

Мр Предраг Н. Цветковић

О СПОРАЗУМИМА ДРЖАВЕ И СТРАНОГ
ИНВЕСТИТОРА

UDK 339.727.22

Рецензент: Проф. др Александар Ђирић

Сажетак

У савременој пракси страних улагања чест је случај да државе или ентитете које она контролише закључују споразуме са инвеститорима (енг. „*Investor-state agreements*“). Преовлађујућа форма ових споразума најпре су били уговори о концесији, које карактерише доминација интереса концесионара у односу на државу концедента. Ове споразуме су у другој половини прошлог века заменили тзв. „дијагонални споразуми“, засновани на балансу интереса страног инвеститора и државе рецептора капитала. Виши ниво вероватноће интервенције државе домаћина у уговорни однос са страним инвеститором, мимо оквира и услова предвиђених дијагоналним споразумом, у компарацији са могућношћу таквог мешања код класичног уговора о концесији, условио је тенденцију „интернационализације“ дијагоналних споразума. Према овој теорији, споразуме страног инвеститора и државе домаћина треба регулисати правилима и принципима међународног карактера. Тиме се страна инвестиција „транслатује“ изван

сфере утицаја државе домаћина и позиционира у поље деловања норми међународног карактера. **Процесноправни аспект дијагоналних споразума „интернационализује“** се стипулисањем надлежности међународних судова и арбитража за решавање евентуалних спорова из ових споразума. **Материјалноправни аспект „интернационализације“** споразума државе и инвеститора манифестује се кроз примену међународних правила и принципа као меродавног материјалног права. **Када је реч о примени теорије интернационализације, у арбитражној пракси разликују се два приступа: екстензивни**, који води примени међународног права на уговоре државе и инвеститора чак и у присуству клаузуле која упућује на примену права државе домаћина, и **рестриktivни**, који има за резултат примену међународног права само у случају да изабрано право не садржи решење за конкретно питање инвестиционог односа, односно уколико су одредбе тог права у супротности са општим правним принципима.

Кључне речи: споразум државе и инвеститора, директне стране инвестиције, интернационализација, ICSID центар.

Мр Предраг Н. Цветковић¹

О СПОРАЗУМИМА ДРЖАВЕ И СТРАНОГ ИНВЕСТИТОРА

1. Увод

У савременој пракси страних улагања чест је случај да државе или ентитети које она контролише (агенције, предузећа у већинском власништву државног капитала) закључују споразуме са инвеститорима. Основна карактеристика ових споразума (енг. „*Investor-state agreements*“) јесте “асиметричност” правног положаја уговорних страна: државе, као носиоца суверености на својој територији и страног инвеститора, приватноправног субјекта који улаже у привреду државе домаћина. Наведена карактеристика споразума државе и инвеститора носи “семе конфликта”: земља домаћин инвестиције може, у складу са својим интересима и користећи инструменте суверене власти, одступити од поједних одредби уговора или спречити његову реализацију кршећи тиме права страног инвеститора садржана у споразуму.

2. Појам и карактеристике уговора државе и инвеститора

У пракси уговори државе и инвеститора имају различите карактеристике. Основни облик ових уговора до шездесетих година прошлог века били су **споразуми о концесији**. Старије уговоре о концесији карактерише дугорочни пренос права на истраживање, експлоатацију и извоз природних богатстава, уз контролну улогу државе и њене гаранције о непроменљивости уговора током трајања концесије. Концесионе споразуме карактерише неравноправан статус уговарача. У формалном смислу постојала је супремација државе домаћина. Суштинска контрола концесије била је у пољу утицаја инвеститора. Неравноправни однос државе и концесионара узрокован је недостатком организационих способности и технолошких знања државе домаћина.² Институтуционална форма традицио-

¹ Асистент Правног факултета у Нишу.

² Sornorajah, M, „The International Law on Foreign Investment“, Cambridge University Press, 1994, стр. 114-115.

налне концесије била је филијала мултинационалне корпорације. Држава није имала простора да утиче на рад и политику филијала или да захтева поштовање установљених циљева сопственог економског развоја.

Промена распореда снага на глобалној политичкој сцени у постколонијалној ери условила је модификовање правних карактеристика концесионог односа. Државе настале из бивших колонија стекле су бројчану надмоћ у међународним форумима, што је резултирало резолуцијама УН о новом међународном економском поретку. У фундаменталним индустријским гранама, као што је производња нафте, јавља се хоризонтално удружење ОПЕС (енг. "*Organization of Oil Producing and Exporting Countries*").³

Свесни нове политичке реалности, инвеститори су морали да пристану на ревидирање ранијих принципа на којима су се заснивали односи концесионара и државе. Правни израз овог процеса су "уговори о привредном развоју" (енг. "*Economic Development Agreements*"),⁴ односно "дијагонални споразуми".⁵ Ови уговори (споразуми), покушај су изнајмања баланса потребе државе за страним капиталом уз очување одговарајућег сувереног утицаја са једне, и жеље страног инвеститора да оствари "економски разлог" инвестирања (повраћај уложеног и одговарајућу профитну стопу) са друге стране.⁶

³ ОПЕС је основан 25.06.1968. године. Посебним документом ОПЕС-а (енг. "*Declaratory Statement of Joint Petroleum Policy*") промовисана је идеја да држава има право партиципације у експлоатацији својих рудних богатстава. Споразумом о партиципацији установљен је принцип да државе имају право учешћа од 25% у експлоатацији старих концесија, уз обавезу да тај проценат достигне 51% у периоду од наредних десет година. Овај процес постепеног враћања суверенитета државама извозницама нафте над нафтним изворима праћен је унилатералним акцијама Либије, Ирака и Алжира које су незадовољне динамиком транзиционог процеса извршиле једностране експропријације страних концесија.

