативности од око две године, колико су радиле неке од тужиочевих компанија до тренутка када му је држава пријемница повредила улагачка права, није довољно дугачак да би се направила пројекција прихода за период од више од петнаест година, за колико би била дугована накнада за измаклу корист.⁸⁹⁹ Слично томе, и арбитражно веће у предмету *SPP v. Egypt* је изнело мишљење да период оперативности подухвата од око годину дана није довољан за процењивање добити која би била остварена у периоду од око двадесет година, колико би требало да покрива обавеза накнаде измакле користи.⁹⁰⁰ Овакав приступ, према коме услед немогућности предвиђања са разумном сигурношћу очекиваног износа измакле користи, форуми за решавање спорова одлучују да у потпуности одбију захтев за

⁸⁹⁶ *Amoco International Finance Corporation v. Iran, Partial Award*, 14 July 1987, пасус 238.

⁸⁹⁷ *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company (NIOC)*, Award, 15 March 1963; *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award, 20 November 1984; *Starrett Housing Corp. v. Iran*, Final Award, 14 August 1987; *Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. v. Iran*, Award, 19 March 1986; *Autopista de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003; *Petrobart Ltd v. Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Case No. 126/2003, Award, 29 March 2005.

⁸⁹⁸ Вид. у том смислу: *Autopista de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003, пасус 361. Арбитражно веће је у овом случају одбило да обавезе Венецуелу на накнаду измакле добити тужиоцу управо због тога што услов изведености претежног дела подухвата до тренутка повреде улагачких права није био задовољен.

⁸⁹⁹ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, пасус 186.

⁹⁰⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, пасус 187.

обавезивањем државе пријемнице улагања на плаћање било какве накнаде за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата, наишао је на оштре критике у стручној литератури.⁹⁰¹

Са друге стране, у пракси форумā за решавање улагачких спорова могуће је пронаћи и другачије приступе истом проблему. У одлуци у предмету *Vivendi v. Argentina* арбитражно веће је изнело став да тужилац-страни улагач може да докаже извесност траженог износа накнаде измакле користи тако што ће пружити доказ о профитабилности концесија које је он, или чак неки други улагач, изводио под упоредивим условима.⁹⁰² Иако се у неким коментарима ове одлуке похваљује флексибилан приступ који је арбитражно веће заузело у погледу захтева тужиоца (могућност да профитабилност спорног подухвата доказује не само профитабилношћу неког *свог* подухвата већ и профитабилношћу подухвата *неког другог улагача*, докле год су ти подухвати изведени под сличним условима), истиче се да чак и овако наизглед либерално тумачење испуњености услова разумне сигурности у доказивању износа измакле користи може да за тужиоца буде тешко оствариво у пракси, јер ће се потешкоће највероватније јавити на нивоу доказивања постојања сличних услова између спорног подухвата и подухвата који је изабран као референтан.⁹⁰³

Изложени случајеви показују да, упркос томе што форуми за решавање улагачких спорова по правилу прихватају принцип надокнадивости измакле користи, право на накнаду за онемогућавање очекиваног увећања вредности улагачког подухвата је у пракси прилично тешко остварити због начина на који форуми за решавање спорова утврђују испуњеност услова разумне сигурности у одређивању износа дуговане накнаде. Иако су у теорији исказане замерке приступу већине форума за решавање спорова, у пракси још увек нема довољно одлука које би показале да се начин тумачења испуњености услова постојања разумне сигурности променио.

⁹⁰¹ За критику самог принципа у општем међународном привредном праву вид. J. Gotanda, *op. cit.*, стр. 100, а за критику његове примене у међународном праву страних улагања вид. S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 283-284.

⁹⁰² *Vivendi v. Argentina II*, ICSID Case No. ARB/97/3 Award, 20 August 2007, пасус 8.3.4.

⁹⁰³ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 286.

1.3 Камата

Обавезивање државе одговорне за повреду обавезе заштите страног директног улагања на новчану чинидбу по правилу за собом повлачи и њено обавезивање на плаћање камате на дуговани износ. У теорији постоји дилема у погледу сврхе обавезивања дужника на плаћање камате. Док једни аутори посматрају камату као облик накнаде штете која настане услед доцње у плаћању главне новчане обавезе, други сматрају да камата има казнено-превентивну функцију.⁹⁰⁴ У пракси, форуми за решавање улагачких спорова по правилу тумаче право на потраживање камате као саставни елемент права страног улагача на накнаду штете коју претрпи услед пропуста државе пријемнице да заштити његово улагање, па сходно томе сматрају да имају инхерентно овлашћење да одлучују о обавезивању одговорне државе на плаћање камате.⁹⁰⁵

Међутим, чак и ако се ова начелна теоријска дилема о сврси камате остави по страни, форуми за решавање улагачких спорова се у погледу обавезивања одговорне државе пријемнице улагања на плаћање камате сусрећу са читавим низом практичних тешкоћа. Међу најспорнија питања спадају начин одређивања меродавне каматне стопе (1.3.1) и одређивање начина обрачуна камате (1.3.2). Иако је у пракси забележено да су се извесни проблеми јављали и у погледу одређивања тренутка од којег почиње да тече обавеза плаћања камате, као и статуса камате након доношења одлуке којом се установљава обавеза њеног плаћања, актуелно стање међународног права страних улагања по овим питањима је у великој мери уједначено. Зато ова питања нећемо посебно разматрати у оквиру овог рада.⁹⁰⁶

1.3.1 Начин одређивања меродавне каматне стопе

У погледу одређивања меродавне камате стопе, извори међународног права страних улагања познају различите приступе. Када се ради о двостраним споразумима

⁹⁰⁴ За преглед различитих теоретских схватања по овом питању, са упућивањем на релевантне изворе, вид. Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012, стр. 88-89.

⁹⁰⁵ Вид. у том смислу нпр. *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, пасус 128; *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, пасус 55; *Vivendi v. Argentina II*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, пасуси 9.2.1 и 9.2.3.

⁹⁰⁶ Више о овим питањима вид. S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 374-379 и 387-390.

о заштити и подстицању страних улагања, питање меродавне каматне стопе је по правилу уређено у одредбама које регулишу питање експропријације. Споразуми тако прописују да ће се на накнаду за експропријацију обрачунавати камата „на тржишној основи“⁹⁰⁷, „обрачуната по тржишној стопи“⁹⁰⁸, „обрачуната по нормалној комерцијалној стопи“⁹⁰⁹, „по преовлађујућој комерцијалној стопи“⁹¹⁰, „утврђена на тржишној основи за валуту плаћања“⁹¹¹, „по комерцијалној стопи утврђеној на тржишној основи за депозите у валути плаћања“⁹¹², „по каматној стопи оне Стране уговорнице на чијој територији су извршена улагања“⁹¹³ односно „обрачунату по применљивој стопи предвиђеној законима Стране уговорнице [одговорне за експропријацију]“⁹¹⁴, „обрачунату по основу шестомесечног LIBOR-а“⁹¹⁵, „не мања од преовлађујуће каматне стопе на бази LIBOR-а или еквивалентне вредности“⁹¹⁶ или чак само „одговарајућа камата“⁹¹⁷. Српски Закон о страним улагањима у члану 9 став 5 предвиђа право страног улагача на „законску затезну камату“ на накнаду за случај експропријације.

Изложени начини одређивања каматне стопе стварају најмање два озбиљна практична проблема. Први проблем се везује за околност да изложене формулације, са изузетком оних које предвиђају примену LIBOR-а или законске затезне камате, не дају сасвим прецизна и једнозначна упутства у погледу одређивања конкретног износа меродавне каматне стопе. Други проблем је околност да наведени извори уређују само питање камате на накнаде за случај експропријације, али не и за случај других облика повреде обавезе заштите страних директних улагања. Управо због тога, форуми за решавање улагачких спорова се неретко налазе у ситуацији да морају да одређују

⁹⁰⁷ Члан 5(2) Споразума са Алжиром.

⁹⁰⁸ Члан 5(1) Споразума са Индијом.

⁹⁰⁹ Члан 5(1) Споразума са Великом Британијом.

⁹¹⁰ Члан 6(1) Споразума са Нигеријом.

⁹¹¹ Члан 5(3) Споразума са Финском.

⁹¹² Члан 6(3) Споразума са Азербејџаном.

⁹¹³ Члан 4 Споразума са Русијом.

⁹¹⁴ Члан 5(2) Споразума са Израелом.

⁹¹⁵ Члан 5(1) Споразума са Кипром.

⁹¹⁶ Члан 5(1)(б) Споразума са Кувајтом.

⁹¹⁷ Члан 5(2) Споразума са Црном Гором.

каматну стопу а да меродавни извори права не дају било каква, или пак не дају довољно јасна упутства у том смислу.

Анализирајући праксу различитих форума за решавање улагачких спорова, професори Рипински и Вилијамс су идентификовали четири основна приступа одређивању каматне стопе у случају када меродавни извори права не садрже упутства у том погледу. Први приступ, који су назвали „алтернативом улагању“, предвиђа да ће каматна стопа бити одређена тако да страног улагача доведе у економску ситуацију у којој би био да није било мешања државе пријемнице у његова улагачка права, тј. да је приходе редовно остваривао и имао их на располагању за даље улагање под уобичајеним условима у држави свог порекла. Рипински и Вилијамс наводе да је овај приступ примењен у одлукама: *Sylvania Technical Systems v. Iran*, *Santa Elena v. Costa Rica*, *Vivendi v. Argentina*, *LG&E v. Argentina*, *British Gas v. Argentina*.⁹¹⁸

Други приступ полази од претпоставке да је, услед губитка који је претрпео услед недозвољеног дела државе пријемнице према његовом улагању, страни улагач био принуђен да изостанак очекиване добити надомести банкарским кредитом, па отуда износ камате коју му одговорна држава пријемница дугује треба да буде једнак износу камате коју он (хипотетички) дугује банци од које је узајмио новац. Међутим, пошто различите банке предвиђају различите каматне стопе на кредите које одобравају, а чак и код исте банке каматне стопе на кредите зависе, између осталог, од врсте кредита, његове рочности и процене способности кредитног дужника да кредит отплати, форуми за решавање улагачких спорова који прихватају изложени приступ најчешће се одлучују да примене неке референтне каматне стопе, као што је LIBOR. Међу случајевима у којима су арбитри применили овакав приступ наводе се: *MTD v. Chile*, *Maffezini v. Spain*, *Biloune v. Ghana*, *Enron v. Argentina*, *PSEG v. Turkey*.⁹¹⁹

Према трећем приступу, примењеном у спору *Wena Hotels v. Egypt*, каматна стопа треба да одговара стопи затезне камате у држави пријемници улагања. Овом приступу се, међутим, у теорији замера да није увек подобан да оствари принцип потпуне накнаде, јер прописи о стопи затезне камате у држави пријемници улагања могу да буду значајно рестриктивнији од међународних каматних стопа, или стопе

⁹¹⁸ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 368-369.

⁹¹⁹ *Ibid.*, стр. 369-370.

затезне камате у држави порекла улагача, баш као што је то био случај и у наведеној одлуци.⁹²⁰

Коначно, према последњем приступу, форум за решавање улагачког спора наводи да примењује „разумну“, „правичну“ или „одговарајућу“ каматну стопу али, с обзиром да ови квалификативи не подразумевају прецизну висину стопе на чије ће плаћање одговорна држава бити обавезана, форум заправо има дискреционо овлашћење да одреди висину каматне стопе на начин који сматра прикладним.⁹²¹

Одсуство јасних критеријума за утврђивање меродавне каматне стопе у изворима права страних улагања штети и принципу правне сигурности и предвидљивости исхода улагачких спорова. То може да има нежељене последице како за одговорну државу пријемницу страног улагања (која не може да предвиди колики ће бити износ новчане накнаде коју дугује у случају повреде неког заштићеног улагачког права), тако и за страног улагача (који не може да буде сигуран да ће га досуђени износ накнаде у потпуности обештетити и довести у економско стање у којем би се очекивано нашао да до повреде његових улагачких права није дошло). Зато би било веома пожељно да се у изворима права страних улагања више пажње посвети што је могуће прецизнијем одређивању меродавне каматне стопе која ће се применити у случају повреде неког заштићеног улагачког права.

1.3.2 Одређивање начина обрачуна камате

Основна дилема која се поставља у погледу одређивања начина обрачуна камате у међународном праву страних улагања је да ли камату треба обрачунавати тако да њен износ по истеку одређеног временског периода (tromесечно, шестомесечно, годишње) улази у износ главнице (енг. *compound interest*, фр. *intérêt composé*) или би камату требало обрачунавати уз избегавање анатоцизма (енг. *simple interest*, фр. *intérêt simple*). У доктрини се истиче да на овом пољу међународно право страних улагања развија сопствену специфичну праксу која се разликује од доминантног приступа у општем међународном праву.⁹²²

⁹²⁰ *Ibid.*, стр. 370-372.

⁹²¹ *Ibid.*, стр. 372-373.

⁹²² С. McLachlan, L. Shore. М. Weiniger, *op. cit.*, стр. 344.

Избор начина обрачуна камате може да има значајне последице по износ новчане обавезе коју одговорна држава пријемница улагања дугује страном улагачу. Ако се камата обрачунава без урачунавања у главницу, укупан износ дуга током времена расте линеарно и рачуна се по формули:

$$ДИ = Г(1 + ст)$$

где је ДИ укупан дуговани износ, Г главница, с каматна стопа а т време које протекне од тренутка од ког тече обавеза исплате до тренутка саме исплате. Ако узмемо да главница новчане обавезе одговорне државе износи хипотетичких 100, да је каматна стопа 10% а време које протекне 10 година, укупан износ који држава дугује ће износити 200.

Са друге стране, ако се камата обрачунава уз периодично урачунавање у главницу, укупан износ дуга током времена тада расте експоненцијално и не зависи само од временског интервала који прође од тренутка када обавеза плаћања камате почне да тече до тренутка исплате, већ и од интервала урачунавања износа камате у главницу. У овом случају, укупан износ дуга ће се рачунати по формули:

$$ДИ = Г \left(1 + \frac{с}{бу} \right)^{тбу}$$

где је ДИ укупан дуговани износ, Г главница, с каматна стопа, т време које протекне од тренутка од ког тече обавеза исплате до тренутка саме исплате а бу број урачунавања износа камате у главницу у току једне године. Ако опет узмемо да главница новчане обавезе одговорне државе износи хипотетичких 100, да је каматна стопа и даље 10%, време које протекне до плаћања поново 10 година, али да се камата сада урачунава у главницу једном годишње, укупан износ дуга државе више неће износити 200, него 259,37 што је, дакле, за више од 25% већи износ од оног који би био дугован под истим условима, али да камата није периодично урачунавана у главницу.

На почетку свог развоја, међународно право страних улагања је делило приступ општег међународног права и није допуштало анатоцизам. Ствари су почеле да се мењају осамдесетих година XX века. У стручној литератури се наводи да је једна од првих одлука у којој је арбитражно веће одлучило да износ камата периодично

урачунава у главницу била *Aminoil v. Kuwait*.⁹²³ Међутим, значајно и системско окретање форумā за решавање улагачких спорова ка периодичном урачунавању износа камате у главницу је приметно од 2000. године и одлуке у предмету *Santa Elena v. Costa Rica* за коју се може рећи да је отворила ново доба у међународном праву страних улагања. У том случају арбитражно веће је стало на становиште да периодично урачунавање износа камате у главницу дуга нема за циљ да казни одговорну државу, већ да омогући да страни улагач буде што потпуније обештећен.⁹²⁴ Неки коментатори ове одлуке истичу да је овакав став арбитражног већа у ствари последица изузетних околности које су карактерисале спорни случај, јер је до експропријације дошло 1978. године, а одлука у спору је донета скоро двадесет две године касније.⁹²⁵

Ипак, од доношења одлуке у предмету *Santa Elena v. Costa Rica* почео је да расте број одлука у којима су форуми за решавање улагачких спорова сматрали да износ камате треба урачунавати у главницу у одређеним временским периодима. Према једном скорашњем истраживању које је обухватило 32 одлуке донете између 2000. и 2010. године, утврђено је да су у 23 случаја арбитражна већа прибегла урачунавању износа камате у главницу, док су у само 9 случајева одлучили да камату треба обрачунавати независно од главног дуга.⁹²⁶ Примећено је такође да је током посматраног периода број одлука у којима је камата обрачунавана независно од главног дуга у постепеном опадању. Наиме, од уочених 9 одлука, 5 је донето између 2000. и 2005, а преосталих 4 од 2005. до 2010. године.⁹²⁷

Према томе, насупрот преовлађујућем ставу у општем међународном праву да је анатоцизам забрањен,⁹²⁸ као и околности да су у неким од утицајних одлука у улагачким споровима арбитражна већа стала на становиште да камату треба

⁹²³ Вид. у том смислу: Florian Grisel, „L'octroi des intérêts composés par les tribunaux arbitraux d'investissement“, *JDI* бр. 3/2011, стр. 546; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 384-385. Рипински и Вилијамс, међутим, у фусноти 111 наводе мишљење Брауера (*Brower*) и Шарпа (*Sharp*) да је погрешно наводити одлуку у предмету *Aminoil* као пример за урачунавање износа камате у главницу јер арбитражно веће ту није свесно и намерно изабрало овакав приступ, већ је само тражило начин на који ће што потпуније обештетити компанију *Aminoil* а да повреду њених улагачких права при томе не квалификује као незакониту експропријацију.

⁹²⁴ *Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, пасус 178.

⁹²⁵ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 345.

⁹²⁶ F. Grisel, *op. cit.*, стр. 548-549.

⁹²⁷ *Ibid.*, стр. 562.

⁹²⁸ Вид. Коментар уз члан 38 Правила о одговорности, пасус 8.

обрачунавати независно од главног дуга,⁹²⁹ теоретичари се слажу да се у међународном праву страних улагања постепено изграђује и утврђује пракса која је наклоњена периодичном урачунавању износа камате у главницу.⁹³⁰

1.4 Казнена накнада

Један од упоредноправних облика новчане обавезе која настаје у случају постојања одговорности за повреду примарне обавезе је и казнена накнада (енг. *punitive / exemplary damages*). Сврха ове обавезе није да обештети оштећену страну, већ да новчано казни штетника због његовог држања и начина на који је повредио своју примарну обавезу.⁹³¹ Премда је казнена накнада као правно средство заштите права карактеристично за правне системе англосаксонског круга, професор Готанда уочава рецепцију овог института и у неким континенталним правним системима.⁹³² У сваком случају, чак и у правним системима који несумњиво дозвољавају казнену накнаду пракса у погледу овог института није уједначена.

У општем међународном праву могућност изрицања казнене накнаде је концепцијски тешко замислива јер државе не могу да буду обавезане на извршење казних мера, али неки теоретичари, анализирајући одлуке појединих тела за решавање међународних спорова, уочавају да високи износи новчане накнаде на чије плаћање су биле осуђиване државе у ситуацијама када су пропуштале да казне лица одговорна за кривична дела против странаца на својој територији имају одлике казнене накнаде.⁹³³ Зато се чини умесним поставити питање да ли у међународном праву страних улагања казнена накнада може да представља облик новчане обавезе која настаје у случају када је држава пријемница повредила обавезу заштите страног директног улагања на својој територији.

⁹²⁹ Вид. нпр. *CME v. Czech Republic*, Final Award, 14 March 2003, пасуси 642-647; *Autopista de Venezuela v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5 Award, 23 September 2003, пасуси 388-397; *Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic*, Partial Award, 27 March 2007, пасуси 373-374; *Duke Energy v. Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008, пасус 491(5).

⁹³⁰ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 344; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 387; F. Grisel, *op. cit.*, стр. 561; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 298.

⁹³¹ John Gotanda, „Damages in Private International Law“, *RCADI* vol. 326, 2007, стр. 323-324; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 116.

⁹³² Детаљно о овоме, вид. J. Gotanda, *op. cit. (RCADI)*, стр. 324-390.

⁹³³ H. Lauterpacht (ed.), *op. cit.*, стр. 355; Gaetano Arangio-Ruiz, „Second Report on State Responsibility – Document A/CN.4/425 & Corr. 1 and Add. 1 & Cor. 1“, *ILC Yearbook* vol. II(1), 1989, пасус 186.

Размишљања о могућности обавезивања државе одговорне за повреду обавезе заштите страног директног улагања на плаћање казнене накнаде јавила су се у пракси Трибунала за иранско-америчка потраживања. У издвојеном мишљењу уз одлуку у предмету *Sedco v. NIOC*, где је до спора дошло због иранске незаконите експропријације улагачевог удела у локалној компанији за експлоатацију нафте, амерички судија Чарлс Брауер (*Brower*) изнео је став да би одговорне државе у принципу могле да буду обавезане на плаћање казнене накнаде у случају незаконите експропријације јер би у противном улагач добио само ону накнаду која би му по природи ствари припала да је експропријација била законита (истина, увећану за камату), а сама држава пријемница не би била одвраћена да недозвољено дело понови.⁹³⁴ Ово мишљење, засновано на идеји да разликовање законите од незаконите експропријације мора да има и своје практичне последице које треба да се огледају у различитој висини дуговане накнаде, међутим, није прихваћено у пракси Трибунала, јер је већ у предмету *Amoco v. Iran* арбитражно веће експлицитно изнело став да (и) у случају незаконите експропријације страни улагач има право само на ону надокнаду која ће надоместити губитак који је претрпео.⁹³⁵ То је, уосталом, сагласно са принципом потпуне накнаде оштећене стране.

У пракси Међународног центра питање допуштености казнене накнаде поставило се у предмету *LETCO v. Liberia*, где је спор међу странама настао због либеријске повреде концесионог акта закљученог између тужиоца и Либерije. Арбитражно веће је стало на становиште да казнена накнада није дозвољена у споровима за утврђивање грађанскоправне одговорности за штету, јер одређивање таквог облика новчане накнаде није ни опште правно правило, а није ни (посебно) дозвољено меродавним, либеријским правом.⁹³⁶ У предмету *Loewen v. USA*, где коначна одлука није донета због непостојања надлежности арбитражног већа Центра, а где је спор настао, између осталог, и због тога што је одлуком суда у држави Мисисипи страни улагач био обавезан да плати накнаду у којој су *punitive damages* биле четири пута веће од износа накнаде за стварну штету коју је улагач причинио, арбитражно

⁹³⁴ Наведено према: J. Gotanda, *op. cit.* (RCADI), стр. 391.

⁹³⁵ *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987, пасус 248.

⁹³⁶ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986, пасус 49.

веће је истакло ову диспропорционалност и оценило да она тешко може да се оцени као усклађена са обавезом поштеност и равноправност третманост страног улагача.⁹³⁷ Став о недозвољености казнене накнаде поновљен је и у каснијој пракси Међународног центра.⁹³⁸

Изложена анализа праксе форума за решавање улагачких спорова показује да казнена накнада у принципу не може да настане као последица одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања. Међутим, да би се додатно заштитиле од могућности да се до примене овог института ипак дође преко, рецимо, уговарања као меродавног права државе која познаје казнену накнаду, одређене државе у своје моделе споразума о заштити и подстицању страних улагања укључују и клаузулу о забрани изрицања казнене накнаде,⁹³⁹ што би могао да буде пут који би и наша држава требало да следи.

1.5 Накнада нематеријалних губитака

Повреда обавезе заштите страног директног улагања може да доведе не само до умањења имовине страног улагача и спречавања њеног разумно очекиваног повећања, већ и до губитака нематеријалних вредности, као што су пословни углед, психички и телесни интегритет страног улагача и сл. Према ове вредности немају економски садржај и не могу се новчано изразити, оне ипак представљају стварне *вредности*, па њихова повреда такође узрокује штету страном улагачу.