⁴ Видети: Heleni, T, „*Investitionsschutzverträge vor Schiedsgerichten*”, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, стр. 66.

⁵ Наведено према: Тирић, А, "Правни оквири заштите страних директних инвестиција", Право и привреда бр. 5-8/2002, стр. 471-489. на страни 475. О овоме видети и: Тирић, А, "Привредно-правни аспекти двадесетогодишњице сарадње Југославије са СЕВ-ом", Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1985, стр. 197-212.

⁶ Уговори о привредном развоју имају различите појавне облике. Може се апстраховати више типова ових уговора: а) уговор о подели производње (енг. "*The Production Sharing Agreement*"); б) уговор о партиципацији (енг. "*The Participation Agreement*"); ц) уговор о услугама (енг. "*The Service Contract*"); д) уговор о заједничком улагању (енг. "*joint venture*"); е) уговор "кључ у руке". Ова подела не

Уговор о концесији, као класична форма уговорног регулисања односа државе и страног улагача, карактерисала је преваасходно заштита интереса страног инвеститора, док је држава у улози концедента имала само право на одређену надокнаду без могућности да реализацију концесионог односа уподоби потреби остварења сопствених политичких, социјалних и економских циљева. Код **уговора о привредном развоју**, пак, тежиште уговорног аранжмана је на доприносу инвестиционог пројекта унапређењу економије државе домаћина. Ови уговори су правни инструменти обезбеђивања интереса државе у односу са страним партнером. Обим права инвеститора је редукован, уз укључивање државе у сам поступак реализације уговора.

Основне карактеристике уговора о привредном развоју су:⁷

- а) једна од уговорних страна је јавноправни ентитет који је формално аутономан али поступа у име рецептивне државе;⁸
- б) предмет споразума је индустријска активност на територији државе домаћина у циљу унапређења привредног развоја;
- ц) уговори о привредном развоју имају краћи рок трајања у односу на класичне концесионе споразуме;⁹

подразумева да се различити типови споразума о привредном развоју неопходно јављају у чистом виду. Могуће је да конкретни споразум државе и инвеститора садржи елементе два или више различитих типова уговора.

⁷ Карактеристике уговора о привредном развоју наведене су према: Bernardini, P, „The Investor State Development Agreements with Host Governments“; чланак у публикацији „Economic Development, Foreign Investment and the Law“, Kluwer Law International and American Bar Association, 1996, стр. 161-162.

⁸ Ова карактеристика присутна је и у Закону о концесијама Републике Србије (видети чл. 23. Закона о концесијама Републике Србије”, “Службени гласник РС”, бр. 55/2003). Према Закону, уговор о концесији закључују Влада у име и за рачун Републике и концесионар. Ако је концесија дата већем броју лица, уговор о концесији закључује сваки од концесионара или лице овлашћено од тих концесионара специјалним пуномоћјем. Кад је предмет концесије изградња комуналних објеката ради обављања комуналне делатности уговор закључују концесионар и надлежни орган јединице локалне самоуправе у име и за рачун јединице локалне самоуправе уз претходну писмену сагласност Владе.

⁹ Старије концесије биле су одобраване на период од 60-70 година. Рок трајања уговора о привредном развоју је дужи уколико је предмет инвестиционог пројекта експлоатација природних извора, с обзиром да је код ових пројеката потребно време да се надокнаде почетна улагања (посебно висока због претходних истраживања) и крене са економски исплативом експлоатацијом. Више у: Wälde, Thomas, Transnationale Investitionsverträge, Rohstoffvorhaben in Entwicklungsländern, *Rebels Zeitschrifts*,

- д) процес реализације уговора фрагментира се на фазе, при чему је учешће страног инвеститора ограничено на фазу истраживања и експлоатације;¹⁰
- е) уговором се уз обавезу плаћања накнаде држави домаћину установљавају друге обавезе страног инвеститора, попут: обавезе запошљавања домаћих лица, куповине домаћих репроматеријала и коришћења домаћих услуга, преноса технолошких знања етц;¹¹
- ф) уговори о привредном развоју потпуни су правни документи, што одговара интересима обеју страна: државе да минуциозним споразумом у што већој мери обезбеди заштиту својих економских интереса и спровођење социјалне и економске политике, са једне, и тежње инвеститора да прецизним и разрађеним споразумом отклони утицај правног поретка државе домаћина на реализацију споразума, са друге стране;
- г) држава домаћин обавезује се на уздржавање од коришћења суверених права и овлашћења у односу на измену законодавног оквира;¹²
- х) решавање спорова поверава се међународним форумима који државу и приватног инвеститора третирају као равноправне процесне странке;¹³
- и) материјално право надлежно за уговор по правилу није право домаће државе већ правни систем друге државе или међународно право;

1978, br. 42, str. 28-86. Законом о концесијама Републике Србије утврђено је да рок трајања концесије не може бити дужи од 30 година. Унутар овог ограничења рок се одређује у зависности од предмета концесије и очекиване добити у обављању концесионе делатности. Видети: чл. 6. ст. 1-3. Закона о концесијама Републике Србије.

¹⁰ У старијим уговорима о концесијама концесионар је контролисао све фазе реализације уговора, од истраживања до извоза.

¹¹ Реч је о обавезама са карактером “захтева учинка” инвестиције. Под „условима учинка“ (енг. „performance requirements“) подразумевају се различити захтеви које држава намеће страном улагачу с циљем оптимизације ефеката страних инвестиција на домаћу привреду. Више о условима учинка инвестиције видети у: „Foreign Direct Investment And Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries”, United Nations Conference on Trade And Development, New York and Geneva, 2003, стр. 7. Публикација је доступна на сајту: www.unctad.org.

¹² Ово се постиже применом тзв. “стабилизационе клаузуле”. Стабилизациона клаузула је одредба уговора државе и инвеститора, или норма инвестиционог законодавства, којом се држава домаћин обавезује да се накнадне промене легислативе, која је важећа у тренутку закључења уговора, не примењују на овај уговор.

¹³ Закон о концесијама Републике Србије (чл. 39.) такође предвиђа да се за решавање спорова који настану у извршавању права и обавеза из концесионог односа може уговорити надлежност међународне арбитраже. Услов за то је да је концесионар страни лице.

- ј) код уговора о чији је предмет експлоатација привредних богатстава ексклузивно право коришћења задржава државно предузеће, док страни инвеститор има деривативно право експлоатације;
- к) закључење уговора о привредном развоју прати доношење посебног закона.

Последња наведена карактеристика уговора о привредном развоју (доношење посебног закона којим се ови уговори уређују), образлаже се са два аргумента. Први је да комплексност ових уговора и њихов велики економски значај захтевају индивидуални легислативни оквир настанка и спровођења.¹⁴ Други је да се тешко може очекивати да постојећа легислатива државе домаћина обухвати изузетно широки круг питања која се јављају у настанку и реализацији споразума о привредном развоју.

3. Правна природа уговора о привредном развоју

Једно од питања којима се бави правна теорија јесте **правна природа** уговора о привредном развоју. У јуриспруденцији су се искристалисала **три концепта** одређивање правне природе ових уговора: уподобљавање ових уговора приватноправним уговорима; јавноправни карактер уговора о привредном развоју; мешовита теорија.

Теорија о приватноправној природи уговора о привредном развоју заснована је на класичном схватању концесионог односа: реч је о уговорима којима се установљава обавеза размене престације државе и концесионара, при чему се даје предност извршењу уговорних обавеза у односу на развојне, економске и социјалне потребе државе. Основна премиса на којој се заснива ова теорија је инкорпорирање типичних инструмената приватноправног карактера, арбитражне и клаузуле о избору надлежног права у споразуме о привредном развоју.

Заступници **јавноправне природе уговора о привредном развоју** свој став заснивају на претпоставци да се дугорочним инвестиционим споразумима исцрпно уређују односи државе и инвеститора у погледу развоја и економске експлоатације природних ресурса, као и релевантни фискални аранжмани, што им даје карактер регулаторних прописа. Државе домаћини ове

¹⁴ Видети: Peter, W, „Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements“, Kluwer Law International, 1997, стр. 23; Theodorou, H, op. cit, стр. 66.

споразуме сматрају значајним јавноправним инструментима остваривања циљева и стратегије привредног развоја. Њима се ствара правни оквир функционисања виталних јавних сервиса и експлоатације природних ресурса. Поред тога, у прилог јавноправном карактеру ових уговора иде и чињеница да је њихов формалноправни оквир најчешће посебан легислативни акт (закон или други пропис), којим се прејудуцирају одредбе самог споразума.¹⁵

Мешовити карактер уговора о привредном развоју заступан је у делу јуриспруденције,¹⁶ али и у судској и арбитражној пракси.¹⁷ Заступници ове теорије споразуме о привредном развоју сматрају уговорима "*sui generis*".¹⁸ Од њиховог резолутног сврставања у јавноправну или приватноправну област целисходније је просуђивање о конкретним последицама опредељивања уговора као приватноправног или јавноправног у односу на решавање појединачних спорних питања из споразума. Критеријуми квалификације ових последица морају се тражити, најпре, у правном поретку домаће државе, односно нормама тог поретка које прописују правне форме остваривања јавноправног интереса. Даљи индикатори морају се идентификовати из самог споразума. Према овом схватању коначно опредељивање за јавноправну или приватноправну природу споразума о привредном развоју зависи од карактера интервенције државе: уколико та интервенција има јавноправну природу наведени споразуми морају се сматрати правним инструментима јавноправног карактера. Сама пракса закључивања ових споразума иде у прилог мешовитој теорији. Уговори о привредном развоју закључују се на основу посебног акта легислативног карактера, формално правног одвојеног од самог уговора. Истовремено, садржина тог уговора (споразума државе и инвеститора) у потпуности је детерминисана овим актом.¹⁹

¹⁵ Видети: Bernardini, P, op. cit, стр. 169-170.

¹⁶ Видети: Stoll, J, „Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor“, Берлин, 1982, стр. 28. Искрпан списак радова у којима је присутна теза о мешовитом карактеру уговора о концесији дат је у: Theodorou, H, op. cit, стр. 36.

¹⁷ Видети одлуке у сповима: “Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company”, ИЛП 35, 1967, стр. 136-192; “Lybian American Oil Company (LIAMCO) v. Libya”, ИЛИМ 20, 1981, стр. 1-87. Наведено према: Theodorou, H, op. cit, стр. 37.

¹⁸ Управо је овај израз употребио судија Sauser Hall у одлуци у спору АРАМЦО. Мешовити карактер уговора прихваћен је и у одлукама поводом либијске експропријације, с изузетком спора “British Petroleum ” где сам концесионар није оспорио јавноправни карактер концесије.

¹⁹ Према Закону о концесијама Републике Србије (чл. 8. и 9), концесиони акт који доноси Влада садржи елементе који се касније јављају и у уговору о концесији,

Очигледно је да је приватноправни карактер споразума о привредном развоју изведен из природе класичног уговора о концесији као инструмента приватног права. Уговори о привредном развоју, у већој мери него концесиони споразуми, воде рачуна о интересима државе домаћина, а правни израз заштите тих интереса је поступак закључења ових споразума, по правилу праћен доношењем посебног акта легислативног карактера. Практичан значај детерминисања правне природе уговора о привредном развоју знатно је редукован настанком извора Међународног инвестиционог права којима се установљава обавеза државе домаћина да поштује споразуме закључене са инвеститором.²⁰ Кршење тих споразума се ангажовањем "кишобран" (енг. „*umbrella*“) клаузуле уподобљава повреди међународноправне обавезе државе.²¹ Ипак, у интересу предупређивања евентуалних спорова због флуидних критеријума опредељивања карактера овог уговора рационално је да страни инвеститор инсистира да се већ у тексту преамбуле уговора ове врсте

попут: предмета и рока трајања концесије, услова обављања концесионе делатности, захтева везаних за заштиту животне средине, начин одређивања концесионе накнаде. Како се уговор о концесији закључује на основу концесионог акта (чл. 21. ст. 1. Закона о концесијама), елементи садржани у концесионом акту инкорпорирају се у садржину споразума са концесионаром.