Могућност накнаде нематеријалне штете постоји не само у грађанском већ и у општем међународном праву. Члан 31 став 2 Правила о одговорности експлицитно предвиђа да штета која настаје као последица међународно недозвољеног дела државе може да буде како материјална тако и нематеријална. Према коментару Правила, уколико је нематеријалну штету претрпела држава, основни облик накнаде такве штете је обавезивање одговорне државе на пружање неког облика сатисфакције, а уколико је штету претрпело приватно лице, одговарајући начин накнаде је обештећење у новцу.⁹⁴⁰

⁹³⁷ Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, пасуси 113 и 136.

⁹³⁸ Вид. у том смислу: Siag v. Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June 2009, пасус 545.

⁹³⁹ Нпр. члан 34(3) америчког модела споразума о заштити и подстицању улагања (2012).

⁹⁴⁰ Коментар уз члан 36 Правила о одговорности, пасус 4. Више о накнади нематеријалне штете у општем међународном праву вид. Bernd Ehle, Martin Dawidowicz, „Moral Damages in Investment

О могућности обавезивања државе одговорне за повреду обавезе заштите страних директних улагања на плаћање накнаде за нематеријалне губитке које је улагач претрпео имали су прилике да се изјасне и форуми за решавање улагачких спорова.

Један од првих предмета у коме је питање накнаде за нематеријалне губитке расправљано била је *ad hoc* арбитража *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. Burundi*, вођена поводом спора који је настао када је, након прекида дипломатских односа између Либије и Бурундија 1989. године, Бурунди експроприсао удео компаније-тужиоца у компанији *HALB (Holding Arabe Libyen Burundais)* и наложио либијским држављанима запосленим у компанији, укључујући и неколико руководиоца високог ранга, да у року од 48 часова напусте територију Бурундија стављајући их до истека тог рока, односно до напуштања државе, у кућни притвор.⁹⁴¹

Арбитражно веће је у овом случају извело неколико пажње вредних закључака. Прво, обавеза заштите страних улагања не престаје прекидом дипломатских односа између државе пријемнице и државе порекла улагача.⁹⁴² Друго, арбитражно веће је направило разлику између нематеријалног губитка репутације и части који је претрпела компанија *LAFICO* услед протеривања двојице њених руководиоца и штете коју су претрпели сами протерани руководиоци. У погледу „озбиљног“ губитка репутације и угледа компаније *LAFICO* (у француском оригиналу одлуке: (...) *les actions du Gouvernement du Burundi ont causé un grave dommage à la réputation et à l'honneur de la société LAFICO* (...))“, подвукао аутор), арбитражно веће је оценило да је довољно да у својој одлуци утврди да је до нематеријалног губитка дошло услед међународно недозвољеног дела Бурундија (непоштовање међународноправних стандарда приликом изрицања и примене мере протеривања либијских држављана).⁹⁴³ Другим речима, арбитражно веће је сматрало да деклараторна одлука представља одговарајућу меру сатисфакције, те да није потребно обавезивати Бурунди и на новчану чинидбу у том погледу. Али, у погледу штете коју су претрпели либијски руководиоци, арбитражно веће је стало на становиште да је та штета како материјална

Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation“, у: Jorge Huerta-Goldman et al. (eds.), *WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2013, стр. 295-302.

⁹⁴¹ *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. The Republic of Burundi*, Award, 4 March 1991, *Revue belge de droit international* бр. 2/1990, стр. 517-562.

⁹⁴² *Ibid.*, пасус 42.

⁹⁴³ *Ibid.*, пасус 77.

(губитак зарада и припадајућих накнада, губитак личне имовине (беле технике) коју су морали да оставе у Бурундију након протеривања), тако и нематеријална (повреда части и претрпљен страх). За оба облика штете веће је обавезало Бурунди на плаћање новчане накнаде, чију је висину, у погледу нематеријалних губитака, одредило у паушалном износу од по 10.000 америчких долара.⁹⁴⁴

Одлука у предмету *LAFICO v. Burundi* отвара простор за бројна запажања, али ћемо се овде задржати само на онима која су обухваћена темом нашег рада. Прво, чини се да се арбитражно веће, правећи разлику између нематеријалног губитка које је претрпео страни улагач-правно лице и нематеријалног губитка његових запослених, повело за разликом у начину обештећења за нематеријалне губитке које претрпи држава од обештећења за нематеријалне губитке које претрпе приватна лица према Правилима о одговорности. С обзиром на то да је утврђено да је и страни улагач као правно лице претрпео нематеријални губитак који се огледа у повреди части и пословног угледа, да за тај губитак постоји одговорност државе пријемнице улагања а да у односу на њега држава пријемница није обавезана ни на какву чинидбу (јер сатисфакцију коју је арбитражно веће оценило као довољну меру представља радња самог арбитражног већа – доношење деклараторне одлуке, а не радња државе пријемнице улагања), мислимо да одлука арбитражног већа у овом случају није примерена смислу и сврси института одговорности. Чак и уколико је сматрало да нематеријални губитак који претрпи правно лице није подобан да буде надокнађен у новцу, при чему се овде уздржавамо од преиспитивања утемељености и примерености такве оцене, арбитражно веће је требало и морало да Бурунди обавезе на неку неновчану чинидбу – извињење, објављивање одлуке у локалним гласилима, изјаву да ће се убудуће уздржавати од доношења и примене спорних мера и сл. Амнестирање државе пријемнице од било какве обавезе која проистиче као последица њене одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања нам се чини несагласно идеји да одговорност треба да омогући успостављање *нове обавезе* која ће у односу између одговорне и оштећене стране довести до исхода који би био најсличнији ономе до којег би се дошло да је примарна обавеза испуњена у доброј вери, савесно и поштено. Такође, примећујемо да арбитражно веће у предмету *LAFICO v. Burundi* није заузело став по питању методологије одређивања висине накнаде за нематеријалне

⁹⁴⁴ *Ibid.*, пасус 78.

губитке, што ће нажалост бити пропуст који ће направити и други форуми који су се бавили овим питањем.

Накнада нематеријалних губитака била је једно од спорних питања и у предмету *Desert Line v. Yemen*, чије смо чињенице описали у разматрањима о елементима одговорности,⁹⁴⁵ а где је тужилац, између осталог, тражио накнаду за нематеријалну штету коју је претрпео зато што је био принуђен да настави са радовима на изградњи путне инфраструктуре у Јемену иако за претходно обављене радове није био плаћен, и зато што су неки од запослених у компанији *Desert Line* били лишени слободе приликом интервенције јеменске полиције на локалитету где су се изводили радови. Чини нам се корисним напоменути да се у овом случају одбрана Јемена није заснивала на оспоравању могућности обавезивања држава пријемница на плаћање накнаде за нематеријалне губитке страног улагача већ, напротив, на аргумену да ако и једна страна у спору уопште има право на накнаду за повреду части и угледа, онда је то управо Јемен, који је зато тражио од арбитражног већа да одбије тужиочев захтев и уместо тога обавезе тужиоца на накнаду нематеријалне штете јеменској држави.⁹⁴⁶

Арбитражно веће је заузело став да, за разлику од физичких лица, правна лица могу да се појаве као повериоци накнаде нематеријалне штете, укључујући губитак угледа, само у „изузетним околностима“, а да понашање државе пријемнице у спорном случају показује да је она крива за нематеријалне губитке на које се позива тужилац (у оригиналу одлуке: „(...) *the violation of the BIT by the Respondent (...) was malicious and is therefore constitutive of **fault-based liability***“⁹⁴⁷ (подвукао аутор)). Позивање арбитражног већа на одговорност с обзиром на кривицу на први поглед може да зачуди, јер делује супротстављено ставу да је одговорност за заштиту страних директних улагања, као облик међународне одговорности, по својој природи објективна. Неки аутори сматрају да се иза ове формулације крије намера арбитражног већа да обавезе Јемен на плаћање казнене накнаде која је само прерушена у облик накнаде нематеријалних губитака.⁹⁴⁸

⁹⁴⁵ Вид. поделељак 2.2.6 одељка II главе IV овог рада.

⁹⁴⁶ *Desert Line v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, пасуси 288-289.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, пасус 290.

⁹⁴⁸ Stephen Jagusch, Thomas Sebastian, „Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?“, *Arbitration International* бр. 1/2013, стр. 53-56.

Истичући да је одговорност државе за заштиту страних улагања објективна па да би стога питање кривице требало да буде ирелевантно, Рипински и Вилијамс тумаче да се арбитражно веће у претходно описаном предмету позвало на начин поступања и кривицу јеменске државе вероватно да би истакло отежавајуће околности под којима је дошло до повреде обавезе заштите страног улагања, што може да утиче на висину износа накнаде.⁹⁴⁹ Иако се слажемо да отежавајуће околности под којима је дошло до повреде примарне обавезе могу да утичу на висину накнаде чије ће плаћање бити одређено, нисмо убеђени да је то био мотив арбитра за помињање кривице у предмету *Desert Line v. Yemen*, јер се ту, чини нам се, десило управо супротно: арбитражно веће је обавезало Јемен да плати накнаду чији је износ 100 пута мањи од оног који је тражио тужилац (1 милион према тражених 100 милиона долара), образлажући то ставом да досуђени износ „није само симболичан, али је свакако **скроман** у односу на **вредност пројекта**“⁹⁵⁰ (подвукао аутор). Прихватљивијим нам се чини образложење које дају Еле (*Ehle*) и Давидович (*Dawidowicz*), према којима је употреба термина „кривица“ у посматраној одлуци заправо последица настојања арбитражног већа да назначи да између радњи и пропуштања Јемена и последица по част и пословни углед тужиоца постоји довољно блиска и јака веза која оправдава обавезивање тужене државе на плаћање накнаде, зато што се каузалност између међународно недозвољеног дела и штете која њиме настане сматра условом за допуштеност изјављивања захтева за накнаду штете према члану 31(2) Правила о одговорности.⁹⁵¹

Такође, арбитражно веће је изнело и став да правна лица могу да буду повериоци накнаде за нематеријалне губитке само у „изузетним околностима“. Иако, на основу анализе чињеница конкретног случаја, веће закључује да су изузетне околности постојале приликом јеменске повреде улагачких права компаније *Desert Line*, из текста одлуке ипак није могуће закључити према којим стандардима се утврђује постојање „изузетних околности“. Коментаришући овај део одлуке, Рипински и Вилијамс сматрају да сврха употребе овакве квалификације није била да се поставе апстрактни, општеприменљиви критеријуми којима би арбитражна већа која се у

⁹⁴⁹ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 312.

⁹⁵⁰ *Desert Line v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, пасус 290.

⁹⁵¹ В. Ehle, М. Dawidowicz, *op. cit.*, стр. 305. Ови аутори свој став заснивају на аргументу да члан 31(2) Правила о одговорности захтева постојање узрочне везе између међународно недозвољеног дела и штете која из таквог дела проистекне да би захтев за накнаду штете био допуштен.

будућности буду суочавала са сличним питањем могла да примењују, већ је циљ једноставно био да се нађе могућност да се у предмету *Desert Line v. Yemen* Јемен обавезе на плаћање накнаде за нематеријалне губитке. Наиме, у неким претходним случајевима пред Међународним центром, где се такође поставило питање накнаде нематеријалних губитака услед противправног лишавања слободе страног улагача, као што је то био *Biloune v. Ghana*, арбитражно веће је оценило да део тужбеног захтева који се односи на накнаду штете услед противправног лишавања слободе и протеривања страног улагача представља заправо тужбу због повреде људских, а не улагачких права, те да решавање о том питању не потпада под надлежност Међународног центра чија арбитражна већа, сходно члану 25 Конвенције, могу да решавају само спорове који су настали непосредно из инвестиција.⁹⁵² Управо у светлу овог случаја, сматрамо да је арбитражно веће у одлуци *Desert Line v. Yemen* ипак требало да да смернице за утврђивање испуњености стандарда изузетних околности, јер је питање могућности обавезивања државе пријемнице улагања на плаћање накнаде за нематеријалне губитке веома осетљиво и спорно, па је свако додатно појашњење које би у том погледу могла да формулише арбитражна пракса врло пожељно.

Жељена појашњења дата су у одлуци у предмету *Lemire v. Ukraine*, где је спор настао због повреде права америчког улагача, већинског власника једне украјинске радио-станице. Тужилац је, између осталог, тражио новчану накнаду због претрпљених понижења и губитка угледа које је доживео услед систематског одбијања надлежних украјинских органа да његовој станици одобре коришћење нових радио-фреквенција, опструкције планова за отварање нових станица, излагања улагачеве станице неуобичајено честим и непланским инспекцијама, као и злонамерним одлагањем обнављања дозволе за коришћење радио-фреквенција све док на снагу нису ступили нови прописи који су предвиђали десет пута већу накнаду за обнављање дозволе.⁹⁵³ Арбитражно веће је прихватило становиште изнето у одлуци *Desert Line v. Yemen* да се новчана накнада за нематеријалне губитке које претрпи страни улагач може изрећи само у изузетним околностима, али је истовремено дало и смернице за утврђивање испуњености овог стандарда. Те смернице се односе како на квалификацију саме радње државе пријемнице, тако и на последице које тим радњама настану. Према

⁹⁵² *Biloune v. Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, пасуси 202-203.

⁹⁵³ *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, пасус 31.

арбитражном већу, да би одговорна држава пријемница могла да буде обавезана на плаћање накнаде за нематеријалне губитке, потребно је да међународно недозвољено дело којим је повређено неко заштићено улагачко право подразумева претњу угрожавањем физичког интегритета страног улагача, његово противправно лишавање слободе или сличан третман страног улагача на начин супротан оном на који се од цивилизованих нација очекује да поступају, да такво дело за последицу има погоршање здравља улагача, његово излагање стресу, страху или другој менталној патњи, као што је понижење, осрамоћење, губитак угледа, поверења и друштвене позиције, при чему и радња која представља узрок нематеријалног губитка, као и сам губитак, морају да буду озбиљни или суштински (у оригиналу одлуке: „(...) *both cause and effect are grave or substantial*“).⁹⁵⁴ Када је применило изложени тест за утврђивање постојања изузетних околности на чињенице конкретног случаја, арбитражно веће је утврдило да нематеријални губици које је тужилац претрпео нису били причињени у изузетним околностима, те да нема места обавезивању Украјине да плати додатну накнаду за нематеријалне губитке поред накнаде материјалне штете на коју је већ обавезана.⁹⁵⁵

Из изложених одлука се може закључити да у међународном праву страних улагања постоји начелна могућност обавезивања одговорне државе пријемнице улагања на плаћање накнаде за нематеријалне губитке које претрпи страни улагач, али да је стандард доказивања који улагач мора да задовољи како би материјализовао свој захтев прилично висок. Развој праксе форумā за решавање улагачких спорова иде у правцу све јаснијег дефинисања критеријума за изрицање ове врсте новчане обавезе, тако да се може очекивати да ће тест за утврђивање постојања изузетних околности, онако како је изложен у одлуци *Lemire v. Ukraine*, бити коришћен и у будућности.

2. Израчунавање износа новчане обавезе

Ако је циљ нове обавезе која се на основу одговорности за повреду обавезе заштите страног директног улагања успоставља између страног улагача и државе пријемнице улагања да страног улагача доведе у економско стање у коме би очекивано био да до повреде заштићених улагачких права није дошло, износ вредности такве нове

⁹⁵⁴ *Ibid.*, пасус 333.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, пасус 444.

новчане обавезе треба да се одмерава у односу на вредност повређених улагачких права. Другим речима, да би се одредио износ новчане обавезе коју одговорна држава пријемница има према страном улагачу, потребно је најпре утврдити вредност улагачких права која су била предмет повреде.

Одређивање вредности страног улагања је веома тежак задатак који у пракси отвара многе проблеме.⁹⁵⁶ Ти проблеми у основи проистичу из околности да, када се одређују о питању одређивања накнаде коју одговорна држава пријемница дугује страном улагачу (најчешће у контексту накнаде за експропријацију), извори права страних улагања најчешће садрже само веома уопштене, описне критеријуме, као што су „права вредност“ или „правична тржишна вредност“, а не дају смернице за израчунавање или бар прецизније одређивање те вредности.⁹⁵⁷ Сматра се да је Трибунал за иранско-америчка потраживања био први форум за решавање спорова који се систематски позабавио покушајем утврђивања критеријума за одређивање „праве“ или „правичне тржишне“ вредности страног улагања. Арбитражна већа овог Трибунала су вредност улагања покушавала да одреде према моделу хипотетичке трансакције између слободног и за продају вољног продавца (енг. *willing seller*) и слободног и за куповину вољног купца (енг. *willing buyer*) који нису међусобно повезани и нису под притиском ни са једне стране (тзв. *arm's length transaction*). У таквој хипотетичкој трансакцији, вредност улагања би представљала пресек цене по којој је слободан и вољан продавац спреман да прода, а слободан и вољан купац да купи улагање чија се вредност процењује.

Међутим, и овај приступ потенцијално отвара бројне потешкоће, што је примећено већ и у пракси Трибунала за иранско-америчка потраживања.⁹⁵⁸ Пре свега, у стварним тржишним условима, приликом купопродаје елемената улагачког подухвата ни купци ни продавци нису нужно ни слободни ни вољни на трансакцију, већ некада могу да буду на одређени начин повезани, а на трансакцију приморани. Затим, на

⁹⁵⁶ Проблем одређивања вредности различитих облика страних улагања предмет је једне запажене монографије која је недавно доживела своје треће издање. Вид. Aswath Damodaran, *Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset*, Wiley & Sons 2012.

⁹⁵⁷ Више о томе вид. S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 182-183.

⁹⁵⁸ Вид. нпр. Amoco International Finance Corporation v. Iran, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987, пасуси 255-256; Shahin Shaine Ebrahimi v. Iran, Iran-US Claims Tribunal Case No. 44-47, Award, 12 October 1994, пасус 126.

одређивање вредности улагања не утичу увек само објективни, него и субјективни фактори, што компликује формулисање економског модела за одређивање вредности. Даље, на одређивање вредности улагања у стварним тржишним условима одлучујуће утичу информације којима учесници у трансакцији располажу и временски тренутак у којем се одређивање вредности обавља, тако да је могуће да исто улагање у два различита тренутка за различите учеснике трансакције има различиту вредност. Коначно, методологија одређивања вредности телесних добара као елемената улагачког подухвата се разликује од методологије утврђивања вредности права, што опет чини постављање економског модела вредновања тежим.⁹⁵⁹

Зато су се у теорији и пракси развили различити приступи одређивању вредности страног улагања, односно одређивању висине новчане обавезе коју држава одговорна за повреду обавезе заштите страног директног улагања дугује оштећеном улагачу. Ти приступи, тј. методи одређивања вредности, се могу поделити у три групе: приступи који се темеље на процени вредности очекиване добити (2.1), приступи који се темеље на процени тржишне вредности улагања (2.2) и приступи који се темеље на процени вредности телесних и бестелесних добара (2.3).⁹⁶⁰

2.1 Метод процене вредности очекиване добити

Најчешће коришћени метод процене очекиване добити је метод одређивања дисконтоване вредности прихода (енг. *discounted cash flow*, у даљем тексту: DCF-метод). Овај метод подразумева да се вредност улагања одређује према приходима које је реално очекивати да привредно друштво оствари у према разумној пројекцији сваке наредне године свог пословања, умањеној за очекиване расходе у посматраној години, а онда се тако процењен нето приход дисконтује за сваку појединачну посматрану годину фактором који представља вредност новца у одређеном тренутку, очекивану инфлацију и ризик таквог приходовања у реалним околностима.⁹⁶¹ С обзиром да се заснива на процени *будућих* прихода, коју је немогуће направити без знања о

⁹⁵⁹ Више о овим проблемима вид. S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 185-188; A. Damodaran, *op. cit.*, стр. 2-6.

⁹⁶⁰ Наведена трипартитна подела прихваћена је код: M. Kantor, *op. cit.*, стр. 9, са ослањањем на обрачунске стандарде међународних удружења специјализованих за послове процене вредности; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 193.

⁹⁶¹ World Bank Guidelines, *op. cit.*, тачка 6.

приходима оствареним у прошлости, DCF-метод се у теорији нарочито препоручује за процену вредности привредних друштава која су пре повреде улагачких права пословала довољно дуго да њихови приходи из прошлости омогућавају процењивање висине приходе које је разумно вероватно очекивати од тог друштва у будућности (тзв. *going concern* привредна друштва).⁹⁶²

Арбитражно веће у предмету *Amoco v. Iran* је уочило да је приликом примене DCF-метода потребно направити два аналитичка корака.⁹⁶³ У првом кораку потребно је направити пројекцију будућних прихода на основу добити коју је привредно друштво остварило до тренутка у односу на који се обавља процена, па затим умањити те очекиване приходе за износ очекиваних расхода, тј. проценити очекиване будуће нето приходе. У другом кораку потребно је дисконтовати тако пројектоване нето будуће приходе како би се одредила њихова тренутна вредност. Стопа по којој ће очекивани будући нето приходи бити дисконтовани зависи од тзв. опортунитетних трошкова капитала, а то су вредност новца у одређеном тренутку и ризик улагачког подухвата у конкретним околностима.⁹⁶⁴ Према Рипинском и Вилијамсу, израчунавање вредности новца у одређеном тренутку се обавља по принципу да „један долар данас вреди више него један долар сутра“ (јер један долар данас може одмах да се реинвестира и почне да доноси добит), док се утицај улагачког ризика вреднује према принципу „сигуран долар вреди више него ризичан долар“.⁹⁶⁵

У стручној литератури се наводи да је једна од најранијих, и вероватно прва одлука у којој је примењен DCF-метод била одлука Сталног суда међународне правде у предмету *Chorzów*.⁹⁶⁶ У новијој пракси, DCF-метод је често примењиван пред Трибуналом за иранско-америчка потраживања⁹⁶⁷ и арбитражним већима

⁹⁶² C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 321; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 210; П. Ђундић, *op. cit.*, стр. 78 са даљим навођењима.

⁹⁶³ Вид. *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987, пасус 213. Ипак, треба напоменути да, упркос врло детаљној методолошкој анализи DCF-метода, арбитражно веће у предмету *Amoco* ипак није прихватило да примени овај начин одређивања вредности улагања.

⁹⁶⁴ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 197.

⁹⁶⁵ *Ibidem*.

⁹⁶⁶ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 323.

⁹⁶⁷ Вид. нпр. *Starrett Housing Corp. v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 24, Final Award, 14 August 1987; *Phillips Petroleum Company Iran v. Iran and the National Iranian Oil Company*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 39, Award, 29 June 1989.

Међународног центра⁹⁶⁸. Са друге стране, није занемарљив ни број одлука у којима је примена овог метода процене вредности улагања била одбијена.⁹⁶⁹ Опрез форумā за решавање улагачких спорова према DCF-методу проистиче из околности да, чак и када га је технички могуће применити, овај метод подразумева приличну несигурност и подложност грешкама јер се заснива на процени будућих, па самим тим и неизвесних прихода.⁹⁷⁰ Према томе, да би се овај метод одређивања вредности улагања применио, потребно је да улагач пружи довољно доказа којима би своју процену очекиваних будућих прихода учинио што вероватнијом и тиме отклонио страх надлежног форума за решавање улагачког спора да ће применом DCF-метода доћи до прецењивања вредности спорног улагања. Ово је веома значајно, јер вредности улагачких спорова по природи ствари често прелазе 100 милиона америчких долара, па би свако прецењивање вредности страног улагања у зони тако високих износа могло да повреди принцип потпуне накнаде и доведе до награђивања уместо обештећења страног улагача, што би, повратно, вређало интересе државе пријемнице улагања.⁹⁷¹

2.2 Методи процене тржишне вредности улагања

За разлику од DCF-метода, који се заснива на *предвиђању* очекиваних будућих прихода улагачког подухвата, методи процене тржишне вредности улагања настоје да одреде вредност елемената улагачког подухвата њиховим *поређењем* са сличним елементима на одговарајућем тржишту. Методи процене тржишне вредности могу, дакле, да се примене само онда када за предмет вредновања постоји одговарајуће тржиште на коме се размењују са предметом вредновања упоредива добра.⁹⁷² Два

⁹⁶⁸ Вид. нпр. *Amco v. Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1 Award, 20 November 1984; *SOABI v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988; *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986; *CMS v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005; *ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ltd v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006; *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

⁹⁶⁹ Нпр. *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 56, Partial Award, 14 July 1987; *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000; *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

⁹⁷⁰ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 211.