²⁰ Више о изворима Међународног инвестиционог права видети у: Цветковић, П, "Међудржавни споразуми као извори међународног инвестиционог права"; Право и привреда, бр. 5-8/2003, стр. 516-530.

²¹ "Кишобран" клаузула саставни је део међудржавних споразума чији је предмет регулисање третмана и заштите страних инвестиција. Овом клаузулом стране уговорнице обавезују се на поштовање обавеза преузетих у односу на држављане друге државе уговорнице (у случају да је клаузула уговорена у билатералном међудржавном споразуму, односно држављане других страна уговорница (у случају стипулисања клаузуле у мултилатералним међудржавним споразумима). Тиме се обавезе утврђене уговором државе и страног инвеститора (чија је држава порекла страна уговорница билатералног односно мултилатералног међудржавног споразума), подижу на ниво међународноправне обавезе, а кршење услова и гаранција садржаних у уговору државе и инвеститора сматра се кршењем билатералног односно мултилатералног споразума у питању, са последицом да се уподобљава деликту међународног права. "Umbrella" клаузулом превладава се нејасан став међународног права у погледу права државе да једнострано одступи од уговора са страним инвеститором и последица таквог одступања, с обзиром да је дејство "кишобран" клаузуле да се такав једнострано опозив сматра повредом међународноправне обавезе. У складу с тим, држава домаћин не може једнострано изменити или одустати од споразума са страним инвеститором, а да му притом не надокнади штету због таквог свог поступања.

унесе одредба којом се држава одриче својих јавноправних прерогатива у односу на реализацију споразума о привредном развоју. У том смислу довољно би било истаћи да ...”влада државе (други државни орган, предузеће контролисано од стране државе и сл.) иступајући као носилац имовинскоправних овлашћења (iure gestionis) са једне стране и компанија...”.²² Тиме се преовладавају теоријске нејасноће у циљу креирања ефикасног и практичног решења питања правне природе дијагоналних споразума.

4. “Интернационализација” споразума државе и инвеститора

Позиција инвеститора у односу на државу домаћина у зениту је у моменту када се преговара о инвестирању. У тој, прединвестиционој фази, он је у могућности да од земље рецептора тражи и добије повољне услове за своју инвестицију. Инвеститор је тај који поставља услове, а држава се труди да привуче стране улагаче с циљем инвестирања њиховог капитала у економију земље домаћина. Током реализације споразума позиција инвеститора слаби. Страни инвеститор и његова инвестиција, једном реализована, постају “заточеници” државе домаћина. Земља рецептор капитала, неретко, тежи измени иницијалних услова уговора; те услове она сматра “превазиђеним погодбама” (енг. “обсолесцинг баргаин”). Њене могућности за такво мешање подржава легислативна машинерија која јој је на располагању.

Очигледна је потреба да се у циљу заштите права страног инвеститора створи противтежа могућности да држава изврши захватање у инвеститорова права коришћењем својих суверених овлашћења. Израз овакве потребе је теорија “интернационализације”. Према овој теорији права и обавезе инвеститора и државе домаћина треба регулисати правилима и принципима међународног карактера. Тиме се страна инвестиција “транслатује” изван сфере утицаја државе домаћина и позиционира у поље деловања норми међународног карактера. На тај начин спречава се мешање државе у инвестициони однос, мимо оквира и услова предвиђених дијагоналним споразумом.

Тренд „интернационализације“ дијагоналних споразума посебно је изражен у пракси арбитражног решавања инвестиционих спорова од педесетих година прошлог века. Под “интернационализацијом” инвестиционих споразума

²² Наведено према: Ђирић, А, “Правни оквири заштите страних директних инвестиција”, Право и привреда бр. 5-8/2002, стр. 477.

подразумева се правни концепт којим се ови споразуми материјално и процесноправно уређују правилима и принципима међународног права, аутономно или упоредо са нормама домаћих законодавстава.

Процесноправни аспект дијагоналних споразума “интернационализује” се стипулисањем надлежности “ad hoc” или институционалних међународних судова и арбитража за решавање евентуалних спорова из ових споразума.²³

Материјалноправни аспект “интернационализације” споразума државе и инвеститора манифестује се кроз примену међународних правила и принципа као меродавног материјалног права ових уговора.

Правнополитичко порекло теорије интернационализације налази се у “генералној свести” држава извозница капитала да је неопходно пронаћи противтежу легислативној моћи државе домаћина.²⁴ Ове земље, међутим, барем у почетној фази настанка теорије, нису директно утицале на њене основне поставке. Залагању држава извозница капитала за примену теорије “интернационализације” у међународним форумима и приликом рада на изради међународних конвенција претходило је њено уобличавање у радовима еминентних правника. Теорија је касније била примењивана као аргумент којим су арбитраже образлагале примену међународних правила и принципа на регулисање инвестиционог односа. Теоретичари су били само пионири ове теорије, без стварне моћи за њено имплементирање у пракси. Улогу промотера теорије интернационализације најпре су преузеле арбитраже пред којима су решавани спорови проистекли из или у вези са страном инвестицијом. Државе увознице капитала нису имале могућност да се на било који начин боре против примене ове теорије.²⁵

Порекло теорије интернационализације може се наћи у академским радовима педесетих година прошлог века. Међу овим радовима по значају и утицају

²³ Више и процесноправној заштити страних инвестиција видети у: Цветковић, П, „О Процесноправној заштити страних инвестиција“, чланак у „Регионални развој и интеграција Балкана у структуре ЕУ-балканска раскршћа и алтернативе“, Институт за социологију Филозофског факултета Универзитета у Нишу, Свен, 2004, стр. 249-263.

²⁴ Sornogaja, I, op. cit, стр. 323.

²⁵ Неразвијене и земље у развоју имале су мањак квалификованих правних експерата. Оне нису могле утицати ни на праксу престижних арбитражних институција. Принципе које су заступале спроводиле су кроз органе УН изгласавањем резолуција чију је примену пракса игнорисала.

издваја се есеј Лорда *McNair*-а који се залагао за примену општих правних принципа за регулисање уговора о концесији између страног инвеститора и државе²⁶. *McNair* сматрао је да општи правни принципи, као извор међународног права у смислу члана 38. ст. 1. ц) Статута Међународног суда правде, треба да служе као средство попуњавања “*lacunae*” домаћих законодавстава у односу на правно регулисање страних инвестиција.

Догматску подлогу подвргавања уговора државе и страног инвеститора нормама међународног права (а не само општим правним принципима, као што је то учинио *McNair*), у интегралном виду први је презентирао *Karl Heinz Böckstiegel*.²⁷ Интернационализацију уговора државе и инвеститора засновао је на ставу да споразуми страног инвеститора и државе имају карактер „ограничено међународних уговора“; стога они морају бити регулисани међународним правом.²⁸ Споразум државе и инвеститора има карактер „ограничено међународног“ уколико испуњава следеће услове:

да га је закључила сама држава или субјекат са јавноправним овлашћењима и правом закључивања међународних уговора;

да предмет уговора буду и права и интереси који имају јавноправни карактер, те стога постоји могућност да држава користећи своја права суверена врши захватања у уговорни однос;

да садрже клаузулу о избору надлежног права и арбитражну клаузулу.

Теорија „ограничено међународног уговора“ заснована је на премиси да држава закључивањем споразума са страним инвеститором признаје његов међународноправни субјективитет. Овај субјективитет ограничен је “*ratione personae*” и “*ratione materie*”. Ограничење “*ratione personae*” састоји се у следећем: међународноправни субјективитет инвеститора признат је само у

²⁶ McNair, “The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations”, 1957, 33 BYIL1; наведено према: Sornorajah, I, op. cit, стр. 321.

²⁷ Böckstiegel, K. H, “Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen”, Frankfurt, 1971, стр. 310; наведено према: Theodorou, H, op. cit, стр. 276.

²⁸ Теорија “ограниченог” међународног карактера уговора државе и инвеститора разрада је става о “квази-међународној” природи ових споразума изнетог у чланку *Vedross*-а (Vedross, A, “Quasi International Agreements and International Economic Transactions”, 1964, 18 YBWA 230.) Овај теоретичар инвестиционе споразуме сматрао је делом међународног права. Свој став засновао је на класичној теорији страних инвестиција, односно тези да су оне средство остваривања “алтруистичких” циљева у односу на државу увозницу капитала, најчешће заосталу и сиромашну земљу.

односу на државу домаћина. “Ratione materie” ограничен је само на предмет споразума државе и инвеститора. На оваквом међународноправном субјективитету инвеститор заснива право да од рецептивне државе захтева поштовање одредби инвестиционог споразума. Међународни карактер споразума државе и инвеститора, мада ограничен, има за последицу противправност јавноправних и административноправних мера земље домаћина којима се инвеститору наноси штета: она је везана одредбама дијагоналног споразума без обзира на касније измене свог домаћег законодавства.

4.1. Теорија интернационализације у пракси решавања инвестиционих спорова

Од шездесетих година прошлог века присутан је став судова и арбитража да је за регулисање споразума државе и инвеститора надлежно међународно право, односно његова правила и принципи. Ова тенденција коинцидира са теоретским покушајима уобличавања теорије интернационализације. Међутим, одлуке у којима су општи правни принципи као извор међународног права примењени на регулисање уговора државе и инвеститора могу се наћи већ у двадесетим годинама XX века.

Прва одлука у којој се општи правни принципи, као извор међународног права у смислу члана 38. ст. 1ц) Статута Међународног суда правде, сматрају искључивим извором материјалноправног регулисања споразума јесте одлука “ad hoc” арбитраже у спору „Lena Goldfields“ („Lena Goldfields Company Ltd. v Sowjetunion“).²⁹ Арбитража којом је председавао швајцарски арбитар, а коју су сачињавали још по један британски и совјетски држављанин засновала је примену општих правних принципа на клаузули споразума која предвиђа да се „споразум страна заснива на принципу добре вере“, те да „одредбе споразума треба тумачити у складу са принципом разумности“.

²⁹ Реч је о спору који је повела британска компанија „Lena Goldfields Company Ltd“ против СССР-а у вези споразума о концесији за ископавање злата и угља у једном делу Сибира. Споразум је закључен 1925. године. Промена привредне политике прокламована 1928. године, са позивом тадашњег лидера СССР-а Стаљина на класну борбу против земљопоседника, резултирала је војним запоседањем постројења, зграда и опреме компаније, као и конфискацијом пословне документације. На основу арбитражне клаузуле из члана 90. став 1. Споразума компанија је покренула спор. Тужилац је захтевао накнаду штете због неиспуњења обавезе државе домаћина, укључујући и добит изгубљену неоснованим обогаћењем тужене стране. Наведено према: Theodorou, Н, op. cit, стр. 279.