⁹⁷¹ Тако је, на пример, у случају *Enron v. Argentina* вредност улагања применом DCF-метода процењена на 106,2 милиона америчких долара, а у случају *CMS v. Argentina* на 133,2 милиона.

⁹⁷² S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 212.

типична метода процене тржишне вредности улагања су метод количника и метод ранијих трансакција.

Метод количника⁹⁷³ подразумева да се непозната вредност улагања одређује тако што се код упоредивог улагања чији су сви елементи познати одреди однос укупне вредности и неког другог параметра (нето прихода, бруто прихода, књиговодствене вредности,...) који је код улагања чија је вредност предмет процене познат процењивачу, па се онда тај параметар улагања које је предмет процене вредности помножи односом укупне вредности и вредности посматраног параметра упоредивог улагања.⁹⁷⁴ Суштина овог метода је заправо у постављању одговарајуће пропорције, јер се полази од претпоставке да је на одговарајућем тржишту однос истих посматраних параметара код упоредивих добара исти. Према томе, однос вредности привредног друштва А на крају 2013. године и његових годишњих нето прихода у посматраној години, треба да буде исти као и однос вредности и нето прихода са њим упоредивог привредног друштва Б у истом временском периоду. Зато, да би се одредила вредност привредног друштва А, потребно је неки познати параметар тог друштва, на пример горе споменуте његове годишње нето приходе, помножити количником вредности познатог упоредивог друштва и вредности његових годишњих нето прихода у истој години. У стручној литератури се наводи да се као поредбени параметри најчешће користе ЕБИТ (*Earnings Before Interest and Taxes*), ЕБИТДА (*Earnings Before Interest, Taxes, Amortization and Depreciation*) и књиговодствена вредност.⁹⁷⁵ Без обзира што захтева мање нагађања него DCF-метод, и метод количника је подобан да доведе до неодговарајућих резултата јер у пракси не постоје два по свему идентична привредна друштва, тако да је на нивоу избора привредног друштва у односу на које ће се утврђивати вредност спорног директног улагања могућа субјективност и злоупотреба.⁹⁷⁶ Метод количника није шире прихваћен у пракси форумā за решавање улагачких спорова, а као једна од ретких одлука у којој је овај

⁹⁷³ Имајући у виду енглески назив овог метода (*multiplies method*), правилнији превод назива овог метода би био „метод производа“. Међутим, имајући у виду математичку суштину овог метода, одредили смо се да је назовемо методом количника.

⁹⁷⁴ Више о томе вид. М. Kantor, *op. cit.*, стр. 119-130 и А. Damodaran, *op. cit.*, стр. 19, који овај метод, с обзиром да се заснива на постављању пропорције између пословног подухвата чије су све вредности познате и подухвата чија се вредност утврђује, назива релативним методом.

⁹⁷⁵ М. Kantor, *op. cit.*, стр. 122; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 213; А. Damodaran, *op. cit.*, стр. 19.

⁹⁷⁶ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 214-215.

метод одређивања вредности улагања примењен наводи се одлука у предмету *CME v. The Czech Republic*.

Метод ранијих трансакција подразумева да се вредност одређеног добра које је елемент улагачког подухвата одређује на основу цене коју је то исто добро постигло у ранијим тржишним трансакцијама. Наравно, да би се овај метод применио, потребно је да се од тренутка раније трансакције (једне или више њих) помоћу које се одређује вредност спорног добра до тренутка новог одређивања вредности нису значајно променили услови на тржишту који утичу на процену вредности. Метод ранијих трансакција примењен је у предмету *British Gas v. Argentina* тако што је вредност удела страног улагача у компанији која је била предмет експропријације одређен на основу цене деоница те компаније пре и после мере експропријације.⁹⁷⁷ У спору *INA v. Iran*, који је избио због иранске експропријације осигуравајућег друштва у коме је амерички улагач имао удео, арбитражно веће је одлучило да Иран дугује накнаду у износу за који је улагач купио експроприсане деонице, јер је до те куповине дошло мање од годину дана пре експропријације, па је веће сматрало да се у том периоду услови на тржишту нису значајније променили.⁹⁷⁸

2.3 Методи процене вредности телесних и бестелесних добара

Суштина утврђивања вредности страног директног улагања методима процене вредности телесних и бестелесних добара које га чине је у томе да се вредност улагања утврђује посредно, сабирањем утврђених вредности свих његових појединачних елемената. Засебно вредновање појединачних елемената улагачког подухвата чини ове методе на први поглед прецизнијим од раније описаних (јер се одређивање вредности обавља у актуелном тренутку па нема предвиђања, што је предност у односу на метод процене вредности очекиване добити; такође, за појединачне елементе улагачког подухвата је лакше пронаћи одговарајућа упоредна тржишта него за улагање као целину, што је предност у односу на методе процене тржишне вредности улагања), али истовремено открива и једну велику ману овог метода – улагање није прост збир његових појединачних, саставних делова, већ га чине и одређени елементи, односно својства која није могуће засебно вредновати, као што су пословни углед и

⁹⁷⁷ BG Group v. Argentina, Award, 24 December 2007, пасуси 440-444.

⁹⁷⁸ INA Corp. v. Iran, Iran-US Claims Tribunal Case No. 161, Award, 13 August 1985, пасус 382.

репутација.⁹⁷⁹ Сходно томе, намеће се закључак да методи процене вредности телесних и бестелесних добара најважнију улогу играју онда када је дошло до повреде појединачних имовинских права страног улагача, док код експропријације целокупног улагања не могу да пруже потребну прецизност у утврђивању висине накнаде коју дугује одговорна држава.

Иако је најпознатији и најчешће коришћен метод процене вредности телесних и бестелесних добара метод утврђивања књиговодствене вредности, међу ове методе спадају и метод утврђивања ликвидационе вредности и метод утврђивања вредности замене добра.

Књиговодствена вредност представља вредност неког телесног добра одређену према стању у финансијским билансима компаније, а то је цена умањена за износ фактора умањења вредности предвиђених међународним рачуноводственим стандардима (амортизација).⁹⁸⁰ Књиговодствена вредност се поклапа са тржишном вредношћу само у тренутку куповине добра. Након тога, књиговодствена вредност тог добра може да буде већа од стварне тржишне вредности таквог добра (нпр. половни камион који на тржишту не може да постигне ону цену која би била израчуната умањењем његове набавне цене према међународним рачуноводственим стандардима, софтвер који је застарео па не може да се прода иако има одређену, макар и симболичну, књиговодствену вредност) или пак да буде мања од стварне тржишне вредности (што се дешава у условима високе стопе инфлације).⁹⁸¹ Зато се метод одређивања књиговодствене вредности у пракси своди на одређивање тзв. прилагођене књиговодствене вредности (енг. *adjusted book value*) који настоји да увођењем додатних елемената у формулу за одређивање књиговодствене вредности ту вредност у што је могуће већој мери приближи стварној тржишној вредности добра које је предмет вредновања.⁹⁸²

Форуми за решавање улагачких спорова примењивали су метод утврђивања књиговодствене вредности онда када, због околности случаја, нису могли или нису сматрали за оправдано да одговорну државу пријемницу обавезу на накнаду

⁹⁷⁹ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 218-219.

⁹⁸⁰ World Bank Guidelines, *op. cit.*, тачка 4(6)(3).

⁹⁸¹ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 221.

⁹⁸² Више о утврђивању прилагођене књиговодствене вредности вид. М. Kantor, *op. cit.*, стр. 230-238.

изгубљене добити страном улагачу.⁹⁸³ Тако је, на пример, арбитражно веће у предмету *AAPL v. Sri Lanka*, где је спор настао, између осталог, зато што су наоружани побуњеници уништили улагачеву фабрику, одлучило да износ накнаде на чије плаћање је обавезана Шри Ланка одреди методом утврђивања књиговодствене вредности уништених добара, јер је у тренутку уништења фабрике улагач пословао јако лоше и имао нагомилане дугове, па је веће стало на становиште да се не би могло разумно очекивати да би улагачева компанија наставила да остварује приходе да није дошло до повреде улагачких права, нити да би улагач успео да је прода.⁹⁸⁴

Ликвидациона вредност представља износ за које неко добро које чини улагачки подухват може да буде продато слободном и за куповину вољном купцу када је продавац (улагач) у стању ликвидације, умањен за вредност евентуалних терета на том добру и транспортне трошкове достављања тог добра купцу.⁹⁸⁵ Према Смерницама Светске банке за третман страних улагања, ликвидациона вредност се користи за процену вредности улагачких подухвата код којих се не може очекивати да у будућности доносе приходе и која у тренутку процене показују непрофитабилност.⁹⁸⁶ За разлику од стандарда правичне тржишне вредности који је, како смо показали, у пракси дефинисан као трансакција између слободног и вољног продавца и слободног и вољног купца, модел ликвидационе вредности не подразумева постојање слободног и за продају вољног продавца, напротив – продавац се одлучује за продају јер је у стању материјалне изнудице.⁹⁸⁷ Управо због тога, ликвидациона вредност је по правилу нижа од тржишне вредности улагања, а разлика у вредности утврђеној помоћу ова два модела назива се умањењем због стања изнудице (енг. *distress discount*).⁹⁸⁸ Метод ликвидационе вредности употребљаван је у пракси Трибунала за иранско-америчка

⁹⁸³ C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 320.

⁹⁸⁴ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, пасуси 290-292.

⁹⁸⁵ M. Kantor, *op. cit.*, стр. 251; C. McLachlan, L. Shore. M. Weiniger, *op. cit.*, стр. 319; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 224.

⁹⁸⁶ World Bank Guidelines, *op. cit.*, тачка 4(6)(2).

⁹⁸⁷ M. Kantor, *op. cit.*, стр. 251.

⁹⁸⁸ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 224.

потраживања,⁹⁸⁹ док у пракси других форума за решавање улагачких спорова није успео да се наметне и утврди.

Вредности замене добара представља износ за који неко добро може да буде замењено оним које је сличне врсте, има сличну употребу и које је у истом стању као и добро које је предмет вредновања у тренутку када је дошло до повреде улагачких права.⁹⁹⁰ Из ове дефиниције произлази да метод утврђивања вредности замене добара није општеприменљив. Наиме, да би примена овог метода уопште могла и да се разматра, потребно је да добро које је било предмет повреде улагачких права буде по својој природи заменљиво. Вредност замене је по правилу већа од ликвидационе вредности (јер не обухвата умањење због изнудице), али је мања од књиговодствене вредности (јер добра у пракси по правилу брже губе вредност него што се то види у пословним књигама).⁹⁹¹ Метод утврђивања вредности замене добара се веома ретко примењује пред форумима за решавање улагачких спорова, јер је у пракси веома тешко да улагач, након што му је повређено неко право, пронађе добро које је довољно слично да би заменило оно које је било предмет повреде.⁹⁹² Метод утврђивања вредности замене је био примењен у неколико наврата пред Трибуналом за иранско-америчка потраживања у споровима који су настајали услед експропријације опреме коришћене на нафтним изворима, па су тужиоци-улагачи након експропријације морали да набављају нову опрему (нпр. предмети *Oil Field of Texas v. Iran* и *Petrolane v. Iran*), али су у образложењима одлука у оба наведена предмета арбитражна већа ипак изразила извесну сумњу у могућност и оправданост примене овог метода утврђивања висине новчане обавезе одговорне државе пријемнице улагања.⁹⁹³

3. Елементи који утичу на умањење дугованог износа

На износ новчане обавезе одговорне државе пријемнице улагања не утиче само њено држање, већ и држање страног улагача. Висина новчане обавезе коју дугује држава пријемница одговорна за повреду обавезе заштите страног директног улагања

⁹⁸⁹ Вид. нпр. *Harold Birnbaum v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 967, Award, 6 July 1993.

⁹⁹⁰ С. McLachlan, L. Shore. М. Weiniger, *op. cit.*, стр. 319; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 219.

⁹⁹¹ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 219.

⁹⁹² С. McLachlan, L. Shore. М. Weiniger, *op. cit.*, стр. 319.

⁹⁹³ Вид. *Oil Fields of Texas v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 43, Award, 7-8 December 1982, пасуси 43-45; *Petrolane v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 131, Award, 14 August 1991, пасуси 106-108.

ће бити умањена у односу на висину штете коју је страни улагач претрпео уколико је улагач својим активним или пасивним држањем повредио дужност спречавања настанка штете.⁹⁹⁴ Тако ће дуговани износ бити умањен ако је страни улагач својим држањем допринео наступању штете или њеном увећању (3.1) или уколико је пропустио да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете (3.2).

3.1 Допринос страног улагача наступању штете или њеном увећању

Члан 39 Правила о одговорности предвиђа да ће се приликом одређивања висине одштете водити рачуна о евентуалном доприносу који су у погледу штете имале намерне или непажљиве радње или пропуштања (у оригиналу: „(...) *wilful or negligent action or omission* (...)“) оштећене државе или било ког лица или ентитета у односу на које се тражи накнада. Ова одредба, према коментару Правила, представља рецепцију принципа спречавања штете, конципираног у националним правним системима, у међународно право.⁹⁹⁵ Значај члана 39 Правила о одговорности као правног основа за умањење износа новчане накнаде коју дугује држава одговорна за повреду обавезе заштите страних директних улагања потврђена је и у пракси Међународног центра.⁹⁹⁶

Треба, међутим, приметити да Правила о одговорности усвајају рестриктивну концепцију процене значаја доприноса страног улагача наступању штете или њеном увећању. Наиме, неће *свако* поступање страног улагача које за последицу има наступање штете или њено увећање за последицу имати умањење износа накнаде на чије плаћање ће бити обавезана одговорна држава пријемница улагања, већ ће релевантне бити само оне радње и пропуштања које су предузете с *намером* или *непажњом*. Коментар Правила дефинише стандард намере или непажње употребљен у формулацији члана 39 Правила као „*очигледно одсуство дужне пажње жртве међународно недозвољеног дела приликом заштите својих права или своје имовине*“⁹⁹⁷. Уколико је овај стандард испуњен, износ накнаде на чију исплату ће бити обавезана

⁹⁹⁴ О спречавању настанка штете као општем принципу уговорног права вид. М. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 241-242, са даљим упућивањима.

⁹⁹⁵ Коментар уз члан 39 Правила о одговорности, пасус. 1.

⁹⁹⁶ Вид. *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 21 March 2007, пасус 101.

⁹⁹⁷ Коментар уз члан 39 Правила о одговорности, пасус 5.

одговорна држава пријемница улагања биће умањен сразмерно облику и степену испољавања одсуства дужне пажње.⁹⁹⁸

Питање утицаја доприноса страног улагача наступању штете или њеном увећању на одмеравање накнаде на чије плаћање је обавезана држава пријемница улагања било је предмет расправе у неколико спорова. У предмету *MTD v. Chile* до спора је дошло јер директно улагање, које је требало да се оствари кроз изградњу једног планског насеља, није могло да буде изведено зато што пројекат који је сачинио улагач није испуњавао све услове предвиђене чилеанским урбанистичким прописима. Иако је нашло да је Чиле повредио дужност правичног и равноправног третмана страног улагача, арбитражно веће је истакло и да страни улагач није поступао са дужном пажњом јер није утврдио да ли ће бити у могућности да послује у сагласности са чилеанским прописима а унапред је платио пуну цену за земљиште на коме је требало да изводи радове, па је сходно томе одлучило да Чиле обавезе на плаћање 50% штете коју је улагач претрпео због повреде права на правичан и равноправан третман.⁹⁹⁹ Сличан приступ имало је и арбитражно веће у предмету *Azurix v. Argentina*.¹⁰⁰⁰

Оно што нам се чини као посебан проблем у процени доприноса страног улагача наступању штете или њеном увећању јесте разликовање ситуације у којој је држава повредила обавезу заштите страног директног улагања али њена одговорност неће имати новчане последице јер је улагач поступао с намером или непажњом, од ситуације када обавеза заштите страног улагања уопште није повређена. Занимљиву илустрацију овог проблема налазимо у једној инвестиционој арбитражи вођеној против Републике Србије.¹⁰⁰¹ Страни улагач је покренуо поступак због индиректне експропријације која је, по његовом виђењу, учињена тиме што је процес

⁹⁹⁸ У теорији се, међутим, истиче, да конкретан облик и степен испољавања одсуства дужне пажње утичу не само на износ новчане накнаде, већ и на избор правног средства заштите права оштећене стране (новчана или неновчана обавеза). Више о доприносу жртве међународно недозвољеног дела наступању штете или њеном увећању у општем међународном праву вид. Anaïs Moutier-Lopet, „Contribution to the Injury“, у: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford 2010, стр. 639-646, са даљим упућивањем на релевантну литературу о овом питању.

⁹⁹⁹ *MTD v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, пасуси 242-243.

¹⁰⁰⁰ *Azurix Corp. V. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, пасуси 427-429.

¹⁰⁰¹ *Y v. Serbia*, Award, 17 March 2010, пасуси 81-101.

приватизације у коме је он купио већински пакет акција у једном привредном друштву манљиво спроведен, услед чега је његово улагање значајно изгубило вредност. Наиме, сходно Закону о приватизацији, сваки субјект приватизације мора да има план приватизације односно реструктурирања који израђује Агенција за приватизацију Републике Србије, или израду тог програма поверава самом субјекту приватизације, у ком случају Агенција има дужност контроле израђеног програма.¹⁰⁰² Међутим, у конкретном случају програм приватизације није био ваљано израђен јер није садржавао потпуне и тачне податке о укупној вредности и задужености субјекта приватизације. Другим речима, приватизациона документација је показивала да субјект приватизације вреди више него што је то заиста био случај. Заступници Србије су тврдили да је Агенција за приватизацију у конкретном случају ограничила своју одговорност за потпуност и тачност података у приватизационој документацији уговором о приватизацији закљученим са страним улагачем. Овај аргумент није био прихватљив за арбитражно веће, али се зато други елемент овог случаја показао као нарочито важан.

Наиме, страни улагач је, независно од Агенције и субјекта приватизације, за свој рачун учинио свеобухватну анализу успешности пословања и вредности субјекта приватизације. Како се показало да подаци добијени од Агенције у поступку приватизације нису били у сагласности са подацима до којих је дошао улагач, улагач је затражио одлагање јавне аукције и достављање допунске документације о субјекту приватизације. Иако ни у додатном року није добио тачне и потпуне податке, страни улагач је ипак остварио улагање и купио већински пакет акција субјекта приватизације, знајући при том да постоји могућност да је стварна вредност привредног друштва мања од оне приказане у програму приватизације. Након куповине акција, улагач је увидом у пословне књиге друштва чији је тада постао већински власник утврдио да је извештај о пословању и вредности друштва који је он израдио пре куповине био тачан. Иако је Агенција за приватизацију несумњиво направила пропуст приказивањем непотпуних и нетачних података о субјекту приватизације, арбитражно веће је нарочиту пажњу поклонило чињеници да је у тренутку остваривања улагања улагач знао да подаци добијени од Агенције за приватизацију нису били потпуни и тачни. У светлу те

¹⁰⁰² Вид. чл. 21 и 22 Закона о приватизацији, *Службени гласник РС* бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 – др. закон, 30/2010 – др. закон, 93/2012, 119/2012.

околности, веће је закључило да пропустом Агенције нису повређена разумна очекивања улагача, те да његово улагање није експроприсано.

Имајући у виду изложене чињенице предмета, на први поглед би могло да се закључи да се овде ради о типичном случају доприноса страног улагача наступању штете, а да је Србија повредила обавезу заштите страног директног улагања јер је поступак приватизације спровела манљиво, чиме је оштетила страног улагача-тужиоца. Сходно томе, наметнуо би се закључак да је арбитражно веће требало да утврди одговорност Србије, али да умањи износ накнаде штете коју би Србија дуговала сразмерно процењеном степену одсуства дужне пажње страног улагача. Међутим, детаљнија анализа случаја ипак наводи на закључак да је арбитражно веће исправно поступило и да повреде обавезе заштите страног директног улагања овде није ни било. Наиме, арбитражно веће је веома пажљиво уочило разлику између повреде унутрашњег српског прописа (Закон о приватизацији) и повреде међународне обавезе заштите страног директног улагања. Ово је релевантно јер *међународна* одговорност за заштиту страног директног улагања може да проистекне само из *међународне* обавезе заштите.¹⁰⁰³ С обзиром да је до пропуста дошло у тренутку када улагање још није било остварено, веће је, по нашем мишљењу, исправно усмерило пажњу ка терену заштите разумних очекивања уместо ка терену објективног умањења имовине, како је то сугерисао улагач, јер је до спорног умањења дошло тек након што је улагање остварено. У том контексту, околност да је улагач тражио одлагање јавне аукције и достављање допунске документације, што је свакако могућа али не и нужна радња у поступку приватизације, с правом је квалификована као објективни показатељ улагачеве сумње у потпуност и тачност података исказаних у приватизационој документацији. Сходно томе, закључак да разумна очекивања улагача у погледу вредности његове инвестиције нису повређена чини се сасвим исправним.

Могуће је да би логички низ изгледао другачије да улагач није тражио одлагање јавне аукције и достављање допунске документације. Сматрамо да би у том случају и даље било несумњиво да улагач није поступао са дужном пажњом јер би се, аналогно аргументацији из предмета *MTD v. Chile*, одлука да се уложи знатна количина новца без претходне повере изгледа за профитабилност таквог улагања тешко могла квалификовати као разумна. Међутим, чини нам се да став о непостојању повреде

¹⁰⁰³ Аргумент из члана 2(б) Правила о одговорности.

разумних очекивања улагача у тако измењеном стању ствари више не би био одржив, јер очекивање да државни орган (Агенција за приватизацију) познаје и поштује домаће прописе (Закон о приватизацији, нарочито део о начину израде, садржају и контроли плана приватизације) заиста не бисмо могли да оценимо као неразумно.

У сваком случају, изложени спор показује колико у пракси некада може да буде танка и осетљива граница између непостојања *одговорности* државе пријемнице за повреду обавезе заштите страног директног улагања и непостојања *услова за њено обавезивање на новчану чинидбу* у ситуацији када је обавеза заштите страног директног улагања ипак повређена.

3.2 Пропуст страног улагача да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете

Пропуст повериоца да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете представља правно средство ограничења одговорности дужника које је познато у већини националних права, као и у међународном трговинском праву (члан 77 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе, члан 7.4.8 UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре, члан 9:505 Европских начела уговорног права).¹⁰⁰⁴ У општем међународном праву, Правила о одговорности не предвиђају експлицитно пропуст страног улагача да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете као посебан основ ограничења обима новчане накнаде коју дугује држава одговорна за међународно недозвољено дело, али се у коментару уз члан 31, који уређује питање накнаде штете, наводи да се чак и од потпуно невине жртве међународно недозвољеног дела очекује да делује разумно у погледу штете која из спорног дела може да проистекне, па пропуст да се предузму разумне мере у циљу спречавања или смањења штете, иако не представља посебно дело из којег проистиче међународна одговорност оштећене стране, представља елемент ограничења обима накнаде штете.¹⁰⁰⁵ Другим речима, правна последица пропуста стране оштећене међународно недозвољеним делом биће умањење накнаде коју јој одговорна држава дугује у мери у којој је штета могла да буде смањена да је оштећена страна разумно деловала. Овај принцип прихваћен је и у пракси Међународног суда правде у предмету

¹⁰⁰⁴ Више о овоме, уместо свих вид. М. Ђорђевић, *op. cit.*, стр. 241-244, са даљим упућивањима.

¹⁰⁰⁵ Коментар уз члан 31 Правила о одговорности, пасус 31.

Gabčíkovo-Nagymaros, где је Суд *expressis verbis* означио принцип према коме страна оштећена међународно недозвољеним делом може да тражи накнаду само за онај део штете који није могао да буде избегнут разумним деловањем оштећене стране као општи принцип међународног права.¹⁰⁰⁶

Пропуст страног улагача да предузме разумне мере у циљу спречавања или смањења штете релевантан је и у међународном праву страних улагања. Овим питањем су се најпре бавила арбитражна већа Трибунала за иранско-америчка потраживања. У предмету *Ford Aerospace v. Iran*, страни улагач је раскинуо уговоре са подизвођачима након што је Иран пропустио да улагачу-тужиоцу у предвиђеном року да инструкције за производњу опреме за своје снаге противваздушне одбране и плати радове који су већ били обављени.¹⁰⁰⁷ Током арбитражног поступка Иран је стајао на становишту да је раскидом уговора са подизвођачима страни улагач повредио своје обавезе из уговора који је закључио са иранским Министарством одбране, јер је тај уговор предвиђао претходну сагласност Ирана за закључење и раскид уговора између улагача-тужиоца и подизвођача, али је арбитражно веће било мишљења да је страни улагач раскидом уговора са подизвођачима предузео разумне мере умањења штете у ситуацији када је постало јасно да Иран неће испунити своје уговорне обавезе. Слична ситуација је била и у предмету *Watkins Johnson v. Iran*, где је тужилац-страни улагач продао трећем лицу опрему посебно произведену за Иран, што је арбитражно веће такође оценило као разумну меру умањења штете.¹⁰⁰⁸ Оно што је, међутим, занимљиво за наведене одлуке је што су арбитражна већа Трибунала за иранско-америчка потраживања принцип предузимања разумних мера у циљу спречавања или смањења штете посматрала као принцип међународног привредног уговорног (дакле приватног, а не јавног) права.

Чини се да је у том смислу приступ арбитражних већа Међународног центра био нешто другачији. У предмету *Middle East Cement v. Egypt*, арбитражно веће Међународног центра се бавило питањем применљивости принципа да оштећена страна мора да предузме разумне мере у циљу спречавања и смањења штете како би могла да тражи њену накнаду. Веће је закључило да, иако меродавни грчко-египатски

¹⁰⁰⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, 25 September 1997, пасус 80.

¹⁰⁰⁷ *Ford Aerospace Communications v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 99, Partial Award, 29 January 1987, пасус 46.

¹⁰⁰⁸ *Watkins Johnson v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal Case No. 370, Award, 28 July 1989, пасус 95.

споразум о заштити и подстицању страних улагања не предвиђа дужност спречавања или смањења штете, овај принцип се може сматрати општим правним принципом, што га чини делом општег међународног права, које је меродавно за спор на основу члана 42 Вашингтонске конвенције.¹⁰⁰⁹ Према, томе, арбитражно веће је у погледу статуса дужности оштећене стране да разумно делује у циљу спречавања или смањења штете дошло до истог закључка као и Међународни суд правде у предмету *Gabčíkovo-Nagymaros*.

Без обзира на то да ли се принцип предузимања разумних мера у циљу спречавања или смањења штете квалификује као принцип приватног или јавног права, јасно је да је он свакако применљив као средство умањења обима новчане обавезе државе одговорне за повреду заштите страног директног улагања. Нажалост, пракса форумā за решавање улагачких спорова по овом питању није нарочито богата, па смо зато ускраћени за могућност анализе питања које по нашем схватању може да постави много више практичних проблема, а то је питање домашаја примене описаног принципа, односно питање тумачења стандарда *разумних* мера чије се предузимање очекује од оштећене стране као предуслов за истицање захтева за накнаду штете.

IV - СИНТЕЗА – СПЕЦИФИЧНОСТИ ПОСЛЕДИЦА ПОСТОЈАЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОВРЕДУ ОБАВЕЗЕ ЗАШТИТЕ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

На основу анализе ставова теорије и праксе о последицама постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања могуће је извести неколико закључака, који истовремено представљају и одговоре на питања која смо поставили на почетку ове Главе.

Прво, према пракси форумā за решавање улагачких спорова, одговорност државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања много чешће изазива успостављање новчане (накнаде штете и плаћања камате) него неновчане обавезе (повраћај у пређашње стање или одређивање неке посебне неновчане чинидбе), иако оба облика обавеза могу да буду успостављена, независно од процесног механизма у оквиру ког се улагачки спор решава. Чешће изрицање новчаних обавеза у односу на

¹⁰⁰⁹ Middle East Cement v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, пасус 167.

неновчане одговорност државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања више приближава грађанској одговорности, с обзиром на то да у општем међународном праву повреда примарне међународне обавезе чешће доводи до успостављања неке неновчане чинидбе (уздржавање од даље повреде, повраћај у пређашње стање, пружање неког облика сатисфакције). Ипак, у погледу правног режима камате, пракса форумā за решавање улагачких спорова у последњој деценији систематски изграђује један сасвим посебан приступ који постаје *differentia specifica* инвестиционих арбитража – камата се обрачунава тако што се њени износи периодично урачунавају у вредност главнице. Једно од могућих оправдања оваквог је да, услед околности да од тренутка повреде неког заштићеног улагачког права до тренутка доношења одлуке надлежног форума за решавање улагачког спора најчешће протекне дуго времена, па обрачунавање камате независно од главнице није сасвим подобно да оствари принцип потпуне накнаде штете.

Тиме, међутим, долазимо до другог важног закључка, а то је да управо због све шире прихваћености оваквог приступа обрачунавања камате, правила о последицама постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања не остварују потребну равнотежу интереса учесника улагачког подухвата, јер периодично урачунавање износа камате у главницу дуга може, у крајњем исходу, да доведе до тога да страни улагач буде обештећен у већој мери од оне у којој је заиста претрпео штету међународно недозвољеним делом државе пријемнице улагања. Стога се придружујемо оним ауторима који сматрају да би форуми за решавање улагачких спорова требало чешће да прибегавају обавезивању одговорних држава на неновчане чинидбе, где год чињенице конкретног случаја допуштају такав приступ. Тиме би и даље могао да се очува принцип потпуне накнаде, који је руководно начело у одређивању последица постојања одговорности уопште, а и међународни систем решавања улагачких спорова би се учинио прихватљивијим за државе пријемнице улагања јер их не би доводио у опасност да у случају неуспеха у поступку буду изложене плаћању одштета које по својој висини не одговарају нужно вредности повређених улагачких права.

Коначно, хетерогеност у приступу форумā за решавање улагачких спорова питању правних последица постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања узрокована је околношћу да извори права страних улагања ово питање најчешће не уређују, а чак и они извори који садрже одредбе о правним

последицама одговорности то питање уређују на врло уопштен начин. Ни извори права страних улагања који обавезују Републику Србију нису изузетак од опште праксе у упоредном праву. Да би побољшале правну сигурност у погледу могућих последица повреде обавезе заштите страних директних улагања, неке државе, попут САД, почеле су да укључују прецизније одредбе о том питању у своје моделе споразума о подстицању и заштити страних директних улагања. Сматрамо да би наша земља, која је претежно увозница капитала, морала да уочи важност што прецизнијег уређења питања правних последица постојања одговорности за повреду обавезе заштите страних директних улагања и да у наредним споразумима о подстицању и заштити улагања које буде закључивала обрати више пажње на укључивање и јасно формулисање одредаба које ово питање уређују.

ЗАКЉУЧАК

Након што смо анализирали институт одговорности државе за заштиту страних директних улагања, потребно је да проверимо утемељеност хипотеза на којима смо засновали наше истраживање.

Прва хипотеза је гласила да институт одговорности државе за заштиту страних директних улагања испољава значајне посебности у односу на концепте одговорности у општем међународном праву са једне и грађанском праву са друге стране. Утврдили смо да основна обавеза која је била предмет нашег истраживања има два аспекта – позитивни и негативни. Позитивни аспект обавезе државе да штити страна директна улагања на својој територији подразумева активно чињење. Држава пријемница улагања је дужна да обезбеди да сви субјекти права који делују на територији под њеном контролом поштују зајемчене стандарде третмана страног улагања, као и да страном улагачу учини доступним делотворна средства принудне заштите улагачких права у случају да до њихове повреде ипак дође. Негативни аспект обавезе државе да штити страна директна улагања подразумева уздржавање државе пријемнице од предузимања корака у законодавној, судској и извршној сфери чија би конкретна дејства била у супротности са зајемченим стандардима третмана страних улагача (нпр. непримена према страном улагачу прописа којима би се његова стечена права сузила или укинула у присуству стабилизационе клаузуле, непримена прописа о ограничењу трансфера девиза у погледу трансфера средстава која проистичу из улагања или су везана за његово одржавање, итд.). Оба наведена аспекта тичу се државног суверенитета, што обавезу заштите страних директних улагања у првом реду чини јавноправном. Њен међународни карактер проистиче из околности да, чак и када конкретни елемент обавезе заштите није установљен неким извором међународног права (билатералним или мултилатералним), међународно право прописује доњу границу привилегија и повластица које држава пријемница улагања треба и мора да обезбеди страном улагачу на својој територији. Дакле, одговорност државе за заштиту страних директних улагања је у првом реду облик међународне одговорности.

Међутим, две су главне околности које обавезу заштите улагања чине атипичним обликом међународне одговорности. Прва је околност да, иако се држава пријемница сматра обавезаном према некој конкретној држави (једној или више њих, зависно од природе извора права којим је неки елемент обавезе заштите успостављен), односно према целој међународној заједници (у случају минималног стандарда третмана), „примарни поверилац“ обавезе заштите је сām страни улагач. Њему су, иако је приватноправни а не јавноправни субјект, на располагању различити међународни форуми за решавање улагачких спорова са државом пријемницом улагања пред којима може да покрене поступак заштите својих права независно од механизма дипломатске заштите и интервенције државе његовог порекла. Ипак, по овој околности се одговорност државе за заштиту страних директних улагања не индивидуализује у потпуности као јединствен тип међународне одговорности, јер и у другим сферама међународног права, као што су то људска права, појединац под одређеним условима има *ius standi* пред специјализованим међународним форумима. Оно што одговорност државе за заштиту страних директних улагања дефинитивно издваја као посебан тип одговорности јесте околност да је она кумулативно уређена изворима међународног и унутрашњег права. Док међународно право прописује садржај одговорности тиме што утврђује круг и минимални праг стандарда третмана страних улагача који су државе пријемнице дужне да поштују, унутрашње право уређује домашај одговорности посредством захтева да улагачки подухват буде предузет у складу са прописима државе пријемнице улагања да би уживао међународну заштиту.

Атипичност одговорности државе за заштиту страних директних улагања у односу на концепт одговорности у грађанском праву, осим малопре поменутих начина њеног успостављања, уобличавања и активирања, огледа се и у сврси овог института. Одговорност у грађанском праву за основну сврху има успостављање обавезе накнаде штете. Накнада штете по правилу има репараторну функцију, а само у одређеним правним системима, и под строго прописаним условима може да има пенални карактер. Са друге стране, чини се да обавеза која настаје услед постојања одговорности државе за повреду обавезе заштите страних директних улагања начелно има комбиновану, и репараторну и пеналну сврху. Наиме, пракса форумā за решавање улагачких спорова показује склоност да се као последица повреде обавезе заштите страних улагања све чешће одређује обавеза плаћања врло високе накнаде. Висок износ новчане накнаде најчешће се образлаже околношћу да је улагач услед

међународно недозвољеног дела државе пријемнице претпрео не само материјалну већ и нематеријалну штету, као и да у међународном праву страних улагања камату треба периодично урачунавати у износ главног дуга, чиме коначан износ дуговане обавезе током времена не расте линеарно (што би био случај да се камата обрачунава независно од главнице) већ експоненцијално. Истовремено, приметно је упадљиво уздржавање форумā за решавање улагачких спорова од досуђивања неновчаних облика накнаде, као што је повраћај у пређашње стање. Посматране заједно, ове две тенденције нас наводе на закључак да форуми за решавање улагачких спорова постепено граде праксу према којој обавеза која произађе као последица одговорности државе за повреду обавезе заштите страног директног директног улагања нема само сврху да у потпуности обештети страног улагача чија су права повређена, већ и да одврати државу пријемницу улагања од понављања чињења или пропуштања које је узроковало њену одговорност. Додатну потврду овог става налазимо и у мишљењу арбитражног већа Међународног центра исказаном у одлуци у предмету *Biwater Gauff v. Tanzania*, где је експлицитно речено да је одсуство економског губитка или штете у првом реду питање каузалне везе и обима обештећења, а не неопходни елемент за постојање одговорности државе пријемнице улагања, те да постоје случајеви у којима је могуће да је дошло до суштинског ограничења улагачких права чак и уколико то ограничење, због конкретних околности које су га пратиле, није за последицу имало економски губитак или се тај губитак не може квантификовати, па да у таквим околностима арбитражно веће може да одреди меру која за циљ нема економску накнаду.

Сматрамо да све ово заједно потврђује тезу да повреда обавезе заштите страног директног улагања представља *међународно недозвољено дело* чији учинилац, да би био одговоран, не мора нужно да нанесе штету другом субјекту права, што је један од услова одговорности у грађанском праву.

Друга хипотеза је гласила да је правни режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања само делимично унификован на глобалном нивоу и да државе појединачно, у својим билатералним и мултилатералним споразумима, још увек имају велики утицај на уобличавање тог режима. Најјаснији доказ ове хипотезе је неуспех нацрта Мултилатералног споразума о улагањима (енг. *Multilateral Agreement on Investment*) израђен у оквиру Организације за економску сарадњу (OECD) и развој

крајем XX века. Иако је модерни талас развоја страних директних улагања почео након Другог светског рата, још увек не постоји свеобухватни глобални извор права заштите страних директних улагања. Највећи напредак постигнут је у сфери имплементације правила о одговорности кроз усвајање Вашингтонске конвенције 1965. године која, иако је широко прихваћена, још увек не представља ни универзални ни свеобухватни извор међународног права страних улагања. Штавише, у последњој деценији забележена су и прва три иступања из система Конвенције (Боливија, Еквадор и Венецуела) и све чешће се воде расправе о легитимитету и сврисходности овог механизма решавања улагачких спорова. Чини се да је скроман допринос у пракси имао и Споразум о инвестиционим мерама у вези са трговином Светске трговинске организације (енг. *Agreement on Trade-Related Investment Measures*), који уређује једну врло уску и специфичну област права страних директних улагања. Од 1995. године, када је овај Споразум ступио на снагу, па до краја 2013, према подацима са веб-странице Светске трговинске организације, само 39 од скоро 500 поступака пред Телом за решавање спорова се водило због повреде овог Споразума.¹⁰¹⁰

Са друге стране, број двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања од краја педесетих година XX века непрекидно расте. Штавише, све већи број држава, вероватно у свести о значају овог инструмента уређења одговорности за заштиту страних улагања, саставља моделе споразума који би им служили као основа за преговарање приликом закључивања нових двостраних споразума о заштити и подстицању улагања. Такође, приметан је и пораст броја регионалних мултилатералних извора заштите права страних улагања. Одредбе о заштити улагања укључене су у оснивачке уговоре најзначајнијих регионалних економских интеграција (ASEAN, СЕМАС, MERCOSUR, НАФТА, СЕФТА) а од 2009. године и Европска унија је преузела надлежност од држава-чланица за уређивање питања страних директних улагања зато што је примећено да изразита неуједначеност појединачних политика држава-чланица у том погледу почиње да представља препреку за даљи развој европског јединственог тржишта. Према томе, чини се да је међународно право заштите страних директних улагања још увек далеко глобалне унификације и да је

1010

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A25#selected_agreement.

највећи степен усклађивања који се у овом тренутку може постићи усаглашавање правила на регионалном нивоу.

Хетерогености међународног права страних улагања додатно доприноси и пракса форумā за решавање улагачких спорова која је по одређеним питањима од кључне важности за одговорност државе пријемнице улагања прилично неуједначена. Међу посебно очигледним примерима неуједначености праксе издвајамо приступ тумачењу домања кишобран-клаузула као и питање избора метода обрачуна камате у случају да је држава пријемница оглашена одговорном за повреду обавезе заштите страног директног улагања и обавезана да плати новчану накнаду. Ова неуједначеност праксе форумā за решавање улагачких спорова представља још један доказ тезе да прецизним формулисањем одредаба билатералних и мултилатералних улагачких споразума државе могу да учине режим своје одговорности за заштиту страних директних улагања јаснијим и предвидљивијим, па тиме и правно сигурнијим.

Трећа хипотеза је гласила да правила о одговорности за заштиту страних директних улагања треба да буду постављена тако да обезбеђују равнотежу легитимних интереса свих учесника међународног улагачког подухвата како би он био исплатив за све заинтересоване стране. Наша истраживања су у овом погледу показала да државе увознице капитала, најчешће у жељи да привуку страна улагања, недовољно пажљиво приступају формулисању извора права заштите страних директних улагања, што може довести до две врсте нежељених исхода.

С једне стране, одговорност државе пријемнице улагања може бити неразумно поштрена. До ове ситуације ће, примера ради, доћи када су одредбе меродавног извора права заштите страних директних улагања сувише ригидно постављене па не дозвољавају држави пријемници улагања регулаторну флексибилност у ванредним ситуацијама. Овакав сценарио се недавно остварио у случају аргентинске економске кризе када су форуми за решавање улагачких спорова у већини случајева одбили аргумент Аргентине да је одређене мере монетарне и фискалне политике које су се одразиле и на права страних улагача на њеној територији спроводила у стању нужде, јер тзв. „економска нужда“ није била предвиђена меродавним изворима права заштите страних улагања као услов искључења међународне одговорности државе пријемнице улагања. Неке државе, као на пример Колумбија, извукле су поуке из лошег искуства

Аргентине и укључиле економску нужду међу основе дозвољеног ограничења заштите права страних улагача у своје моделе споразума о заштити и подстицању улагања.

С друге стране, сувише рестриктивно постављена правила о одговорности могу да доведу до ситуације да одређена улагачка права, која би се према општим стандардима сматрала међународно заштићеним, не буду обухваћена меродавним извором заштите права страних улагања, као што је то био случај у спору *Mitchell v. Congo*. Такође, до неостваривања циља заштите улагачких права може да дође и у случају када меродавна правила о накнади штете предвиђају сувише рестриктиван или околностима непримерен систем накнаде који не омогућава остваривање принципа пуног обештећења улагача коме је неко заштићено право било повређено радњом или пропуштањем државе пријемнице.

Четврта хипотеза је гласила да режим одговорности државе за заштиту страних директних улагања успостављен тренутно важећим изворима права који обавезују Републику Србију не гарантује увек потребну равнотежу легитимних интереса учесника улагачког подухвата. Исправност ове хипотезе показује се већ на плану дефиниције самог појма страног директног улагања. Чак и уколико занемаримо међусобне разлике у степену прецизности дефиниција садржаних у двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања који обавезују нашу земљу, примећујемо да и унутрашњи извори српског права страних улагања садрже неусаглашене дефиниције. Тако, Закон о страним улагањима веома широко дефинише овај појам и у њега укључује свако улагање у домаће друштво којим страни улагач стиче удео или акције у основном капиталу тог друштва, као и стицање сваког другог имовинског права страног улагача којим он остварује своје пословне интересе у Србији. Ужа дефиниција садржана је у Закону о девизном пословању, који предвиђа да се под страним улагањем имају сматрати улагања резидента у иностранству и нерезидента у Републици Србији у правно лице са циљем да се улагач укључи у управљање пословима тог правног лица. Коначно, Уредба о условима и начину привлачења страних директних инвестиција улагања дефинише као инвестиције које се могу окарактерисати као нова улагања или улагања у реконструкцију и адаптацију постојећих објеката, у производном сектору и у сектору услуга које могу бити предмет међународне трговине. Овако неуједначено дефинисање појма улагања стваља форум надлежан за решавање спора који би могао да настане поводом улагања пред задатак

да тумачи ком извору права, тј. којој дефиницији треба да да предност како би утврдио да ли се у спору који му је поднет на решавање ради о *заштићеном* улагању, поготово уколико у конкретном случају има места позивању на кишобран-клаузулу. То сасвим сигурно није оправдано са становишта правне сигурности и потребе постојања предвидљивих правила у материји страних улагања.

Такође, до поремећаја равнотеже интереса учесника улагачког подухвата може доћи и услед примене одредаба којима се уређују стандарди третмана страних улагача у споразумима који обавезују нашу државу. То ће нарочито бити случај када, услед дејства клаузула најповлашћеније нације које не садрже ограничење у погледу материјалног поља своје примене или кишобран-клаузула, дође до претераног и, што је још опасније, унапред тешко предвидљивог ширења поља одговорности државе пријемнице улагања. Исто важи и за споразуме који не овлашћују државу пријемницу улагања да примењује изузетне регулаторне мере у ванредним ситуацијама, или пак то овлашћење формулишу на контрадикторан или непотпун начин.

На основу изложених закључака могуће је формулисати неколико предлога за отклањање мањкавости које су примећене у погледу правног режима одговорности Србије као државе пријемнице улагања.

Прво, потребно је усагласити дефиниције појма страног директног улагања у различитим изворима права страних улагања који обавезују нашу државу. Ово усклађивање треба да се обави у светлу референтних међународних стандарда дефинисања појма страног улагања, уз опрез да се систем заштите директних улагања никако не сме изједначити са системом заштите портфолио улагања.

Друго, требало би избегавати укључивање кишобран-клаузула и клаузула најповлашћеније нације које не садрже ограничења материјалног поља примене у двостране споразуме о заштити и подстицању улагања јер укључивање оваквих одредаба, како је пракса показала, често може да донесе више штете него користи државама пријемницама улагања. У том смислу констатујемо да је исправно што српски модел споразума о заштити и подстицању страних улагања не предвиђа кишобран-клаузулу и намеће одређена ограничења у погледу домашаја клаузуле најповлашћеније нације и похваљујемо што је изложени приступ поштован у већини новијих споразума о заштити и подстицању улагања које је закључила наша земља.

Треће, наша држава би требало у већој мери да искористи могућност да у будућим међународним изворима права заштите страних улагања којима буде приступала или које буде закључивала јасно дефинише услове дозвољености позивања на основе искључења међународне одговорности за заштиту страних директних улагања, као што су стања еколошке, економске или безбедносне нужде.

Четврто, више пажње би требало да буде посвећено одредбама које су од значаја за утврђивање последица повреде обавезе заштите страних директних улагања. Нарочито је потребно одредити се према могућности изрицања неновчаних обавеза које проистичу из повреде обавезе заштите страног улагања, као и одредити се за меродавну методологију обрачунавања камате у случају да повреда обавезе за последицу има плаћање новчане накнаде.

Пето, досадашња искуства Србије у инвестиционим арбитражама указују да је неопходно повести више рачуна о позитивном, тј. превентивном аспекту одговорности за заштиту страних директних улагања. Наиме, у обе до сада мериторно окончане арбитраже утврђене су мањкавости у поступању државних органа чије се радње приписују Републици Србији. Чињеница да је у оба случаја међународна одговорност наше земље у крајњем исходу изостала услед стицаја осталих околности сваког конкретног случаја не би смела да уљуљка у закључку да је Србија до сада увек доследно поштовала све стандарде третмана страних улагача на које се обавезала. Превентивно деловање и контрола рада органа надлежних за омогућавање одвијања појединих аспеката улагачких подухвата требало би да допринесу спречавању избијања спорова између страних улагача и наше државе, што је свакако економски много пожељнији сценарио за све учеснике у међународном улагачком подухвату од раста броја спорова у којима ће наша држава бити тужена за повреду обавезе заштите страних директних улагања на својој територији.