Арбитража је ову клаузулу интерпретирала као манифестацију воље страна за применом општих правних принципа у смислу одредбе члана 38. ст. 1. ц) Статута Међународног суда правде (тада Сталног суда међународне правде), који ове принципе убраја у изворе међународног права. Према арбитражи, један од ових општих правних принципа је начело забране неоснованог обогаћења. Утврдивши да је ово начело било саставни део тада важећег совјетског права, као и других континенталних правних система, арбитража га је применила на решавање спора и досудила у корист тужиоца.

Када је реч о примени теорије интернационализације, у арбитражној пракси разликују се два приступа:

екстензивни, који води примени међународног права на уговоре државе и инвеститора чак и у присуству клаузуле која упућује на примену права државе домаћина, и

рестриктивни, који има за резултат примену међународног права само у случају да изабрано право не садржи решење за конкретно питање инвестиционог односа, односно уколико су одредбе тог права у супротности са општим правним принципима.

Екстензивна интерпретација теорије интернационализације пристуна је у одлуци “ad hoc” арбитраже у спору “Техасо”. Арбитар појединац *Дуриу* уговор о концесији у целини је подвео под међународно право, чиме је практично применио теорију *Böckstiegel*-а о уговору државе и инвеститора као „ограничено међународном уговору“. Арбитражна клаузула уговора Либије и компаније „Техасо“ гласила је: „Ова концесија уређена је и тумачиће се у складу са принципима права Либије заједничким са принципима међународног права. У одсуству таквих принципа концесија ће се уређивати и тумачиће се у складу са општим правним принципима, укључујући и оне које примењују међународни трибунали“. Одучујући о праву које се има применити на уговор, арбитар *Дуриу* искључио је примену било ког националног правног система и подвео уговор о концесији у целини под међународно право правдајући то „суштински међународним карактером“ овог уговора.³⁰ Тиме је игнорисао вољу страна изражену у клаузули о решавању спорова. Одступање од правила да је за материјалноправно уређивање споразума

³⁰ Члан 28. уговора о концесијама Либије са компанијом „Тексако“. Идентичну клаузулу садрже и остала два уговора о концесијама Либије са страним компанијама „British Petroleum“ и „Liamco“, које су биле актери спорова проистеклих из тзв. „либијских национализација“, седамдесетих година прошлог века. Наведено према: Theodorou, H, op. cit, стр. 277.

државе и приватноправног ентитета меродавно само национално право земље која је уговорна страна овог споразума,³¹ арбитар Дириу образложио је развитком теорије, али и прецедентима судова и арбитража.³² Уместо примене домаћег права, сматрао је да за споразуме државе и инвеститора важи „право међународних уговора“, које је меродавно не само за међудржавне, већ и споразуме државе и страних приватноправних субјеката. У образложењу одлуке наведени су елементи које би овакви „интернационализовани“ уговори требало да садрже:

одређивање општих правних принципа као материјалног права уговора, чиме се омогућава инвеститору да, применом правних начела заједничких за све правне системе, одржи уговорну равнотежу;

присуство арбитражне клаузуле у споразуму, што индицира вољу уговарача да искључе примену права државе домаћина;³³

стипулисање уговорне одредбе којом се споразум у питању карактерише као „уговор о привредном развоју“, што је аргумент да су стране закључиле уговор са претпоставком да иступају као субјекти једнаког ранга;

инкорпорирање стабилизационе клаузуле у споразум.

Овако екстремно тумачење теорије интернационализације, односно искључива примена међународног права чак и када клаузула о избору меродавног материјалног права упућује на домаће право, у теорији се правда чињеницом да уговори државе и инвеститора имају „контакт“ са више различитих држава, а не само са земљом рецептором капитала (на пример, средства за пројекат могу обезбедити банке из различитих земаља). Поред тога, обим ангажованог капитала указује на то да је мало вероватно да би страни инвеститор свесно пристао да меродавно право за уговор буде правни систем државе домаћина.

³¹ Наведени принцип установљен је још 1929. године у одлуци Сталног суда међународне правде донетој у спору поводом „Српских зајмова“.

³² У образложењу су наведене одлуке у следећим споровима: “Lena Goldfields v. Sowjetunion”, Cornell LQ 36, 1950, стр. 42-53; “Petroleum Development Ltd. v. Sheik of Abu Dhabi”, ILR 18, 1951, стр. 144-161; “Saudi-Arabien v. Arabian American Oil Company-Aramco”, ILR 27, 1973, стр. 117-223; “Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company (NIOC)”, ILR 35 (1967), стр. 136-192.

³³ Увођење овог елемента као претпоставке постојања “интернационализованог” уговора, арбитар Дириу правдао је позивањем на образложење одлуке у спору „Sapphire“ (ILR 35, 1967, стр. 136-192, на стр. 172), у којој је наведено да се „присуство арбитражне клаузуле има тумачити као намера да се елиминише искључива примена иранског правног поретка“. Наведено према: Theodorou, H, op. cit, стр. 278.

Рестриктивна интерпретација „интернационализације“ споразума државе и инвеститора допушта примену домаћег права, при чему се међународна правила и принципи усвајају као „коректив“ или средство попуњавања празнина присутних у националном правном систему. Рестриктиван приступ у примени теорије интернационализације јавља се у одлукама у споровима „British Petroleum“ и „AMINOIL“ (“Kuwait v. American Independent Oil Company-AMINOIL“).