Коначно, враћајући се на метафору којом смо отворили ову докторску расправу, чини нам се да је кључ „љубавне среће“ у односу страног улагача и државе пријемнице улагања у разбијању илузија учесника улагачког подухвата. Држава пријемница улагања треба да разбије илузију да ће ширењем поља своје одговорности за заштиту страних директних улагања привући (само) озбиљне стране улагаче, јер такво поступање, уместо жељеног раста друштвеног производа, за последицу може да има осиромашење државе пријемнице услед њене претеране изложености улагачким

споровима. Са друге стране, страни улагачи треба да разбију илузију да ће их сувише оштро постављена правила о одговорности државе пријемнице спасити од сваког нежељеног поступања према њиховом улагању, јер ће држава која је чврсто намерила да осујети улагачки подухват тај свој наум у сваком случају и извести, као што показују скорашње експропријације улагања у инфраструктурне објекте у неким јужноамеричким државама.

Страна улагања, дакле, треба да се привлаче подстицањем и развојем повољне пословне климе, док правила о одговорности у међународном праву страних улагања, као и у свакој другој грани права, треба да обезбеде поштовање основних правних принципа који су у корену сваке правилима уређене заједнице – *alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

БИБЛИОГРАФИЈА

І - ЛИТЕРАТУРА НА СРПСКОМ ЈЕЗИКУ И ЈЕЗИЦИМА ДРЖАВА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

ВАРАДИ ТИБОР БОРДАШ БЕРНАДЕТ КНЕЖЕВИЋ ГАШО ПАВИЋ ВЛАДИМИР	<i>Међународно приватно право</i> 14. издање Правни факултет Универзитета у Београду Београд 2012
ВАСИЉЕВИЋ МИРКО	„Право и заштита инвеститора“ <i>Право и привреда</i> бр. 5-8/2007 стр. 3-20
ВУКАДИН ЕМИЛИЈА	<i>Економска политика</i> Досије Београд 2003
ДРАШКИЋ МЛАДЕН, СТАНИВУКОВИЋ МАЈА	<i>Уговорно право међународне трговине</i> Службени лист СЦГ Београд 2005
ДРАШКОЦИ ВОЈИН	„Проблем прешироке дефиниције појма инвестиције у двостраним споразумима о међусобном подстицању и заштити улагања између Србије и страних држава“ <i>Право и привреда</i> бр. 5-8/2007 стр. 411-424
БАЈИЋ САЊА	„Приписивост акта као услов одговорности државе код повреде међународних инвестиционих споразума“ <i>Правни живот</i> бр. 13/2009 стр. 935-950 <i>Међународно правосуђе</i> Службени гласник Београд 2012
БОРЂЕВИЋ МИЛЕНА	<i>Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе</i> докторска дисертација

Београд 2012

Бундић Петар	<i>Експропријација у међународном приватном праву инвестиција</i> докторска дисертација Нови Сад 2010
Живковић Велимир	„Лисабонски уговор и нова Уредба 1219/2012 као основи права заштите страних улагања Европске уније“ <i>Право и привреда</i> бр. 4-6/2013 стр. 592-604
Живковић Урош	„Превазилажење арбитражног споразума: специфичност једностраних понуда за вођење арбитражног поступка Републике Србије“ <i>Право и привреда</i> бр. 7-9/2012 стр. 186-197
	„Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације у праву страних улагања и у праву Републике Србије“ <i>Право и привреда</i> бр. 10-12/2013 стр. 43-61
Јовановић Марко	„Заштита страних директних улагања између држава чланица Европске уније и трећих држава након ступања на снагу Лисабонског споразума“ <i>Правни живот</i> бр. 11/2011 стр. 417-434
	„Осврт на стабилизациону клаузулу у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама“ <i>Право и привреда</i> бр. 4-6/2012 стр. 658-672
Јовановић Небојша	„Правни режим страних улагања у Србију као 'банана државу““ <i>Право и привреда</i> бр. 4-6/2013 стр. 448-475
Јовичић Оља	„Двострани међународни уговори о узајамном подстицању и заштити улагања“ <i>Билтен Републичког јавног правобранилаштва</i> бр. 4/2011 стр. 21-38
Крећа Миленко	<i>Међународно јавно право</i> 4. издање

Правни факултет Универзитета у Београду
Београд 2010

KUNŠTEK Eduard	<i>Arbitražna nadležnost ICSID</i> Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci Rijeka 2002
МИЛЕНОВИЋ Дара	„Правни режим страних улагања према новом Закону о страним улагањима“ <i>Право и привреда</i> бр. 5-8/2002 стр. 462-470
МИЛИСАВЉЕВИЋ Бојан	„Приписивост као услов одговорности у међународном праву“ <i>Анали Правног факултета у Београду</i> бр. 2/2012 стр. 185-206
ПЕРОВИЋ Јелена	„Правни аспекти страних улагања“ <i>Право и привреда</i> бр. 1-4/2002 стр. 115-127
ПЕРОВИЋ Слободан	„Природно право и одговорност“ <i>Правни живот</i> бр. 9/2011 стр. 7-165
РАДЕНКОВИЋ-ЈОЦИЋ Драгана	„Заштита страних инвестиција у Југославији и земљама источне и централне Европе“ <i>Право и привреда</i> бр. 5-8/2002 стр. 522-531
РАЈНОВИЋ Љиљана	„Нови прописи и заштита страних инвестиција“ <i>Право и привреда</i> бр. 5-8/2002 стр. 546-557
СТАНИВУКОВИЋ Маја	<i>Стварна права странаца</i> Магистарски рад Нови Сад 1989
	„Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања“ у: <i>Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића</i> Правни факултет Универзитета у Београду – Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе Београд 2006 стр. 514-532

„ICSID и двострани споразуми о заштити и унапређењу инвестиција Републике Србије“

у: Весна Ракић-Водинелић, Гашо Кнежевић (ур.), *Liber amicorum Dobrosav Mitrović*

Београд 2007

стр. 583-602

„Кишобран клаузула у билатералним инвестиционим споразумима (БИТ)“

у: Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*

Правни факултет Универзитета Црне Горе

Подгорица 2008

стр. 32-56

„Двострани споразуми о заштити и унапређењу улагања са државама чланицама Европске уније“

Правни живот бр. 12/2011

стр. 311-327

Међународна арбитража

Службени гласник

Београд 2013

**СТАНИВУКОВИЋ Маја
Бундић Петар**

Међународно приватно право – посебни део

Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Нови Сад 2008

**СТАНИВУКОВИЋ Маја
Живковић Мирко**

Међународно приватно право – општи део

4. издање

Службени гласник

Београд 2010

**СТОЈИЉКОВИЋ
Владимир**

„Држава као субјект међународног привредног права“

Право и привреда бр. 5-8/2002

стр. 833-839

Међународно привредно право

2. издање

ИП Јустинијан

Београд 2003

ТАБОРОШИ Светислав

„Циљна функција закона о страним улагањима“

Право и привреда бр. 5-8/2002

стр. 427-437

ЋИРИЋ Александар

„Традиционална и савремена улога државе као субјекта међународних трговинских односа“

Право и привреда бр. 4-6/2013

стр. 432-447

„Правни оквири заштите страних директних инвестиција“

Право и привреда бр. 5-8/2002

стр. 471-489

ЋИРИЋ Александар
ЦВЕТКОВИЋ Предраг

„Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора“

Право и привреда бр. 5-8/2005

стр. 713-727

ЦВЕТКОВИЋ Предраг

Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика

докторска дисертација

Ниш 2005

„Критеријуми утврђивања меродавног материјалног права пред ICSID Центром“

Право и привреда бр. 5-8/2007

стр. 375-387

Међународно право страних инвестиција

Задужбина Андрејевић

Београд 2007

„Услови надлежности ICSID Центра за решавање инвестиционих спорова“

у: Маја Костић Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*

Правни факултет Универзитета Црне Горе

Подгорица 2008

стр. 57-82

II - ЛИТЕРАТУРА НА СТРАНИМ ЈЕЗИЦИМА

- ACCONCI Pia** „Most-Favoured-Nation Treatment“
у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 363-406
-
- AGO Roberto** „Le délit international“
RCADI, vol. 68, 1939
стр. 415-554
-
- „First Report on State Responsibility – Document A/CN.4/217“
Yearbook of the International Law Commission vol. II/1969
стр. 125-156
-
- AKEHURST Michael** „Custom as a Source of International Law“
BYIL vol. 47, 1977
стр. 1-53
-
- ALVAREZ Guillermo
Aguilar,
PARK William W.** „The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11“
The Yale Journal of International Law бр. 28/2003
стр. 365-408
-
- ALVAREZ José Enrique** „The Public International Law Regime Governing International Investment“
RCADI, vol. 344, 2009
стр. 193-542
-
- „Contemporary Investment Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'?“
Alabama Law Review бр. 4/2009
стр. 943-976
-
- D'AMATO Anthony** *The Concept of Custom in International Law*
Cornell University Press
New York 1971
-
- ANDREEVA Yulia** „The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term 'Investment'“
Journal of International Arbitration бр. 4/2008

ctp. 503-506

-
- ARANGIO-Ruiz Gaetano** „Second Report on State Responsibility- Document No. A/CN.4/425 & Corr. 1 and Add. 1 & Corr. 1“
Yearbook of the International Law Commission vol. II(1), 1989
ctp. 1-56
-
- AUDIT Mathias,
FORTEAU Mathias** „Investment Arbitration without BIT: Toward a Foreign Investment Customary Based Arbitration?“
Journal of International Arbitration 5/2012
ctp. 581-604
-
- BEDERMAN David J.** *Custom as a Source of Law*
Cambridge University Press
New York 2010
-
- BEGIC Taida** *Applicable Law in International Investment Disputes*
Eleven International Publishing
Utrecht 2005
-
- BERGER Klaus Peter** „Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators“
Vanderbilt Journal of International Law vol. 36, 2003
ctp. 1347-1380
-
- BERNARDINI Piero** „Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments“
Journal of World Energy Law & Business 6p. 1/2008
ctp. 98-112
-
- BISHOP R. Doak** „A Practical Guide for drafting International Arbitration Clauses“
International Energy Law and Taxation Review 6p. 1/2000
ctp. 16-100
-
- BISHOP R. Doak,
CRAWFORD James,
REISMAN W. Michael** *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*
Kluwer Law International
The Hague 2005
-
- BJORKLUND Andrea** „Emergency Exceptions: State of Necessity and *Force Majeure*“
y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.)
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008
ctp. 459-523

	<p>„National Treatment“ y: August Reinisch (ed.), <i>Standards of Investment Protection</i>, Oxford University Press Oxford 2008 стр. 29-58</p>
	<p>„The Emerging Civilization of Investment Arbitration“ <i>Penn State Law Review</i> бр. 4/2009 стр. 1269-1300</p>
BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz	<p>„Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?“ <i>Arbitration International</i> бр. 4/2012 стр. 577-590</p>
	<p>„Arbitration of Foreign Investment Disputes: An Introduction“ y: Albert Jan van den Berg (ed.) <i>New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA Congress Series</i> The Hague/London/Boston 2005 стр. 125-131</p>
BODDICKER Joseph M.	<p>„Whose Dictionary Controls? Recent Challenges to the Term 'Investment' in ICSID Arbitration“ <i>American University International Law Review</i> vol. 25, 2010 стр. 1037-1071</p>
BOISSON DE CHAZOURNES Laurence	<p>„Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues“ <i>EJIL</i> бр. 2/2000 стр. 315-338</p>
BORCHERS Patrick	<p>„The Internationalization of Contractual Conflicts Law“ <i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i> бр. 28/1995 стр. 421-443</p>
BORIES Clémentine	<p>„The Hague Conference of 1930“ y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), <i>The Law of International Responsibility</i> Oxford University Press Oxford 2010 стр. 61-68</p>
BROCHES Aron	<p>„Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding</p>

Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution“
FILJ – ICSID Review бр. 2/1987
стр. 287-334

BROOKS Kim „Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?“
Queen's Law Journal бр. 34/2009
стр. 505-564

BROWER Charles II „Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back“
Columbia Journal of Transnational Law vol. 40, 2001-2002
стр. 43-88

BROWNLIE Ian *Principles of Public International Law*
7th edition
Oxford University Press
Oxford 2008

**BUBB Ryan J.,
ROSE-ACKERMAN Susan** „BITs and Bargains: Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment“
International Review of Law and Economics vol. 27, 2007
стр. 291-311

BURGSTALLER Markus „European Law and Investment Treaties“
Journal of International Arbitration бр. 2/2009
стр. 181-216

**BURKE-WHITE William
W.** „The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System“
y: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.)
The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality
Wolters Kluwer Law & Business
Alphen aan den Rijn 2010
стр. 407-432

**BURKE-WHITE William
W,
VON STADEN Andreas** „Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties“
VJIL бр. 2/2008
стр. 307-410

**CALLIESS Graf-Peter,
RENNER Moritz** „Transnationalizing Private Law – The Public and the Private

Dimensions of Transnational Commercial Law“

German Law Journal бр. 10/2009

стр. 1341-1356

**CANNIZZARO Enzo,
BONAFÉ Beatrice**

„Fragmenting International Law through Compromissory
Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the *Oil
Platforms Case*“

EJIL бр. 3/2005

стр. 481-497

**CARREAU Dominique,
MARRELLA Fabrizio,**

Droit international

11e éd.

Éditions Pedone

Paris 2012

CHENG Tai-Heng

„Power, Authority and International Investment Law“

American University International Law Review бр. 20/2004-
2005

стр. 465-520

COHN Georges

„La théorie de la responsabilité internationale“

RCADI vol. 68, 1939

стр. 207-325

**CONDORELLI Luigi,
KRESS Claus**

„The Rules of Attribution: General Considerations“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The
Law of International Responsibility*

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 221-236

CORDERO Moss Giuditta

„Full Protection and Security“

y: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*

Oxford University Press

Oxford 2008

стр. 131-150

„Commercial Arbitration and Investment Arbitration: Fertile
Soil for False Friends?“

y: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan
Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st
Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer*

Oxford University Press

Oxford 2009

стр. 782-800

**COURT DE FONTMICHEL
Alexandre**

L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international

Editions Panthéon-Assas

Paris 2004

CRAWFORD James

The International Law Commission Articles on State Responsibility

Cambridge University Press

Cambridge 2002

„The Permanent Court of Arbitration and Mixed Arbitration“
Remarks on the occasion of a Celebration of the Centenary of
the PCA

The Hague, 2007

доступно на: www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=973

„The System of International Responsibility“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 17-26

DAMODARAN Aswath

Investment Valuation: Tools and Techniques for Determining the Value of Any Asset

Wiley & Sons

Hoboken, New Jersey 2012

DAVID Eric

„Primary and Secondary Rules“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)

The Law of International Responsibility

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 27-36

DELAUME Georges

„Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States“

International Lawyer бр. 1/1966/1967

стр. 64-80

DIEHL Alexandra

The Core Standards of International Investments Protection

Kluwer Law International

Alphen aan den Rijn 2012

DIEZ-HOCHLEITNER Javier	„El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea“ <i>Revista del Club Español del Arbitraje</i> бр. 8/2010 стр. 19-52
DIMOLITSA Antonias	„L’extension de la clause compromissoire à des non-signataires: rien de neuf“ <i>ASA Bulletin</i> бр. 3/2012 стр. 516-538
DINGWALL Joanna, HAERI Hussein	„ICSID Tribunal finds Jordan in Violation of its Investment Treaty Obligations“ <i>International Arbitration Law Review</i> бр. 4/2010 стр. 33-35
DOLZER Rudolph, STEVENS Margrete	<i>Bilateral Investment Treaties</i> Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht 1995
DOLZER Rudolph, SCHREUER Christoph	<i>Principles of International Investment Law</i> 2nd edition Oxford University Press Oxford 2012
DOUGLAS Zachary	„Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration“ <i>BYIL</i> бр. 1/2003 стр. 151-289
	„Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitration and ICSID“ y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), <i>The Law of International Responsibility</i> Oxford University Press Oxford 2010 стр. 815-842
DUGARD John	„Diplomatic Protection“ y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.) <i>The Law of International Responsibility</i> Oxford University Press Oxford 2010 стр. 1051-1072
DUMBERRY Patrick	„Are BITs Representing the „New“ Customary International

Law in International Investment Law?“
Penn State International Law Review vol. 28, 2010
стр. 675-701

**DUNAND Patrick,
KOSTYTSKA Maria**

„Declaratory Relief in International Arbitration“
Journal of International Arbitration бр. 1/2012
стр. 1-18

DUNOFF Jeffrey

„The Many Dimensions of Softwood Lumber“
Alberta Law Review бр. 2/2007
стр. 319-356

DUPUY Pierre-Marie

„Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility
of States“
EJIL бр. 3/1992
стр. 139-148

„Le fait générateur de la résonsabilité internationale des États“
RCADI, vol. 188, 1984
стр. 9-134

„Relations between the International law of Responsibility and
Responsibility in Municipal Law“
y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)
The Law of International Responsibility
Oxford University Press
Oxford 2010
стр. 173-186

**EHLE Bernd,
DAWIDOWICZ Martin**

„Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial
Arbitration and WTO Litigation“
y: Jorge Huerta-Goldman et al. (eds.), *WTO Litigation,
Investment Arbitration and Commercial Arbitration*
Kluwer Law International 2013
стр. 293-326

FASTENRATH Ulrich

„Relative Normativity in International Law“
EJIL бр. 4/1993
стр. 305-340

FEIT Michael

„Responsibility of the State Under International Law for the
Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity“
Berkeley Journal of International Law бр. 1/2010
стр. 142-177

FROUVILLE Olivier de	<p>„Attribution of Conduct to the State: Private Individuals“ y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), <i>The Law of International Responsibility</i> Oxford University Press Oxford 2010 ctp. 257-280</p>
GAILLARD Emmanuel	<p>„Commentaire à propos de <i>Fedax v. Venezuela</i>“ <i>JDI</i> 6p. 1/1999 ctp. 278 et seq.</p>
	<p>„Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice“ y: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.) <i>International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer</i> Oxford University Press Oxford 2009 ctp. 403-416</p>
GAILLARD Emmanuel, BANIFATEMI Yas	<p>„The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law“ <i>ICSID Review - Foreign Investment Law Journal</i> 6p. 2/2003 ctp. 375-411</p>
GARCÍA-BOLÍVAR Omar	<p>„The Teleology of International Investment Law – The Role of Purpose in Interpretation of International Investment Agreements“ <i>The Journal of World Investment and Trade</i> 6p. 5/2005 ctp. 751-772</p>
GATTINI Andrea	<p>„La notion de faute à la lumière du projet de la convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale“ <i>EJIL</i> 6p. 3/1992 ctp. 253-284</p>
GAZZINI Tarcisio	<p>„Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v. Argentina“ <i>Journal of Energy and Natural Resources Law</i> 6p. 3/2008 ctp. 450-469</p>
	<p>„Drawing the Line between Non-CompensableRegulatory</p>

Powers and Indirect Expropriation of Foreign Investment –
An Economic Analysis of Law Perspective“
Manchester Journal of International Economic Law 6p. 3/2010
стр. 36-51

GÉNY François

Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif
Librairie générale de droit et de jurisprudence
Paris 1919

GOTANDA John

„Recovering Lost Profits in International Disputes“
GJIL vol. 36, 2004
стр. 61-112

„Damages in Private International Law“
RCADI vol. 326, 2007
стр. 73-408

GRAEFRATH Bernhard

„Responsibility and Damages Caused: Relationship Between
Responsibility and Damages“
RCADI vol. 185, 1984
стр. 9-149

GRANADOS Jacqueline

„Investor Protection and Foreign Investment under NAFTA
Chapter 11: Prospects for the Western Hemisphere under
Chapter 17 of the FAA“
Cardozo Journal of International and Comparative Law vol. 13,
2005
стр. 189-224

**GRIERSON-WEILER
Todd,
LAIRD Ian**

„Standards of Treatment“
y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 259-304

GRISEL Florian

„L'octroi des intérêts composés par les tribunaux arbitraux
d'investissement“
JDI 6p. 3/2011
стр. 545-562

GUZMAN Andrew

„Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the
Popularity of Bilateral Investment Treaties“
VJIL vol. 38, 1998
стр. 639-688

GUZMAN Andrew, MEYER Timothy	„International Soft Law“ <i>Journal of Legal Analysis</i> бр. 1/2010 стр. 171-225
HAUGENEDER Florian	„Corruption in Investor-State Arbitration“ <i>Journal of World Investment & Trade</i> бр. 3/2009 стр. 323-339
HAUGENEDER Florian, LIEBSCHER Christoph	„Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof“ y: Christian Klausegger et al. (eds.) <i>Austrian Arbitration Yearbook 2009</i> C. H. Beck, Stämpfli & Manz Vienna 2009 стр. 539-564
HEATHCOTE Sarah	„Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity“ y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.) <i>The Law of International Responsibility</i> Oxford University Press Oxford 2010 стр. 491-502
HIGGINS Rosalyn	„The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law“ <i>RCADI</i> vol. 176, 1982 стр. 263-392
HOBÉR Kaj	„State Responsibility and Attribution“ y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), <i>The Oxford Handbook of International Investment</i> Oxford University Press Oxford 2008 стр. 548-583
	„State Responsibility and Investment Arbitration“ <i>TDM</i> бр. 5/2005 стр. 1-28
HORNICK Robert	„The <i>Mihaly</i> Arbitration – Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction“ <i>Journal of International Arbitration</i> бр. 2/2003

	стр. 189-197
HUNTER Martin, CONDE e Silva Gui	„Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations“ <i>Journal of World Investment</i> бр. 3/2003 стр. 367-378
JAGUSCH Stephen, SEBASTIAN Thomas	„Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?“ <i>Arbitration International</i> бр. 1/2013 стр. 45-62
JUILLARD Patrick	„L'évolution des sources du droit des investissements“ RCADI, vol. 250, 1994 стр. 9-216
	„Contrats d'État et investissements“ y: Hervé Cassan (ed.), <i>Contrats internationaux et pays en développement</i> Economica Paris 1989 стр. 159 et seq.
KAHN Phillipe	„The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes“ <i>Indiana Law Journal</i> бр. 1/1968 стр. 1-32
KAMMERHOFER Jörg	„Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems“ <i>EJIL</i> бр. 3/2004 стр. 523-553
KANTOR Mark	<i>Valuation for Arbitration</i> Kluwer Law International Alphen aan den Rijn 2008
KESSEDIAN Catherine	„Le Droit entre concurrence et coopération“ y: <i>Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon</i> Daloz Paris 2008 стр. 119-132
KOLO Abba,	„Capital Transfer Restrictions under Modern Investment

WÄLDE Thomas	Treaties“ у: August Reinisch (ed.), <i>Standards of Investment Protection</i> Oxford University Press Oxford 2008 стр. 205-243
KLEINHEISTERKAMP Jan	„The Future of the BITs of European Member States after Lisbon“ <i>ASA Bulletin</i> бр. 1/2011 стр. 212-223
KURTZ Jürgen	„NGOs, the Internet and International Policy Making: the Failure of the OECD Multilateral Agreement on Investment“ <i>Melbourne Journal of International Law</i> бр. 3/2002 стр. 213-246
	„The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and Its Discontents“ <i>EJIL</i> бр. 3/2009 стр. 749-771
LALIVE Pierre	„Transnational (or Truly International) Public Policy“ <i>ICCA Congress Series</i> бр. 3/1986 стр. 258-318
LAUTERPACHT Hersch (ed.)	<i>Oppenheim's International Law – A Treatise</i> 8th ed, vol. I Longmans London 1963
LAZIĆ Vesna	„Suitability of UNCITRAL Arbitration Rules for the Settlement of Investment Disputes“ у: Маја Костић-Мандић (ур.) <i>Међународно приватно право и заштита страних инвеститора</i> Правни факултет Универзитета Црне Горе Подгорица 2008 стр. 11-31
LEEKES Annie	„The Relationship Between Bilateral Investment Treaty Arbitration and the Wider Corpus of International Law: the ICSID Approach“ <i>University of Toronto Faculty of Law Review</i> бр. 2/2007 стр. 1-40

LEW Julian D. M.	<i>The Choice of the Applicable Law in International Commercial Arbitration</i> Oceana Publications New York 1978
LOWENFELD Andreas	„Investment Agreements and International Law“ <i>Columbia Journal of Transnational Law</i> бр. 1/2003 стр. 123-130
MALINVAUD Carole	„Non-Pecuniary Remedies in Investment Treaty Arbitration“ <i>ICCA Congress Series</i> vol. 14, 2009 стр. 209-230
MANIRUZZAMAN Abdul F. Munir	„Choice of Law in International Contracts – Some Fundamental Conflict of Laws Issues“ <i>Journal of International Arbitration</i> бр. 4/1999 стр. 141-172
	„State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies“ <i>EJIL</i> бр. 2/2001 стр. 309-328
MARTIN Antoine	„Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-Precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law“ <i>Journal of International Arbitration</i> бр. 1/2012 стр. 49-70
MARTINEZ Alexis	„Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration“ y: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), <i>The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality</i> , Wolters Kluwer Law & Business Alphen aan den Rijn 2010 стр. 315-337
MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent	<i>Droit international privé</i> 9 ^e éd. Montchrestien Paris 2007
MCLACHLAN Campbell, SHORE Laurence, WEINIGER Matthew	<i>International Investment Arbitration – Substantive Principles</i> Oxford University Press Oxford 2008

MESHEL Tamar	<p>„The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration“</p> <p><i>Journal of International Arbitration</i> бр. 3/2013</p> <p>стр. 267-281</p>
MILES Kate	<p>„International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment“</p> <p><i>Colorado Journal of International Environmental Law and Policy</i> vol. 21, 2010</p> <p>стр. 1-47</p>
MOLOO Rahim, KHACHATURIAN Alex	<p>„The Compliance with the Law Requirement in International Investment Arbitration“</p> <p><i>Fordham International Law Journal</i> vol. 34, 2011</p> <p>стр. 1473-1501</p>
MORRISON Fred L.	<p>„The Protection of Foreign Investment in the United States of America“</p> <p><i>The American Journal of Comparative Law</i> vol. 58, 2010</p> <p>стр. 437-454</p>
MORTENSON Julian Davis	<p>„The Meaning of 'Investment': ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law“</p> <p><i>Harvard International Law Journal</i> бр. 1/2010</p> <p>стр. 257-318</p>
MOUTIER-LOPET Anaïs	<p>„Contribution to the Injury“</p> <p>y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), <i>The Law of International Responsibility</i></p> <p>Oxford University Press</p> <p>Oxford 2010</p> <p>стр. 639-646</p>
MUCHLINSKI Peter	<p>„Policy Issues“</p> <p>y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.)</p> <p><i>The Oxford Handbook of International Investment Law</i></p> <p>Oxford University Press</p> <p>Oxford 2008</p> <p>стр. 3-48</p>
	<p>„The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution“</p> <p>y: Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (eds.), <i>International Investment Law for the 21st</i></p>

Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer

Oxford University Press

Oxford 2009

ctp. 341-362

MÜLLER Daniel

„The Work of García Amador on State Responsibility for Injury Caused to Aliens“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*

Oxford University Press

Oxford 2010

ctp. 69-74

NASSAR Nagla

„Internationalization of State Contracts: ICSID, the Last Citadel“

Journal of International Arbitration 6p. 3/1997

ctp. 185-208

NELSON Timothy

„Bridas v. Turkmenistan“

ASA Bulletin 6p. 3/2006

ctp. 584-599

„History Ain't Changed: Why Investor-State Arbitration Will survive the New Revolution“

y: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*

Wolters Kluwer Law & Business

Alphen aan den Rijn 2010

ctp. 555-576

**NEWCORBE Andrew Paul,
PARADELL Lluís**

Law and Practice of International Investment Treaties: Standards of Treatment

Kluwer Law International

Alphen aan den Rijn 2009

NOUGAYRÈDE Delphine

„Binding States: A Commentary on State Contracts and Investment Treaties“

Business Law International 6p. 3/2005

ctp. 372-395

**NWOGUGU Edwin
Ifeanyichukwu**

„Legal Problems of Foreign Investments“

RCADI vol. 153, 1976

ctp. 167-262

O'CONNOR Lee

„The International Law of Expropriation of Foreign-Owned

Property: The Compensation Requirement and the Role of the Taking State“

Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review vol. 6, 1983

стр. 355-425

**ORLU NMEHELLE
Vincent**

„Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)“

ASICL бр. 1/2001

стр. 21-48

PAPARINSKIS Martins

„Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility“

EJIL бр. 2/2013

стр. 617-647

PAVIĆ Vladimir

„Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy“

Victoria University of Wellington Law Review бр. 4/2012

стр. 661-686

PELLET Allain

„The Definition of Responsibility in International Law“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)

The Law of International Responsibility

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 3-16

„The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 75-94

PICCIOTTO Sol

„Linkages in International Investment Regulation: the Antinomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment“

U. Penn. JIEL бр. 3/1998

стр. 731-768

**RAESCHKE-KESSLER
Hilmar**

„Corrupt Practices in the Foreign Investment Context: Contractual and Procedural Aspects“

y: Norbert Horn, Stefan Kröll (eds.)
Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects
Kluwer Law International
The Hague 2004
стр. 471-501

**RAESCHKE-KESSLER Hilmar,
GOTTWALD Dorothee** „Corruption“
y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 584-616

RANJAN Prabhash „Definition of Investment in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries and Regulatory Discretion“
Journal of International Arbitration бр. 2/2009
стр. 219-243

**REED Lucy,
PAULSSON Jan,
BLACKABY Nigel** *Guide to ICSID Arbitration*
Kluwer Law International
Alphen aan den Rijn 2010

REINISCH August „Legality of Expropriations“
y: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 171-204

**REINISCH August,
MALINTOPPI Loretta** „Methods of Dispute Resolution“
y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 691-720

REISMAN W. Michael „The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice-of-Law Provision and the Question of Its Treshold“
FILJ – ICSID Review бр. 2/2000
стр. 362-381

**REISMAN W. Michael,
SLOANE Robert** „Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation“
BYIL бр. 1/2003
стр. 115-150

**RIPINSKY Sergey,
WILLIAMS Kevin**

Damages in International Investment Law
British Institute of International and Comparative Law
London 2008

ROBERTS Anthea

„Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the
Investment Treaty System“
AJIL бр. 1/2013
стр. 45-94

ROE Thomas

„Arbitration under the ICSID Convention: Claims by
Unsuccessful tenderers for Public Works Contracts as
Investment Disputes“
Commonwealth Law Bulletin vol. 30, 2004
стр. 795-802

ROSENBERG George

„State as a Party to Arbitration“
Arbitration International бр. 4/2004
стр. 387-409

RUBINS Noah

„The Notion of 'Investment' in International Investment
Agreements“
y: Norbert Horn, Stefan Kröll (eds.)
*Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and
Substantive Legal Aspects*
Kluwer Law International 2004
стр. 283-324

SAHL Silke

*Researching Customary International Law, State Practice and
the Pronouncements of States regarding International Law*
Hauser Global Law School Program
New York 2007
доступно на:
http://www.nyulawglobal.org/globalex/customary_international_law.htm

SALACUSE Jeswald W.

„The Treatification of International Investment Law“
Law and Business Review of the Americas vol. 13, 2007
стр. 155-166

SASSON Monique

Substantive Law in Investment Treaty Arbitration
Kluwer Law International
Alphen aan den Rijn 2010

SAYED Abdulhay

Corruption in International Trade and Commercial Arbitration
Kluwer Law International

The Hague 2004

SCHELMMER Engela C.

„A New International Law on Foreign Investment“
Journal of South African Law бр. 3/2005
стр. 531-546

SCHILL Stephan W.

„Tearing Down the Great Wall: the New Generation in Investment Treaties of the People's Republic of China“
Cardozo Journal of International and Comparative Law бр. 15/2007
стр. 73-118

SCHREUER Christoph

„International and Domestic Law in Investment Disputes: The Case of ICSID“
Austrian Review of International and European Law бр. 1/1996
стр. 89-120

„Non-Pecuniary remedies in ICSID Arbitration“
Arbitration International 4/2004
стр. 325-332

The ICSID Convention – A Commentary
Cambridge University Press
Cambridge 2001

„Interrelationship of Standards“
y: August Reinisch (ed.)
Standards of Investment Protection
Oxford University Press
Oxford 2008
стр. 1-7

SCHREUER Christoph
WEINIGER Matthew

„A Doctrine of Precedent?“
y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),
The Oxford Handbook of International Investment
Oxford University Press
Oxford 2008

SHAN Wenhua,
ZHANG Sheng

„The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy“
EJIL бр. 4/2011
стр. 1049-1073

SHAW Malcolm

International Law
6th edition

Cambridge University Press
Cambridge 2008

-
- SHEPPARD Audley** „Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?“
y: Marie-Claire Cordonier Segger et al. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*
Kluwer Law International 2011
ctp. 333-350
-
- SIMMA Bruno,
PULKOWSKI Dirk** „Leges Speciales and Self-Contained Regimes“
y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)
The Law of International Responsibility
Oxford University Press
Oxford 2010
ctp. 139-164
-
- SINCLAIR Anthony** „The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection“
Arbitration International бp. 4/2004
ctp. 411-434
-
- SOLOWAY Julie A.** „NAFTA's Chapter 11“
Journal of International Arbitration бp. 2/1999
ctp. 1-14
-
- SOREL Jean-Marc** „The Concept of 'Soft Responsibility'?“
y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*
Oxford University Press
Oxford 2010
ctp. 165-171
-
- SORNARAJAH
Mutchucumaraswamy** *The Settlement of Foreign Investment Disputes*
Kluwer Law International
Alphen aan den Rijn 2000
-
- „Protection and Guarantees of Investment“
Commonwealth Law Bulletin бp. 2/2000
ctp. 1290-1299
-
- The International Law on Foreign Investment*
3rd edition
Cambridge University Press

Cambridge 2010

STANIVUKOVIĆ Maja

„Contract without a Proper Law in Private International Law and Non-State Law in Serbia and Montenegro Law“

XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law

Utrecht, 16-22 July 2006

стр. 1-12

доступно на: <http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/2.pdf>

„State-Investor Disputes Connected to Foreign Investments in the Nuclear Energy Sector: A Review of the Two Cases Arising under the ECT“

Зборник Правног факултета Универзитета у Новом Саду
бр. 3/2011

стр. 253-298

STERN Brigitte

„Un petit pas de plus: l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre État et investisseur“

Revue de l’arbitrage бр. 1/2007

стр. 3-43

„The Elements of an Internationally Wrongful Act“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)

The Law of International Responsibility

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 193-220

SZUREK Sandra

„The Notion of Circumstances Precluding Wrongfulness“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)

The Law of International Responsibility

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 427-438

„Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: *Force Majeure*“

y: James Crawford, Allain Pellet, Simon Olleson (eds.)

The Law of International Responsibility

Oxford University Press

Oxford 2010

стр. 475-480

TIETJE Christian, NOWROT Karsten, WACKERNAGEL Clemens	„Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID“ <i>Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht</i> , March 2008 доступно на: www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft74.pdf
TIMMER Laurens	„The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre“ <i>Journal of International Arbitration</i> бр. 4/2012 стр. 363-373
TURYN Alejandro, PEREZ Aznar Facundo	„Drawing the Limits of Free Transfer Provisions“ y: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.), <i>The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality</i> Wolters Kluwer Law & Business Alphen aan den Rijn 2010 стр. 51-78
VAN DER MEULEN Jackie, TREBILCOCK Michael J.	„Canada's Policy Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions“ <i>Canada Business Law Journal</i> vol. 47, 2009 стр. 392-434
VAN HARTEN Gus	„Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration“ y: Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds.) <i>The Backlash Against Investment Arbitration – Perceptions and Reality</i> Kluwer Law International 2010 стр. 433-453
VANDEVELDE Kenneth J.	„International Investment Agreements in Historical Perspective“ <i>University of California Davis Journal of Law and Policy</i> бр. 12/2005 стр. 157-194
VIÑUALES Jorge E.	„State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law“ <i>Law and Business Review of the Americas</i> vol. 14, 2008 стр. 79-103
VOIGT Christina	„The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law“ <i>Retfærd NJLJ</i> vol. 31, 2008

WÄLDE Thomas	<i>Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation</i> Dundee 1994
	„The Specific Nature of Investment Arbitration“ y: Philippe Kahn, Thomas Wälde (eds.), <i>New Aspects of International Investment Law</i> Martinus Nijhoff Publishers Leiden 2007 стр. 42-119
	„International Investment Law: An Overview of Key Concepts and Methodology“ <i>TDM</i> бр. 4/2007 стр. 1-86
WÄLDE Thomas, KOLO Abba	„Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law“ <i>International and Comparative Law Quarterly</i> vol. 50/2001 стр. 811-848
WÄLDE Thomas, SABAHI Borzu	„Compensation, Damages and Valuation“ y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), <i>The Oxford Handbook of International Investment</i> Oxford University Press Oxford 2008 стр. 1049-1124
WEBB Yackee Jason	„Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?“ <i>Law & Society</i> бр. 4/2008 стр. 805-832
WEIL Prosper	„Vers une normativité relative en droit international?“ <i>RGDIP</i> бр. 1/1982 стр. 5-47
WEINTRAUB Sidney	„Bolivia's Natural Gas Nationalization“ <i>Issues in International Political Economy</i> бр. 77/2006 стр. 1-2
WEISS Friedl	„Trade and Investment“ y: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.),

The Oxford Handbook of International Investment

Oxford University Press

Oxford 2008

срп. 182-223

WOLFF Lutz-Christian

„China's Private International Investment Law: One-Way Street into PRC Law?“

The American Journal of Comparative Law vol. 56, 2008

срп. 1039-1074

YALA Farouk

„The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some 'Un-Conventional' Thoughts on Salini, SGS and Mihaly“

Journal of International Arbitration бр. 2/2005

срп. 105-126

YANNACA-SMALL Katia

„Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments“,

y: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*

Oxford University Press

Oxford 2008

срп. 111-130

„Definition of 'Investment': an Open-Ended Search for a Balanced Approach“

y: Katia Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues*

Oxford University Press

Oxford 2010

срп. 243-269

ZAMPETTI Americo

Beviglia,

SAUVÉ Pierre

„International Investment“

y: Andrew Guzman, Alan Sykes (eds.)

Research Handbook in International Economic Law

Edward Elgar Publishing

Northampton 2007

срп. 211-270

ZEMANEK Karl

„Is the Term 'Soft Law' Convenient?“

y: Gerhard Hafner et al. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*

Kluwer Law International 1998

срп. 843-862.

ZIEGLER Andreas

„Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment“

by: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*

Oxford University Press

Oxford 2008

стр. 59-86

III - ЗАКОНИ, МЕЂУНАРОДНИ УГОВОРИ И ДРУГИ ИЗВОРИ ПРАВА У СРБИЈИ И БИВШОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О МЕЂУНАРОДНОЈ ТРГОВИНСКОЈ АРБИТРАЖИ ОД 21. АПРИЛА 1961. ГОДИНЕ	<i>Службени лист ФНРЈ – додатак, бр. 12/1963</i>
ЗАКОН О БАНКАМА	<i>Службени гласник РС бр. 107/2005 и 91/2010</i>
ЗАКОН О ДЕВИЗНОМ ПОСЛОВАЊУ	<i>Службени гласник РС бр. 62/2006, 31/2011 и 119/2012</i>
ЗАКОН О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И КОНЦЕСИЈАМА	<i>Службени гласник РС бр. 88/2011</i>
ЗАКОН О ПОЉОПРИВРЕДНОМ ЗЕМЉИШТУ	<i>Службени гласник РС бр. 62/06, 65/08 и 41/09</i>
ЗАКОН О ПРИВАТИЗАЦИЈИ	<i>Службени гласник РС бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 – др. закон, 30/2010 – др. закон, 93/2012, 119/2012</i>
ЗАКОН О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА	<i>Службени гласник РС бр. 36/2011 и 99/2011</i>
ЗАКОН О СЛОБОДНИМ ЗОНАМА	<i>Службени гласник РС бр. 62/2006</i>
ЗАКОН О СПОЉНОТРГОВИНСКОМ ПОСЛОВАЊУ	<i>Службени гласник РС бр. 36/2009 и 88/2011</i>
ЗАКОН О СТРАНИМ УЛАГАЊИМА	<i>Службени лист СРЈ бр. 3/2002 и 5/2003 и Службени лист СЦГ бр. 1/2003 – Уставна повеља</i>
ЗАКОН О СТРАНИМ УЛАГАЊИМА РЕПУБЛИКЕ ЦРНЕ ГОРЕ	<i>Службени лист РЦГ бр. 52/00, 36/07 и 18/11</i>
КОНВЕНЦИЈА О ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ СТРАНИХ АРБИТРАЖНИХ ОДЛУКА (ЊУЈОРШКА КОНВЕНЦИЈА)	<i>Службени лист СФРЈ – МУ бр. 11/81</i>
КОНВЕНЦИЈА О РЕШАВАЊУ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРОВА ИЗМЕЂУ ДРЖАВА И ДРЖАВЉАНА ДРУГИХ ДРЖАВА (ВАШИНГТОНСКА КОНВЕНЦИЈА)	<i>Службени лист СЦГ – Међународни уговори бр. 2/2006</i>
СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ АЗЕРБЕЈДАН О ЗАШТИТИ И УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ УЛАГАЊА	<i>Службени гласник РС – МУ бр. 8/2011</i>

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И САВЕТА МИНИСТАРА
РЕПУБЛИКЕ АЛБАНИЈЕ О МЕЂУСОБНОМ ПОДСТИЦАЊУ И
ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр.10/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И
ВЛАДЕ НАРОДНЕ ДЕМОКРАТСКЕ РЕПУБЛИКЕ АЛЖИР О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 5/2012

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
АУСТРИЈЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 1/2002

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ, С ЈЕДНЕ
СТРАНЕ, И БЕЛГИЈСКО-ЛУКСЕМБУРШКЕ ЕКОПОМСКЕ
УНИЈЕ, С ДРУГЕ СТРАНЕ, О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И
ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр.18/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
БЕЛОРУСИЈЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/96

СПОРАЗУМ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ
ИЗМЕЂУ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА И ЊИХОВИХ ДРЖАВА
ЧЛАНИЦА, СА ЈЕДНЕ СТРАНЕ, И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, СА
ДРУГЕ СТРАНЕ

Службени гласник РС – МУ бр. 83/2008

СПОРАЗУМ О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА
ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И БОСНЕ И
ХЕРЦЕГОВИНЕ

Службени лист СРЈ – МУ бр. 12/2002

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
БУГАРСКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/96

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И КРАЉЕВИНЕ
ДАНСКЕ О ПОДСТИЦАЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 105/2009

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕТА МИНИСТАРА СРБИЈЕ И
ЦРНЕ ГОРЕ И ВЛАДЕ АРАПСКЕ РЕПУБЛИКЕ ЕГИПАТ О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 10/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ГАНЕ О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 1/2000

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ
ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ГРЧКЕ О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 2/98

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И ДРЖАВЕ

Службени лист СЦГ – МУ бр. 23/2004

ИЗРАЕЛ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ИНДИЈЕ
О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 23/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И
ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ИНДОНЕЗИЈЕ О ПОДСТИЦАЊУ И
УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 10/2011

СПОРАЗУМ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И ИСЛАМСКЕ
РЕПУБЛИКЕ ИРАН

Службени лист СЦГ – МУ бр. 2/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ ИТАЛИЈАНСКЕ
РЕПУБЛИКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА, СА ПРОТОКОЛОМ

Службени лист СРЈ – МУ бр. 1/2001

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И
ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН О УЗАЈАМНОМ
ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 3/2011

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНОГ ИЗВРШНОГ ВЕЋА
СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ ФЕДЕРАТИВНЕ РЕПУБЛИКЕ
ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ КАНАДЕ О ЗАШТИТИ
ИНВЕСТИЦИЈА

Службени лист СФРЈ – МУ бр. 5/80

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ НАРОДНЕ
РЕПУБЛИКЕ КИНЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И
ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/96

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И РЕПУБЛИКЕ
КИПАР О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 14/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ ДЕМОКРАТКСЕ
НАРОДНЕ РЕПУБЛИКЕ КОРЕЈЕ О УЗАЈАМНОМ
ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 1/99

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И ДРЖАВЕ
КУВАЈТ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 2/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И ВЕЛИКЕ
СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ НАРОДНЕ ЛИБИЈСКЕ АРАПСКЕ
ЏАМАХИРИЈЕ О ПОДСТИЦАЊУ, ГАРАНТОВАЊУ И
ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 10/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕТА МИНИСТАРА СРБИЈЕ И
ЦРНЕ ГОРЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ЛИТВАНИЈЕ О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 10/2005

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
МАЂАРСКЕ О ПОДСТИЦАЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 9/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
МАКЕДОНИЈЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 5/96

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И
ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ МАЛТЕ О УЗАЈАМНОМ
ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 10/2010

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И КРАЉЕВИНЕ
МАРОКО О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени гласник РС- МУ бр. 12/2013

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ ФЕДЕРАТИВНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ
НЕМАЧКЕ О УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ И ПОДСТИЦАЊУ
УЛАГАЊА, СА ПРОТОКОЛОМ

Службени лист СФРЈ – МУ бр. 7/90

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ НИГЕРИЈЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И
ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 3/2003

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
ПОЉСКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 6/96

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ
ПОРТУГАЛ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 1/2010

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РУМУНИЈЕ О
УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/96

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ
О СТИМУЛИСАЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 3/95

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
СЛОВАЧКЕ О УНАПРЕЂЕЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

*Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/96 и
Службени лист СЦГ – МУ бр. 6/2005*

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ
РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ
СЛОВЕНИЈЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 6/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ТУРСКЕ У ВЕЗИ СА УЗАЈАМНИМ ПОДСТИЦАЊЕМ И ЗАШТИТОМ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/2001

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И УЈЕДИЊЕНИХ АРАПСКИХ ЕМИРАТА О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 3/2013

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ УЈЕДИЊЕНОГ КРАЉЕВСТВА ВЕЛИКЕ БРИТАНИЈЕ И СЕВЕРНЕ ИРСКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 10/2004

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И КАБИНЕТА МИНИСТАРА УКРАИНЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 4/2001

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И РЕПУБЛИКЕ ФИНСКЕ О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 10/2005

КОНВЕНЦИЈА ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ ФЕДЕРАТИВНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ФРАНЦУСКЕ О ЗАШТИТИ ИНВЕСТИЦИЈА

Службени лист СФРЈ бр. 4/75

СПОРАЗУМ О ЗАШТИТИ ИНВЕСТИЦИЈА ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ ФЕДЕРАТИВНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ КРАЉЕВИНЕ ХОЛАНДИЈЕ

Службени лист СФРЈ бр. 49/76 и Службени лист СРЈ – МУ бр. 12/2002

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 10/2001 и 13/2001-испр.