У случају “AMINOIL”, одредба споразума државе и инвеститора о избору меродавног материјалног права, предвиђала је да ово право одреди арбитража, „у складу са природом уговарача, транснационалним карактером њиховог уговорног односа и правним принципима и праксом савременог света“ (чл. III ст. 2. тач. 2. Споразума).³⁴ Арбитража је сматрала да је упућивање на „природу уговарача“ у наведеној клаузули, доказ да је инвеститор био „у знању“ чињенице да Кувајт иступа као носилац суверених овлашћења. Истовремено, опредељење транснационалног карактера уговорног односа, арбитража је сматрала доказом воље страна да се на споразум примене и правна правила подобна нарочитим карактеристикама међународних трговинских односа. Таквом резоновању ишло је у прилог и упућивање на „правне принципе и праксу савременог света“, што је арбитража сматрала сагласношћу примене општих правних принципа у смислу члана 38. ст. 1. ц) Статута Међународног суда правде. У складу са горе наведеним, арбитража је установила „двојство“ меродавног права: за права и обавезе заснована непосредно на споразуму о концесији, надлежно право је право Кувајта. За остала питања која могу бити предмет спора, примењују се правна начела савремених држава у складу са чл. 38. ст. 1. ц) Статута Међународног суда правде.

У спору „British Petroleum“, арбитар Lagergren је, тумачећи арбитражну клаузулу споразума (идентичну са оном анализираним у “Техасо” спору), идентификовао два „сета“ правних правила апликабилних на уговор. Први од њих садржи правна начела заједничка за либијско и међународно право. У одсуству таквих принципа, примењује се друга група правила, односно „општа начела међународног права“. Арбитар Lagergren сматрао је да ову другу групу правила чине „општа начела међународног права“ као извори међународног права у смислу чл. 38. ст. 1. Статута Међународног суда правде. Дакле, најпре је извршена компарација либијског са одредбама међународног права, а затим су, у одсуству одредби заједничких за либијско и

³⁴ Одлука од 24. марта 1982, судије Paul Reuter, Hamed Sultan, Ser Gerald Fitzmaurice, ILM 21 (1982), стр. 976-1053.

међународно право, примењени општи правни принципи, међу којима је и „*pacta sunt servanda*“. На овај начин је образложена примена међународног права као меродавног материјалног права за спор у питању.

Мада је резултат правног резоновања арбитраже у спору „British Petroleum“ исти као и у случају „Техасо“, **разлика је у методологији**: у „Техасо“ спору међународно право је примењено „*ex lege*“, на основу индикација присутних у самом уговору (присуство упућивања на опште правне принципе у клаузули о решавању спорова; опредељење карактера споразума као „уговора о економском развоју“); у спору „British Petroleum“, почетна позиција арбитраже је равноправност међународног и права домаће државе, при чему су међународноправни принципи коришћени као средство попуњавања празнина домаћег права у односу на регулисање инвестиционог односа.

Рестриктиван приступ интернационализацији споразума државе и инвеститора, присутан у одлукама у споровима „AMINOIL“ и „British Petroleum“, уважава интересе државе домаћина у већој мери него што је то случај са одлуком у случају „Техасо“. Почетна премиса арбитра у прва два спора је начелна примена домаћег законодавства, које се коригује међународноправним принципима. Тиме се национално право ставља у равноправан положај са међународним правилима и принципима. Међународни принципи се примењују у циљу амортизације „*lacunae*“ у нормама домаћег законодавства, односно спречавања примене правних правила државе домаћина супротних овим принципима.

4.2. Теорија „интернационализације“ у арбитражној пракси ICSID центра

Теорија „интернационализације“ споразума државе и инвеститора своје место нашла је и Конвенцији о решавању спорова између држава и држављана других држава (ICSID конвенција; Вашингтонска конвенција), усвојеној 1965. године.³⁵ Њоме је основан **Међународни центар за решавање**

³⁵ Енглески назив Конвенције је „Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States“; пун текст документа доступан је на сајту www.worldbank.org. Конвенција је настала у време ескалације конфликта између развијених држава и земаља у развоју у односу на третман и заштиту иностраног капитала. Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енг. „International Center for the Settlement of Investment Disputes“ - ICSID), основан је као неутрални форум непосредног решавања спорова између државе у чију економију инвестира (држава домаћин; рецептивна држава) и страног инвеститора. Центар је

инвестиционих спорова (енг. "International Center for the Settlement of Investment Disputes"-ICSID), као неутрални форум непосредног решавања спорова између државе у чију се економију инвестира (држава домаћин; рецептивна држава) и страног инвеститора. Вашингтонска конвенција (чл. 42. ст. 1). предвиђа да, у одсуству споразума страна о меродавном материјалном праву, арбитри примењују право државе уговорнице која је страна у спору и права међународног права која могу бити применљива. Овако формулисана, наведена одредба јасно одбија примену принципа за који су се залагале државе увознице капитала (махом неразвијене и земље у развоју), да правила међународног права не могу уређивати уговорне односе државе и страног инвеститора. Уместо тога, овом одредбом Конвенција начелно усваја теорију "интернационализације" инвестиционог односа.

Међународно право као меродавно за уређивање спорова државе и инвеститора пред ICSID центром, схваћено је у смислу одредбе члана 38. ст. 1. Статута Међународног суда правде. Овај закључак не може се извести из текста Конвенције, али је присутан у Извештају извршних директора Светске банке, који има карактер коментара ICSID конвенције.³⁶

настао под окриљем Светске банке, чиме је обезбеђено одређено правно-политичко залеђе његових активности. Формирањем Центра требало је подстаћи дефинисање јасних правних критеријума решавања инвестиционих спорова и тиме допринети деполитизацији сукоба рецептивних држава и страних инвеститора, односно утицати на елиминисање "посредничког ауторитета" државе порекла инвеститора који води спор против државе домаћина. Према годишњем извештају ICSID центра ("ICSID Annual Report", 2003; документ је доступан на сајту: www.worldbank.org/icsid). Конвенцију су потписале 154 државе. Од тог броја, 139 земаља депоновало је инструменте ратификације. СР Југославија је Конвенцију потписала 31. јула 2002. године, али још увек није депоновала инструмент ратификације. Бивша СФРЈ ратификовала је Конвенцију 1967. године ("Сл. лист СФРЈ", Додатак "Међународни уговори", бр. 7/1967)

³⁶ У § 40. Извештаја извршних директора Светске банке, који има карактер коментара ICSID конвенције, објашњено је да "израз међународно право узет у овом контексту треба разумети у складу са значењем чл. 38. ст. 1. Статута Међународног суда правде" У Извештају наведена одредба Статута Међународног суда правде, која се сматра релевантном за дефинисање извора међународног права, упућује на четири таква извора: међудржавне споразуме, међународно обичајно право, опште правне принципе и судске прецеденте, као и радове теоретичара, који имају карактер "секундарног извора".