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени гласник РС – МУ бр. 1/2010

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ ВЛАДЕ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ ЧЕШКЕ РЕПУБЛИКЕ О УЗАЈАМНОМ ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СРЈ – МУ бр. 2/98 и Службени гласник РС – МУ бр. 10/2010-др. закон

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ И ШВАЛЦАРСКЕ КОНФЕДЕРАЦИЈЕ О ПОДСТИЦАЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 3/2006

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ ВЛАДЕ СОЦИЈАЛИСТИЧКЕ ФЕДЕРАТИВНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И ВЛАДЕ ШВЕДСКЕ О УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ ИНВЕСТИЦИЈА

Службени лист СФРЈ – МУ бр. 12/79

СПОРАЗУМ ИЗМЕЂУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И КРАЉЕВИНЕ ШПАНИЈЕ О ПОДСТИЦАЊУ И УЗАЈАМНОЈ ЗАШТИТИ УЛАГАЊА

Службени лист СЦГ – МУ бр. 3/2004

СТРАТЕГИЈА И ПОЛИТИКА РАЗВОЈА ИНДУСТРИЈЕ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ОД 2011. ДО 2020. ГОДИНЕ

Службени гласник РС бр. 55/2011

СТРАТЕГИЈА ПОДСТИЦАЊА И РАЗВОЈА СТРАНИХ
ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Службени гласник РС бр. 22/2006

УГОВОР О ПРАВНОЈ ПОМОЋИ У ГРАЂАНСКИМ И
КРИВИЧНИМ СТВАРИМА ИЗМЕЂУ СФРЈ И ДНР АЛЖИРА

Службени лист СФРЈ – МУ бр. 2/1981

УГОВОР О ПРОДАЈИ И КУПОВИНИ АКЦИЈА НАФТНЕ
ИНДУСТРИЈЕ СРБИЈЕ А.Д. НОВИ САД, ЗАКЉУЧЕН 24.
ДЕЦЕМБРА 2008. ГОДИНЕ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И
ОАД ГАЗПРОМ НЕФТА

доступан на:

http://www.media.srbija.gov.rs/medsrp/dokumenti/ugovor_nis.pdf

УПОРЕДНИ ПРЕГЛЕД МЕЂУНАРОДНЕ ИНВЕСТИЦИОНЕ
ПОЗИЦИЈЕ СРБИЈЕ И ЗЕМАЉА У ОКРУЖЕЊУ

*Публикација Народне банке Србије
август 2012*

доступно на: *www.nbs.rs*

УРЕДБА О УСЛОВИМА И НАЧИНУ ПРИВЛАЧЕЊА
ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

*Службени гласник РС бр. 34/2010 и
41/2010*

УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Службени гласник РС бр. 98/2006

IV - МЕЂУНАРОДНИ МОДЕЛ СПОРАЗУМИ, УГОВОРИ И ДРУГИ ИЗВОРИ

THE ICSID CASELOAD – STATISTICS

Issue 2012-2

доступно на:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?
requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics)

ИЗВЕШТАЈ О МЕЂУНАРОДНИМ
УЛАГАЊИМА КОНФЕРЕНЦИЈЕ УН ЗА
ТРГОВИНУ И САРАДЊУ ЗА 2012. ГОД

*UNCTAD World Investment Report 2012 –
Methodological Note*

доступно на:

[http://unctad.org/en/PublicationChapters/WIR2012Meth
odologicalNote_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationChapters/WIR2012MethodologicalNote_en.pdf)

КОДЕКС ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈЕ КРЕТАЊА
КАПИТАЛА

OECD Code of Liberalization of Capital Movements
OECD Publications 2013

МОДЕЛ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ
СТРАНИХ УЛАГАЊА САД (1984)

U.S. Model Treaty Concerning the Reciprocal
Encouragement and Protection of Investment of
February 24, 1984

Berkeley Journal of International Law, бр. 1/1986,
стр. 136-143

МОДЕЛ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ
СТРАНИХ УЛАГАЊА САД (1984)

U.S. Model Treaty Concerning the Reciprocal
Encouragement and Protection of Investment of
February 24, 1984

Berkeley Journal of International Law, бр. 1/1986,
стр. 136-143

МОДЕЛ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ
СТРАНИХ УЛАГАЊА САД (2012)

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty

доступан на:

[http://www.state.gov/documents/organization/188371.pd
f](http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf)

МОДЕЛ СПОРАЗУМА О ЗАШТИТИ
СТРАНИХ УЛАГАЊА САД (2012)

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty

доступан на:

[http://www.state.gov/documents/organization/188371.pd
f](http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf)

МУЛТИЛАТЕРАЛНИ СПОРАЗУМ О
УЛАГАЊИМА ОРГАНИЗАЦИЈЕ ЗА
ЕКОНОМСКУ САРАДЊУ И РАЗВОЈ

OECD Multilateral Agreement on Investments
консолидована верзија текста из априла 1998. године,

доступна на:

<http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

ПОВЕЉА О УЛАГАЊИМА
ЦЕНТРАЛНОАФРИЧКЕ ЕКОНОМСКЕ И
МОНЕТАРНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

*Règlement No. 17/99/CEMAC-20-CM-03 portant Charte
des Investissements*

од 17. децембра 1999. године

доступан на:

<http://www.droit-afrique.com/images/textes/>

*Afrique_centre/CEMAC%20-
%20Charte%20Investissements.pdf*

ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВА ЗА
МЕЂУНАРОДНО ПРОТИВПРАВНА ДЕЛА

*Articles on State Responsibility for Internationally
Wrongful Acts*

*Yearbook of the International Law Commission vol. II,
2001*

ПРИНЦИПИ ЗАШТИТЕ УЛАГАЧА НА
ТРЖИШТУ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

*IOSCO Objectives and Principles of Securities
Regulation June 2010,*

доступно на:

[http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.
pdf](http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD323.pdf)

ПРОТОКОЛ О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА ИЗ
ТРЕЋИХ ДРЖАВА

*Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones
Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR*

потписан у Буенос Ајресу 5. августа 1994. године

доступан на:

[http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espan
ol/6-
protocolodepromocionyprotecciondeinversiones\(portugues\).pdf](http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espanol/6-protocolodepromocionyprotecciondeinversiones(portugues).pdf)

ПРОТОКОЛ О ПОДСТИЦАЊУ И ЗАШТИТИ
СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА
ИЗМЕЂУ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА МЕРКОСУРА

*Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección
Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR*

потписан 17. јануара 1994. године

доступан на:

[http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/
Acuerdos/1994/espanol/5-protocolodecolonia.pdf](http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/1994/espanol/5-protocolodecolonia.pdf)

РЕЗОЛУЦИЈА О ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВЕ
ЗА ШТЕТУ КОЈУ НА СВОЈОЈ ТЕРИТОРИЈИ
ПРИЧИНИ СТРАНЦИМА И ЊИХОВОЈ
ИМОВИНИ ИНСТИТУТА ЗА
МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

*Résolution sur la responsabilité internationale des États
à raison des dommages causés sur leur territoire à la
personne et aux biens des étrangers*

доступна на:

www.idi-ill.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf

РЕЗОЛУЦИЈА ИНСТИТУТА ЗА

Résolution sur l'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО О АРБИТРАЖИ
ИЗМЕЂУ ДРЖАВА, ДРЖАВНИХ
КОМПАНИЈА ИЛИ ДРЖАВНИХ ЕНТИТЕТА
И СТРАНИХ УЛАГАЧА ИЗ 1989. ГОДИНЕ

ou entités étatiques et entreprises étrangères

доступна на:

http://www.idi-il.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_01_fr.PDF

РЕФЕРЕНТНА ДЕФИНИЦИЈА СТРАНИХ
ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА ОРГАНИЗАЦИЈЕ
ЗА ЕКОНОМСКУ САРАДЊУ И РАЗВОЈ

*OECD Benchmark Definition of Foreign Direct
Investment*

4. издање, 2008

доступно на:

[www.oecd.org/daf/internationalinvestment/
investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf](http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf)

СВЕОБУХВАТНИ СПОРАЗУМ О
УЛАГАЊИМА АСОЦИЈАЦИЈЕ НАРОДА
ЈУГОИСТОЧНЕ АЗИЈЕ

ASEAN Comprehensive Investment Agreement

ступио на снагу 29. марта 2012. године

доступан на:

[http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2009%20ASEAN%20Compre
hensive
%20Investment%20Agreement-pdf.pdf](http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2009%20ASEAN%20Comprehensive%20Investment%20Agreement-pdf.pdf)

СПОРАЗУМ О ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈИ,
УНАПРЕЂЕЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА
ИЗМЕЂУ ЈАПАНА И КАМБОЏЕ ОД 14.
ЈУНА 2007. ГОДИНЕ

текст Споразума доступан на:

[http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document
.aspx?id=KLI-KA-1042089-n](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042089-n)

СПОРАЗУМ О ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈИ,
УНАПРЕЂЕЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА
ИЗМЕЂУ ЈАПАНА И ЛАОСА ОД 16.
ЈАНУАРА 2008. ГОДИНЕ

текст Споразума доступан на:

[http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document
.aspx?id=KLI-KA-1042090-n](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042090-n)

СПОРАЗУМ О ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈИ,
УНАПРЕЂЕЊУ И ЗАШТИТИ УЛАГАЊА
ИЗМЕЂУ ЈАПАНА И ПЕРУА ОД 22.
НОВЕМБРА 2008. ГОДИНЕ

текст Споразума доступан на:

[http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document
.aspx?id=KLI-KA-1042200-n](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-KA-1042200-n)

СПОРАЗУМ О ТРГОВИНИ ДРВНОМ
ГРАЂОМ ИЗМЕЂУ КАНАДЕ И САД ОД 12.
СЕПТЕМБРА 2006. ГОДИНЕ

текст Споразума доступан на:

[http://www.treaty-accord.gc.ca/text-
texte.aspx?id=105072&lang=eng](http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105072&lang=eng)

УВОДНИ ИЗВЕШТАЈ О СТРАНИМ
УЛАГАЊИМА КОНФЕРЕНЦИЈЕ УН ЗА
ТРГОВИНУ И РАЗВОЈ

*UNCTAD World Investment Report – The Triad in
Foreign Direct Investment*

UN Publications, New York 1991

доступан на:

http://unctad.org/en/Docs/wir1991overview_en.pdf

V - МЕЃУНАРОДНА СУДСКА И АРБИТРАЖНА ПРАКСА

АД НОС АРБИТРАЖЕ

**ARABIAN AMERICAN OIL COMPANY
(ARAMCO) v. SAUDI ARABIA**

Award
23 August 1958
International Law Review 1963
стр. 117-233

**BG GROUP v. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

Award
24 December 2007
доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>

BILOUNE v. GHANA

Award on Jurisdiction and Liability
27 October 1989
ILM vol. 95, 1995
стр. 184 et seq.

Award on Damages and Costs
30 June 1990
ILM vol. 95, 1995
стр. 211 et seq.

BRITISH PETROLEUM v. LIBYA

Award
10 October 1973
International Law Review 1979
стр. 297 et seq.

**CHEMTURA CORP. v. GOVERNMENT
OF CANADA**

Award
2 August 2010
доступно на:
<http://italaw.com/documents/ChemturaAward.pdf>

CME v. CZECH REPUBLIC

Partial Award
13 September 2001
доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf>

Final Award
14 March 2003

	<p>доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf</p>
EASTERN SUGAR B.V. v. CZECH REPUBLIC	<p>Partial Award 27 March 2007 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf</p>
ELF AQUITAINE v. NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY (NIOC)	<p>Preliminary Award 14 January 1982 <i>Yearbook of International Commercial Arbitration</i> 1986 стр. 97-104</p>
ENCANA v. ECUADOR	<p>Award 3 February 2006 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf</p>
EUREKO v. POLAND	<p>Partial Award 19 August 2005 доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf</p>
EUROTUNNEL (THE CHANNEL TUNNEL GROUP LTD AND FRANCE-MANCHE S.A.) v. UNITED KINGDOM AND FRANCE	<p>Partial Award 30 January 2007 доступно на: http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=218</p>
GAMI INVESTMENTS v. MEXICO	<p>Final Award 15 November 2004 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf</p>
GOVERNMENT OF THE STATE OF KUWAIT v. THE AMERICAN INDEPENDENT OIL COMPANY (AMINOIL)	<p>Award 24 May 1982 <i>Yearbook of Commercial Arbitration</i> 1984 стр. 71-96</p>
GRAND RIVER ENTERPRISES ET AL.	<p>Award</p>

V. UNITED STATES

12 January 2011

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>

LAUDER V. CZECH REPUBLIC

Award

3 September 2001

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>

LENA GOLDFIELDS V. THE SOVIET UNION

Award

3 September 1930

Cornell Law Quarterly vol. 36, 1950

стр. 31 et seq.

LIBYAN AMERICAN OIL COMPANY (LIAMCO) V. THE LIBYAN ARAB REPUBLIC

Award

12 April 1977

Yearbook of Commercial Arbitration 1981

стр. 89-118

LIBYAN ARAB FOREIGN INVESTMENT COMPANY (LAFICO) V. THE REPUBLIC OF BURUNDI

Award

4 March 1991

Revue belge de droit international бр. 2/1990

стр. 517-562

MARTINI CASE (ITALY V. VENEZUELA)

Award

3 May 1930

RIAA vol. 2

стр. 975 et seq.

MERRILL & RING FORESTRY V. CANADA

Award

31 March 2010

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf>

METHANEX V. UNITED STATES

Award

3 August 2005

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

NATIONAL GRID V. THE ARGENTINE

Award

REPUBLIC

3 November 2008

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>

NYCOMB V. LATVIA

Award

16 December 2003

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0570.pdf>

**OCCIDENTAL EXPLORATION AND
PRODUCTION COMPANY V.
ECUADOR**

Final Award

1 July 2004

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>

POPE & TALBOT V. CANADA

Interim award

26 June 2000

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>

Award on Damages

31 May 2002

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>

Award on Merits

10 April 2001

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>

**RAINBOW WARRIOR AFFAIR CASE
(NEW ZEALAND V. FRANCE)**

Award

30 April 1990

RIAA vol. 20

стр. 217 et seq.

ROMAK V. UZBEKISTAN

Award

26 November 2009

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case->

THE RUSSIAN INDEMINITY CASE (RUSSIA V. TURKEY)	Award 11 November 1912 доступно на: www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=1114
SAPPHIRE INTERNATIONAL PETROLEUM LTD V. NATIONAL IRANIAN OIL COMPANY (NIOC)	Award, 15 March 1963 <i>International Law Review</i> 1963 стр. 136 et seq.
SALUKA INVESTMENTS V. CZECH REPUBLIC	Partial Award 17 March 2006 доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf
SD MYERS INC V. CANADA	First Partial Award 13 November 2000 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf
SOCIÉTÉ GÉNÉRALE V. THE DOMINICAN REPUBLIC	Award on Preliminary Objections to Jurisdiction 19 September 2008 доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf
TEXACO OVERSEAS PETROLEUM COMPANY & CALASIATIC V. THE GOVERNMENT OF THE LIBYAN ARAB REPUBLIC	Award 19 January 1977 <i>Yearbook of International Commercial Arbitration</i> 1979 стр. 177-187
THUNDERBIRD GAMING CORP. V. MEXICO	Arbitral Award 26 January 2006 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf
UNITED PARCELAR SERVICE OF AMERICA V. CANADA	Award on the Merits 24 May 2007

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0885.pdf>

X v. SERBIA

Award
23 September 2009
(*unpublished*)

Y v. SERBIA

Award
17 March 2010
(*unpublished*)

**CANFOR CORPORATION v. USA,
TEMBEC ET AL. v. USA &
TERMINAL FOREST PRODUCTS v.
USA**

Order of the Consolidation Tribunal
7 September 2005
доступно на:
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>

**АМЕРИЧКА АРБИТРАЖНА АСОЦИЈАЦИЈА
(AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION – AAA)**

REVERE COPPER v. OPIC

Award
24 August 1978
ILM vol. 17, 1978
стр. 1321 et seq.

**АРБИТРАЖНИ ИНСТИТУТ СТОКХОЛМСКЕ ПРИВРЕДНЕ КОМОРЕ
(ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE – SCC)**

**PETROBART LTD v. KYRGYZ
REPUBLIC**

Case No. 126/2003
Award
29 March 2005
доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>

**ROSSINVEST UK LTD V. RUSSIAN
FEDERATION,**

V079/2005

Award

12 September 2010

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>

**FRANZ SEDELMAYER V. THE
RUSSIAN FEDERATION**

Award

7 July 1998

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf>

**КАСАЦИОНИ СУД – ФРАНЦУСКА
(COUR DE CASSATION)**

**COUR DE CASSATION, CHAMBRE
SOCIALE,
AFF. No. 04-41.012**

Jugement

25 janvier 2005

доступно на:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051781&dateTexte=>

**COUR DE CASSATION, PREMIÈRE
CHAMBRE CIVILE,
AFF. NOS. 01-13.742 ET 02-15.237**

Jugement

1er février 2005

доступно на:

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html

**МЕЂУНАРОДНА ТРГОВИНСКА КОМОРА У ПАРИЗУ
(INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE – ICC)**

X (ITALY) V. Y (SYRIA)

ICC Case No. 3380

Award

29 November 1980

Yearbook of International Commercial Arbitration

	1982 стр. 116-118
SPP (MIDDLE EAST) LTD, SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES LTD. V. ARAB REPUBLIC OF EGYPT, THE EGYPTIAN GENERAL COMPANY FOR TOURISM AND HOTELS („EGOTH“)	ICC Case No. 3493 Award 16 February 1983 <i>Yearbook of International Commercial Arbitration</i> 1984 стр. 111-123
BRIDAS S.A.P.I.C. V. TURKMENISTAN	ICC Case No. 9058 Partial Award 25 June 1999 доступно на: http://italaw.com/documents/BridasICC9058 <i>FirstPartial.pdf</i>
МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE - ICJ)	
ASYLUM CASE (Colombia v. Peru)	Judgment 20 November 1950 <i>ICJ Reports</i> 1950 стр. 266 et seq.
BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY (Belgium v. Spain)	Judgment 5 February 1970 <i>ICJ Reports</i> 1970 стр. 3 et seq.
ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI) (USA v. Italy)	Judgment 20 July 1989 <i>ICJ Reports</i> 1989 стр. 15 et seq.
GABČÍKOVO-NAGYMAROS PROJECT (Hungary v. Slovakia)	Judgment 25 September 1997 <i>ICJ Reports</i> 1997 стр. 7 et seq.

**JUDGMENT NO. 2867 OF THE
ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE
INTERNATIONAL LABOUR
ORGANIZATION UPON A COMPLAINT
FILED AGAINST THE INTERNATIONAL
FUND FOR AGRICULTURAL
DEVELOPMENT**

Advisory Opinion
1 February 2012
ICJ Reports 2012
стр. 10 et seq.

**JUDGMENTS OF THE
ADMINISTRATIVE TRIBUNAL OF THE
ILO UPON COMPLAINTS MADE
AGAINST THE UNESCO**

Advisory Opinion
23 October 1956
ICJ Reports 1956
стр. 77 et seq.

**MILITARY AND PARAMILITARY
ACTIVITIES IN AND AGAINST
NICARAGUA
(*Nicaragua v. United States*)**

Jugment on the Merits
27 June 1986
ICJ Reports 1986
стр. 14 et seq.

**NORTH SEA CONTINENTAL SHELF
CASES
(*Federal Republic of Germany v.
Denmark, Federal Republic of
Germany v. The Netherlands*)**

Judgment
20 February 1969
ICJ Reports 1969
стр. 3 et seq.

Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun
ICJ Reports 1969
стр. 101 et seq.

**RIGHT OF PASSAGE OVER INDIAN
TERRITORY
(*Portugal v. India*)**

Judgment on Merits
12 April 1960
ICJ Reports 1960
стр. 6 et seq.

**МЕЂУНАРОДНИ ЦЕНТАР ЗА РЕШАВАЊЕ УЛАГАЧКИХ СПОРОВА
(INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES - ICSID)**

**ABACLAT AND OTHERS V. THE
ARGENTINE REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/07/5
Decision on Jurisdiction and Admissibility
4 August 2011

доступно на:
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>

**ADC AFFILIATE LTD., ADC &
ADMC MANAGEMENT LTD V. THE
REPUBLIC OF HUNGARY**

ICSID Case No. ARB/03/16
Award
2 October 2006

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>

ADF GROUP V. UNITED STATES

ICSID Case No. ARB(AF)/00/1
Award
9 January 2003

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>

AES V. THE ARGENTINE REPUBLIC

ICSID Case No. ARB/02/17
Decision on Jurisdiction
26 April 2005

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf>

**AGIP COMPANY SPA V.
GOVERNMENT OF THE POPULAR
REPUBLIC OF CONGO**

ICSID Case No. ARB/77/1
Award
30 November 1979
Yearbook of Commercial Arbitration 1983
стр. 133-143

AGUAS DEL TUNARI V. BOLIVIA

ICSID Case No. ARB/02/3
Decision on Jurisdiction
21 October 2005
FILJ – ICSID Review vol. 20, 2005
стр. 450 et seq.

**ALCOA MINERALS OF JAMAICA V.
JAMAICA**

ICSID Case No. ARB/74/2
Decision on Jurisdiction and Competence
6 July 1975
Yearbook of International Commercial Arbitration
1979
стр. 206 et seq.

AMCO V. INDONESIA

ICSID Case No. ARB/81/1

Decision on Jurisdiction

25 September 1983

ILM vol. 23, 1984

стр. 351 et seq.

ICSID Case No. ARB/81/1

Award

20 November 1984

ILM vol. 24, 1985

стр. 1022 et seq.

ICSID Case No. ARB/81/1

Decision on Annulment

16 May 1986

ILM vol. 25, 1986

стр. 1439 et seq.

AMT V. ZAIRE

ICSID Case No. ARB/93/1

Award

21 February 1997

ILM vol. 36, 1997

стр. 1534 et seq.

**ASIAN AGRICULTURAL PRODUCTS
LTD V. DEMOCRATIC SOCIALIST
REPUBLIC OF SRI LANKA**

ICSID Case No. ARB/87/3

Award

27 June 1990

доступно на:

*http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita1034.pdf*

ATA V. JORDAN

ICSID Case No. ARB/08/2

Award

18 May 2010

доступно на:

*http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0043.pdf*

**ATLANTIC TRITON COMPANY V.
PEOPLE'S REVOLUTIONARY
REPUBLIC OF GUINEA**

ICSID Case No. ARB/84/1

Award

21 April 1986

JDI бр. 1/1988

**AUTOPISTA DE VENEZUELA V.
BOLIVARIAN REPUBLIC OF
VENEZUELA**

ICSID Case No. ARB/00/5

Decision on Jurisdiction

27 September 2001

доступно на:

*[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?
requestType=CasesRH&actionVal=show
Doc&docId=DC609_En&caseId=C192](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC609_En&caseId=C192)*

ICSID Case No. ARB/00/5

Award

23 September 2003

доступно на:

*[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?
requestType=CasesRH&actionVal=show
Doc&docId=DC610_En&caseId=C192](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC610_En&caseId=C192)*

**AZURIX CORP. V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/01/12

Award

14 July 2006

*[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0061.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf)*

ICSID Case No. ARB/01/12

Decision on Annulment

1 September 2009

доступно на:

*[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0065.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0065.pdf)*

**BAYINDIR INSAAT TURIZM TICARET
VE SANAYI V. THE ISLAMIC
REPUBLIC OF PAKISTAN**

ICSID Case No. ARB/03/29

Decision on Jurisdiction

14 November 2005

доступно на:

*[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0074.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf)*

ICSID Case No. ARB/03/29

Award

27 August 2009

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>

BAYVIEW V. MEXICO

ICSID Case No. ARB/(AF)/05/1

Award

19 June 2007

доступно на:

http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0076_0.pdf

BIWATER GAUFF V. TANZANIA

ICSID Case No. ARB/05/22

Award

24 July 2008

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>

**CARATUBE INTERNATIONAL OIL
COMPANY LLP V. REPUBLIC OF
KAZAKHSTAN**

ICSID Case No. ARB/08/12

Award

31 July 2009

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1100.pdf>

CMS V. THE ARGENTINE REPUBLIC

ICSID Case No. ARB/01/8

Decision on Jurisdiction

17 July 2003

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>

ICSID Case No. ARB/01/8

Award

12 May 2005

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

ICSID Case No. ARB/01/8

Decision on Annulment

25 September 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>

**COLT INDUSTRIES OPERATING
CORPORATION V. REPUBLIC OF
KOREA**

ICSID Case No. ARB/84/2
Settlement, 3 August 1990
необјављено

**CONTINENTAL CASUALTY V. THE
ARGENTINE REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/03/9
Decision on Jurisdiction
22 February 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0227.pdf>

ICSID Case No. ARB/03/9

Award

5 September 2008

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>

CSOB V. SLOVAKIA

ICSID Case No. ARB/97/4

Decision on Jurisdiction

24 May 1999

доступно на:

*[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?
requestType=CasesRH&actionVal=showDoc
&docId=DC556_En&caseId=C160](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC556_En&caseId=C160)*

DESERT LINE V. YEMEN

ICSID Case No. ARB/05/17

Award

6 February 2008

доступно на:

http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf

**DUKE ENERGY INTERNATIONAL V.
PERU**

ICSID Case No. ARB/03/28

Decision on Jurisdiction

1 February 2006

доступно на:

*[http://italaw.com/documents/Duke-Peru-
Jurisdiction.pdf](http://italaw.com/documents/Duke-Peru-Jurisdiction.pdf)*

ICSID Case No. ARB/03/28

Award
18 August 2008

доступно на:
http://italaw.com/documents/DukeEnergyPeruAward_000.pdf

**EL PASO V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/03/15
Decision on Jurisdiction
27 April 2006

доступно на:
http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf

ICSID Case No. ARB/03/15
Award
31 October 2011

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>

**ENRON V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/01/3
Decision on Jurisdiction
14 January 2004

11 *ICSID Reports* 273 et seq.
доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>

ICSID Case No. ARB/01/3
Award
22 May 2007

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>

EUROPE CEMENT V. TURKEY

ICSID Case No. ARB(AF)/07/2
Award
13 August 2009

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>

FAKES (SABA FAKES) V. TURKEY

ICSID Case No. ARB/07/20

	<p>Award 14 July 2010 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf</p>
FEDAX V. THE BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA	<p>ICSID Case No. ARB/96/3 Decision on Objections to Jurisdiction 11 July 1997 <i>ILM</i> vol. 37, 1998 стр. 1378-1390</p>
FELDMAN (MARVIN FELDMAN) V. MEXICO	<p>ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 Award 16 December 2002 доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf</p>
FRAPORT V. PHILIPPINES	<p>ICSID Case No. ARB/03/25 Award 16 August 2007 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf</p>
FUNNEKOTTER V. ZIMBABWE	<p>ICSID Case No. ARB/05/6 Award 22 April 2009 доступно на: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0349.pdf</p>
GAS NATURAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC	<p>ICSID Case No. ARB/03/10 Decision on Jurisdiction 17 June 2005 доступно на: http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf</p>
GENERATION UKRAINE V. UKRAINE	<p>ICSID Case No. ARB/00/9 Award 16 September 2003</p>

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>

GENIN V. ESTONIA

ICSID Case No. ARB/99/1

Award

25 June 2001

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0359.pdf>

**GOETZ V. THE REPUBLIC OF
BURUNDI**

ICSID Case No. ARB/95/3

Decision on Liability

2 September 1998

ICSID Reports vol. 6, 1999

стр. 5 et seq.

ICSID Case No. ARB/95/3

Award

10 February 1999

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0380.pdf>

**HOCHTIEF AG V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/07/31

Decision on Jurisdiction

24 October 2011

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf>

**IOANNIS KARDASSOPOULOS & RON
FUCHS V. THE REPUBLIC OF
GEORGIA**

ICSID Case No. ARB/05/18

Award

3 March 2010

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf>

IMPREGILO S.P.A. V. PAKISTAN

ICSID Case No. ARB/03/3

Decision on Jurisdiction

22 April 2005

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case->

**INCEYSA VALLISOLETANA V. EL
SALVADOR**

ICSID Case No. ARB/03/26

Award

2 August 2006

доступно на:

http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf

JAN DE NUL V. EGYPT

ICSID Case No. ARB/04/13

Decision on Jurisdiction

16 June 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>

ICSID Case No. ARB/04/13

Award

6 November 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>

JOY MINING V. EGYPT

ICSID Case No. ARB/03/11

Award on Jurisdiction

6 August 2004

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>

KAISER BAUXITE V. JAMAICA

ICSID Case No. ARB/74/3

Decision on Jurisdiction and Competence

6 July 1975

ILR vol. 114, 1999

стр. 144 et seq.

KLÖCKNER V. CAMEROON

ICSID Case No. ARB/81/2

Award

21 October 1983

Yearbook of Commercial Arbitration 1985

стр. 71-78

ICSID Case No. ARB/81/2

Decision on Annulment

3 May 1985

доступно на:

[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?
requestType=CasesRH&actionVal=showDoc
&docId=DC665_En&caseId=C127](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC665_En&caseId=C127)

LEMIRE V. UKRAINE

ICSID Case No. ARB/06/18

Decision on Jurisdiction and Liability

14 January 2010

доступно на:

[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0453.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf)

ICSID Case No. ARB/06/18

Award

28 March 2011

доступно на:

[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0454.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0454.pdf)

L.E.S.I. – DIPENTA V. ALGERIA

ICSID Case No. ARB/03/8

Award

10 January 2005

доступно на:

[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0224.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf)

**L.E.S.I. S.P.A ET ASTALDI S.P.A V.
RÉPUBLIQUE ALGÉRIENNE
DÉMOCRATIQUE ET POPULAIRE**

ICSID Case No. ARB/05/3

Decision on Jurisdiction

12 July 2006

доступно на:

[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0456_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf)

**LG&E V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/02/1

Decision on Jurisdiction

30 April 2004

доступно на:

[http://italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0458.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0458.pdf)

ICSID Case No. ARB/02/1

Decision on Liability

3 October 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>

ICSID Case No. ARB/02/1

Award

25 July 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>

**LIBERIAN EASTERN TIMBER
CORPORATION (LETCO) v. LIBERIA**

ICSID Case No. ARB/83/2

Award

31 March 1986

ILM vol. 26, 1987

стр. 647 et seq.

LOEWEN v. UNITED STATES

ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

Decision on Jurisdiction

9 January 2001

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0469.pdf>

ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

Award

26 June 2003

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>

LUCCHETTI v. PERU

ICSID Case No. ARB/03/4

Award

7 February 2005

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>

**MAFFEZINI (EMILIO AUGUSTÍN
MAFFEZINI) v. SPAIN**

ICSID Case No. ARB/97/7

Decision on Jurisdiction

25 January 2000

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>

ICSID Case No. ARB/97/7

Award

13 November 2000

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>

**MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS
V. MALAYSIA**

ICSID Case No. ARB/05/10

Award

17 May 2007

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>

ICSID Case No. ARB/05/10

Decision on Annulment

16 April 2009

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0497.pdf>

METALCLAD V. MEXICO

ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

Award

30 August 2000

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>

MIDDLE EAST CEMENT V. EGYPT

ICSID Case No. ARB/99/6

Award

12 April 2002

доступно на:
<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>

MIHALY V. SRI LANKA

ICSID Case No. ARB/00/2

Award

15 March 2002

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>

MITCHELL V. CONGO

ICSID Case No. ARB/99/7

Decision on Annulment

1 November 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>

MONDEV V. UNITED STATES

ICSID Case No. ARB/(AF)/99/2

Award

11 October 2002

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076.pdf>

MTD V. CHILE

ICSID Case No. ARB/01/7

Award

25 May 2004

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>

ICSID Case No. ARB/01/7

Decision on Annulment

21 March 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>

NOBLE VENTURES INC V. ROMANIA

ICSID Case No. ARB/01/11

Award

12 October 2005

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>

PAN AMERICAN ENERGY V. THE ARGENTINE REPUBLIC

ICSID Case No. ARB/03/13

Decision on Preliminary Objections

27 July 2006

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case->

PANTECHNIKI V. ALBANIA

ICSID Case No. ARB/07/21

Award

30 July 2009

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>

PARKERINGS V. LITHUANIA

ICSID Case No. ARB/05/8

Award

11 September 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>

**PEY CASADO (VICTOR PEY CASADO
AND PRESIDENT ALLENDE
FOUNDATION) V. CHILE**

ICSID Case No. ARB/98/2

Decision on Jurisdiction

8 May 2002

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0631.pdf>

PHOENIX V. CZECH REPUBLIC

ICSID Case No. ARB/06/5

Award

15 April 2009

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>

PSEG V. TURKEY

ICSID Case No. ARB/02/5

Award

19 January 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf>

**RSM PRODUCTION CORPORATION
V. GRENADA**

ICSID Case No. ARB/05/14

Award

13 March 2009

доступно на:

<http://italaw.com/documents/RSMvGrenadaAward.pdf>

**RUMELI TELEKOM A.S. AND TELSİM
MOBİL TELEKOMUNİKAYSON
HİZMETLERİ A.S. v. KAZAKHSTAN**

ICSID Case No. ARB/05/16

Award

29 July 2008

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>

**SAIPEM SPA v. PEOPLE'S REPUBLIC
OF BANGLADESH**

ICSID Case No. ARB/05/7

Decision on Jurisdiction

21 March 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>

ICSID Case No. ARB/05/7

Award

30 June 2009

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>

**SALINI COSTRUTTORI v. KINGDOM
OF MOROCCO**

ICSID Case No. ARB/00/4

Decision on Jurisdiction

31 July 2001

ILM vol. 42, 2003

стр. 609-624

**SANTA ELENA (COMPAÑÍA DEL
DESARROLLO DE SANTA ELENA) v.
COSTA RICA**

ICSID Case No. ARB/96/1

Award

17 February 2000

доступно на:

http://italaw.com/documents/santaelena_award.pdf

**SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL v.
THE ARGENTINE REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/02/16

Award

28 September 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>

**SIAG (WAGUIH ELIE GEORGE SIAG
AND CLORINDA VECCHI) v. EGYPT**

ICSID Case No. ARB/05/15

Award

1 June 2009

доступно на:

http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf

**SIEMENS V. THE ARGENTINE
REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/02/8

Award

6 February 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

**SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE
SURVEILLANCE S.A. V. THE ISLAMIC
REPUBLIC OF PAKISTAN**

ICSID Case No. ARB/01/13

Decision on Jurisdiction

6 August 2003

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>

**SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE
SURVEILLANCE S.A. V. THE
REPUBLIC OF THE PHILIPPINES**

ICSID Case No. ARB/02/6

Decision on Objections to Jurisdiction

29 January 2004

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>

SOABI V. SENEGAL

ICSID Case No. ARB/82/1

Award

25 February 1988

FILJ – ICSID Review vol. 6, 1991

стр. 125 et seq.

**SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES
(MIDDLE EAST) LTD. V. ARAB
REPUBLIC OF EGYPT**

ICSID Case No. ARB/84/3

Award

20 May 1992

FILJ – ICSID Review vol. 8, 1993

стр. 328 et seq.

SUEZ V. THE ARGENTINE REPUBLIC

ICSID Case No. ARB/03/17

Decision on Jurisdiction

16 May 2006

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case->

ICSID Case No. ARB/03/17

Decision on Liability

30 July 2010

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0813.pdf>

**TECMED (TECNICAS
MEDIOAMBIENTALES) V. MEXICO**

ICSID Case No. ARB(AF)/00/2

Award

29 May 2003

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

TOKIOS TOKELÉS V. UKRAINE

ICSID Case No. ARB/02/18

Award

26 July 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>

**TOTAL S.A. & OTHERS V. THE
ARGENTINE REPUBLIC**

ICSID Case No. ARB/04/1

Decision on Liability

27 December 2010

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>

**TOTO COSTRUZIONI GENERALI
S.P.A. V. THE REPUBLIC OF
LEBANON**

ICSID Case No. ARB/07/12

Decision on Jurisdiction

11 September 2009

International Journal of Arab Arbitration бр. 1/2013
стр. 89-146

TRADEX HELLAS V. ALBANIA

ICSID Case No. ARB/94/2

Award

29 April 1999

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0871.pdf>

VIVENDI V. ARGENTINA II

ICSID Case No. ARB/97/3

Award

20 August 2007

доступно на:

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>

WASTE MANAGEMENT V. MEXICO

ICSID Case No. ARB(AF)/98/2

Award

2 June 2000

доступно на:

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0892.pdf>

WENA HOTELS V. EGYPT

ICSID Case No. ARB/98/4

Award

8 December 2000

ILM vol. 41, 2002

стр. 896 et seq.

ICSID Case No. ARB/98/4

Decision on Annulment

5 February 2002

ILM vol. 41, 2002

стр. 933 et seq.

**WORLD DUTY FREE COMPANY LTD
V. KENYA**

ICSID Case No. ARB/00/7

Award

4 October 2006

доступно на:

[http://italaw.com/documents/
WDFv.KenyaAward.pdf](http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf)

МЕШОВИТА КОМИСИЈА ЗА АМЕРИЧКО-МЕКСИЧКА ПОТРАЖИВАЊА

NEER V. UNITED MEXICAN STATES

Opinion

15 October 1926

RIAA vol. 4

стр. 60 et seq.

СТАЛНИ СУД МЕЃУНАРОДНЕ ПРАВДЕ

(PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE)

**CASE CONCERNING BRAZILIAN
LOANS**

Judgment No. 15

12 July 1929

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A – No. 21*

стр. 93-126

**MAVROMMATIS PALESTINE
CONCESSIONS**

Judgment

30 August 1924

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A – No. 2*

стр. 1-37

**CASE CONCERNING THE FACTORY
AT CHORZÓW
(Germany v. Poland)**

Decision No. 8 (Jurisdiction)

26 July 1927

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A – No. 9*

стр. 1-34

Decision No. 13 (Merits)

13 September 1928

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A – No. 17*

стр. 1-65

OSCAR CHINN CASE

Judgment

12 December 1934

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A/B – No. 63*

стр. 64-90

Individual Opinion of Judge Anzilotti

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A/B – No. 63*

стр. 107-114

CASE CONCERNING SERBIAN LOANS

Judgment No. 14

12 July 1929

*Publications of the Permanent Court of International
Justice, Series A – No. 20/21*

стр. 1-49

ТРИБУНАЛ ЗА ИРАНСКО-АМЕРИЧКА ПОТРАЖИВАЊА

(IRAN-U.S. CLAIMS TRIBUNAL)

**AMOCO INTERNATIONAL FINANCE
CORPORATION V. IRAN**

Case No. 56

Partial Award

14 July 1987

Iran-US CTR vol. 15, 1987

стр. 189 et seq.

**BIRNBAUM (HAROLD BIRNBAUM) V.
IRAN**

Case No. 967

Award

6 July 1993

Iran-US CTR vol. 29, 1993

стр. 260 et seq.

**FORD AEROSPACE
COMMUNICATIONS V. IRAN**

Case No. 159

Partial Award

29 January 1987

Iran-US CTR vol. 14, 1987

стр. 24 et seq.

**FREDERICA LINCOLN RIAHI V. THE
GOVERNMENT OF THE ISLAMIC
REPUBLIC OF IRAN**

Case No. 485

Concurring and Dissenting Opinion of Assadollah
Noori of 18 September 2003 regarding Award No.

600-485-1

доступно на:

<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/>

[document.aspx?id=ipn25129&query=](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25129&query=)

[content%3A%22lincoln%22](http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn25129&query=content%3A%22lincoln%22)

**GOULD MARKETING INC. v.
MINISTRY OF NATIONAL DEFENSE
OF IRAN**

Case No. 49
Award
27 July 1983
Iran-US CTR vol. 3, 1983
ctp. 147 et seq.

INA CORP. v. IRAN

Case No. 161
Award
13 August 1985
Iran-US CTR vol. 8, 1985
ctp. 373 et seq.

OIL FIELDS OF TEXAS v. IRAN

Case No. 43
Award
7-8 December 1982
Iran-US CTR vol. 1, 1982
ctp. 347 et seq.

PETROLANE v. IRAN

Case No. 131
Award
14 August 1991
Iran-US CTR vol. 27, 1991
ctp. 64 et seq.

**PHELPS DODGE CORP. AND
OVERSEAS PRIVATE INVESTMENT
CORP. v. IRAN**

Case No. 99
Award
19 March 1986
Iran-US CTR vol. 10, 1986
ctp. 121 et seq.

**PHILLIPS PETROLEUM COMPANY
IRAN v. IRAN AND THE NATIONAL
IRANIAN OIL COMPANY**

Case No. 39
Award
29 June 1989
Iran-US CTR vol. 21, 1989, ctp. 79 et seq.

SEA-LAND SERVICE v. IRAN

Case No. 33
Award
20 June 1984
Iran-US CTR vol. 6, 1984, ctp. 149 et seq.

**SEDCO INC v. NATIONAL IRANIAN
OIL COMPANY, THE ISLAMIC
REPUBLIC OF IRAN**

Case No. 129
Award
2 July 1987

Iran-US CTR vol. 15, 1987
стр. 23 et seq.

SHAHIN SHAINA EBRAHIMI V. IRAN

Case No. 44-47

Award

12 October 1994

Iran-US CTR vol. 30, 1994,
стр. 170 et seq.

STARRETT HOUSING CORP. V. IRAN

Case No. 24

Final Award

14 August 1987

Iran-US CTR vol. 16, 1987
стр. 122 et seq.

TIPPETTS V. IRAN

Case No. 7

Award

22 June 1984

Iran-US CTR vol. 6, 1984,
стр. 219 et seq.

WATKINS JOHNSON V. IRAN

Case No. 370

Award

28 July 1989

Iran-US CTR vol. 22, 1989
стр. 218 et seq.

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Марко Јовановић рођен је 4. јула 1983. године у Београду, где је завршио основну школу и Трећу београдску гимназију као ђак генерације. Правни факултет Универзитета у Београду уписао је 2002. године а дипломирао је 2006. године са просечном оценом 9,71 као студент генерације. Највећи студентски успех остварио је на 14. светском такмичењу из међународног трговинског и арбитражног права *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* као члан тима Правног факултета који је освојио треће место у конкуренцији 177 правних факултета из целог света. Након дипломирања на Правном факултету дипломирао је и на Катедри за романистику Филолошког факултета Универзитета у Београду (група за француски језик и књижевност) са просечном оценом 9,70. За успех на студијама добијао је награде Правног факултета, Београдског универзитета, као и награду „Круна успеха“ коју фирма *Petite Genève* сваке године додељује за два најбоља студента Универзитета у Београду.

2007. године завршио је специјалистичке студије права Европске уније на београдском делокализованом одељењу Европског универзитетског центра из Нансија. Исте године је завршио и мастер студије на Правном факултету у Београду, одбранивши са највишом оценом рад „Улога Сталног арбитражног суда у решавању спорова између држава и недржавних ентитета“. Почетком 2008. године започео је докторске студије на Правном факултету Универзитета Париз 1 – Пантеон-Сорбона, где тренутно приводи крају рад на докторској дисертацији под називом „*L'application du droit judiciaire intracommunautaire aux pays de l'ex-Yougoslavie*“ („Примена грађанског процесног права Европске уније на земље бивше Југославије“). Крајем 2008. године уписао је докторске студије и на Правном факултету у Београду.

Од јануара 2008. до јула 2009. године радио је у Одељењу за сарадњу и културну делатност Амбасаде Републике Француске у Београду, где се бавио питањима председавања Француске Европском унијом и универзитетском сарадњом Србије и Француске. У фебруару 2009. године је изабран за асистента за Пословноправну ужу научну област (предмети: Међународно трговинско право и Арбитражно право) на Правном факултету Универзитета у Београду а радни однос на Правном факултету засновао је 1. септембра 2009. године. Од доласка на Факултет руководи вежбама из предмета Међународно приватно право на основним студијама, учествује у извођењу наставе из предмета *EU Trade Policy and the World* и *Private International Law in the Context of the EU Legal Structure* на Мастеру европских интеграција, а два пута је био ангажован и на курсу припремне наставе за полагање правосудног испита (предмет: Међународно приватно право). Заједно са колегом Урошем Живковићем успешно припрема тимове Факултета за учешће на међународним студентским такмичењима из права страних улагања (*Foreign Direct Investment Moot*) и међународне трговинске

медијације (*ICC International Commercial Mediation Moot*), а такође помаже проф. др Владимиру Павићу и доц. др Милени Ђорђевић у припремама студената за такмичење из права међународне продаје робе и трговинске арбитраже *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*.

Марко Јовановић је као референт учествовао на неколико научних скупова, и то: Хрватским данима арбитраже и мирења у децембру 2010. године, где је имао излагање о инвестиционим арбитражама покренутим према споразумима о заштити и подстицању страних улагања које је закључила Република Србија, регионалној конференцији Форума за грађанско право Југоисточне Европе одржаној у Скопљу у јануару 2012. године, где је поднео извештај о правном режиму одговорности продавца за испоруку несаобразне робе по српском Закону о облигационим односима, Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе и Принципима европског уговорног права, конференцији о стању развоја арбитраже и алтернативних начина решавања спорова на Западном Балкану одржаној у седишту Комисије УН за међународно трговинско право (UNCITRAL) у Бечу у марту 2012. године, где је говорио о усаглашености српских прописа о арбитражи и медијацији са релевантним UNCITRAL-овим текстовима, као и на конференцији о придруживању Србије Светској трговинској организацији одржаној у децембру 2013. године на Правном факултету Универзитета у Београду, где је имао излагање о основним принципима права Светске трговинске организације и њеном утицају на либерализацију међународне трговине. Такође је редовни учесник мајских Сусрета правника у привреди и Копаоничке школе природног права.

Највећи део истраживања за своју докторску дисертацију обавио је на правним факултетима у Паризу, Стразбуру и Базелу, као и на Институту Макс Планк за међународно приватно и страно право у Хамбургу.

Одлуком председника Привредне коморе Србије, Марко Јовановић је 2011. године именован за потпредседника Комисије за решавање доменских спорова при Привредној комори Србије, а исте године је, одлуком Управног одбора Привредне коморе Србије, именован за арбитра на листи Сталног изабраног суда (Арбитраже) при Привредној комори Србије.

Марко Јовановић говори француски и енглески језик, а служи се шпанским и италијанским. Аутор је или коаутор осамнаест радова из области међународног трговинског права, права страних улагања, арбитражног права и међународног приватног права.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани МАРКО ЈОВАНОВИЋ

број индекса ИС 2008-21

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ
ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 9.5.2014.

Марко Јовановић

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора МАРКО ЈОВАНОВИЋ

Број индекса ИС 2008-21

Студијски програм _____

Наслов рада Одговорност државе за заштиту страних директних улагања

Ментор ПРОФ. ДР ГИШО КНЕЖЕВИЋ

Потписани МАРКО ЈОВАНОВИЋ

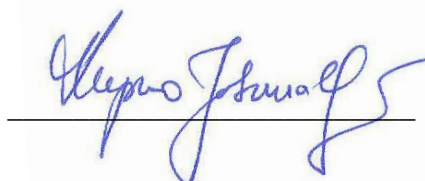
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 9.5.2014.



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ЗАШТИТУ СТРАНИХ
ДИРЕКТНИХ УЛАГАЊА

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

У Београду, 9.5.2014.

Потпис докторанда

Мило Јевановић