Опредељење домаћег и међународног права као меродавног за материјално-правно уређивање инвестиционог односа, без јасног дефинисања супремације једног или другог, отвара простор за различите интерпретације.

У доступној пракси ICSID арбитража има одлука у којима се могу наћи елементи усвајања **рестриктивне интерпретација теорије интернационализације**, односно коришћења међународног права у функцији коректива или средства попуне празнина домаћег права, на исти начин као и у одлукама “British Petroleum” и “AMINOIL”. Пример оваквих арбитражних одлука су одлуке у споровима “Amco” (“Amco v. Indonesia”)³⁷ и “Klöckner” („Klöckner v. Jamaica“).³⁸ У оба случаја стране нису споразумом утврдиле меродавно материјално право.

Када је реч о спору “Amco”, “ad hoc” комитет ICSID центра је у поступку анулирања одлуке ICSID арбитраже донете у овом спору, одбио захтев Индонезије да се наведена одлука поништи због тога што је приликом њеног доношења примењено неодговарајуће материјално право. Комитет је сматрао да члан 42. ст. 1б) ICSID конвенције (који предвиђа примену домаћег и међународног права у случају изостанка споразума страна о меродавном материјалном праву), овлашћује арбитражу да нормe међународног права примењује како за попуњавање празнина у законодавству домаће државе, тако и као средство корекције неодговарајућих правила домаћег законодавства. “Ad hoc” Комитет у спору “Amco” је, дакле, сматрао да члан 42. ст. 1б) имплицира супермацију међународног над домаћим правом (у случају да је изостала сагласност страна о меродавном материјалном праву).³⁹ Исти став имао је и “ad hoc” Комитет који је одлучивао о захтеву за поништење одлуке ICSID арбитраже донете у спору “Klöckner“. Из наведених одлука “ad hoc” комитета у споровима “Amco” и “Klöckner“, може се закључити да је услов

³⁷ “Amco Asia Corp. v. Republic of Indonesia, 1985, 25 I.L.M., 1439, 1986”; наведено према: Sornorajah, I, op. cit, стр. 301.

³⁸ “Klöckner v. United republic of Cameroon”, ICSID Case No. Arb. 81/2; наведено према: Commeaux, P/ Kinsella, S, „Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk”, Oceana Publications Inc, New York, 1997, стр. 210.

³⁹ „Уколико нема релевантног права домаће државе о питању у спору, мора се вршити истраживање релевантних међународних норми. И када постоји применљиво домаће право, оно мора да се стави у компарацију са међународним правом, које је превалентно у случају сукоба са домаћим” (из одлуке “ad hoc” Комитета донете поводом захтева за поништење одлуке ICSID арбитраже у случају “AMCO”; наведено према: Commeaux/Kinsella, op. cit, стр. 206).

признања супермације међународног над домаћим правом изостанак сагласности страна о праву меродавном за материјалноправно регулисање њихових права и обавеза. Аргумент за тврдњу да су ICSID арбитраже у наведеним споровима усвојиле рестриктиван приступ интернационализације инвестиционог односа, добија се закључивањем а *contra*гo: да су се стране сложиле о примени домаћег права (што није био случај у споровима “Amco” и “Klöckner”), коректно интерпретирање одредбе члана 41. став 1. ICSID конвенције (којом се избор меродавног права у првом реду препушта странама, а тек након тога ангажује примена права државе домаћина и међународног права), захтевало би да арбитража уважи вољу страна и примењује изабрано право, које може бити и право земље домаћина инвестиције.

Predrag Cvetković, LL.M
Teaching Assistant

“INVESTOR–STATE“ AGREEMENTS

Summary

In the contemporary practice of foreign investments, it is common that states or legal entities controlled by the state enter agreements with foreign investors (the so-called “investor-state agreements“). At first, the prevalent form of these agreements were concession agreements, which were characterised by the predominance of the foreign investor’s interest over the interest of the host state. In the second half of the past century, concession agreements were replaced by the so-called “diagonal agreements“, based on a more balanced relationship between the foreign investor’s interests and the interests of the host state. A higher level of probability of the host state’s intervention in the agreements with foreign investors, outside the scope and against the agreed terms in comparison to the possibility of such intervention in classical concession agreements, resulted in a tendency of the “internationalization“ of “investor-state“ agreements. According to the theory of „internationalization“, the legal aspects of those agreements should be regulated by the rules and principles of international origin. This approach further results in “translating“ the foreign investment from the field of the host state’s legal influence to the field of applicability of the international legal rules.

The procedural aspect of investor-state agreements is internationalized by stipulating the jurisdiction of international tribunals and arbitrations in the settlement of possible disputes between the parties in those agreements. The substantive aspect of investor-state agreements is internationalized by the application of international legal rules and principles in securing rights and obligations coming from the agreement. There are two approaches in the application of the „Internationalization“ theory: the restrictive and the extensive approach.

The extensive approach leads to the application of international legal rules to the investor-state agreements, even when there is a clause that the host state legal rules apply in regulating the rights and duties of the parties. The acceptance of the restrictive approach, on the other hand, results in the application of the international legal rules to the agreement at issue only if the set of rules chosen by the parties does not regulate the problem of the investment relation, or, if the norms contained in the chosen law are in disagreement with the general legal principles.

Key words: „Investor-state Agreement“, direct foreign investments, internationalization, FDI, ICSID center.

