

*Aida Mulalić<sup>\*1</sup>*

## **MEĐUNARODNI KONTEKST I SPECIFIČNOSTI INVESTICIONOPRAVNIH ODNOSA**

### **Sažetak**

U radu se nastoje objasniti investicioni odnosi iz uklona međunarodnog prava, te odrediti pojам investicije s obzirom da investicije predstavljaju ekonomsku kategoriju. Stoga je potrebno pravno transponirati ekonomski pojам investicije u neki nacionalni ili međunarodni normativni okvir. Pomenuti manevr međutim ne prekludira eventualnu ili čak izvjesnu diskrepancu u pojmovnom razumijevanju investicije s pravnog i ekonomskog aspekta. Ovakvo razmimoilaženje u shvatanju smisla i stvarnim efektima takvog shvatanja nije izolirana pojava, nego je permanentni problem prava. Odatle djelomično se i razvila potreba za stvaranjem posebnog sistema normi supranacionalnog karaktera koje bi odgovarale ekonomskoj prirodi investicija.

**Ključne riječi:** investicije, arbitraža, investicioni ugovori, javni ugovori, ICSID

---

1) Doc.dr.sc. Aida Mulalić, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici.

## I UVOD

Investiciono-pravni odnosi međunarodnog karaktera imaju svoju dugu tradiciju. Razvoj pomenutih odnosa obilježen je elementima međunarodnog javnog prava i međunarodnog trgovackog prava, što je pak doprinijelo njihovoj autentičnosti te proliferaciji razvoja međunarodnog investicionog prava kao zasebne grane prava.

Međunarodno pravo općenito može se posmatrati kao organski sistem koji kontinuirano evoluira kako u sadržaju, tako i u strukturi koji trend je naročito vidljiv u posljednjih pedeset godina. Osnovne komponente sistema, kao što su država, sporazumi i međunarodni običaji postoje i dalje, ali je vidljiv progres u rekonceptualizaciji ostalih aspekata međunarodnog pravnog sistema. Odmak od klasičnog modela međunarodnog prava kao sistema u čijem fokusu su međudržavni odnosi više je nego jasan.<sup>2</sup>

U tom smislu uloga države u međunarodnim investicionim sporovima poprima drugačiju dimenziju potpomognutu gotovo pa samodostatnim pravnim pravilima koja se razvijaju kroz praksu arbitražnih tribunalâ i deriviraju iz kompleksne mreže bilateralnih, regionalnih (katkad i multilateralnih) investicionih sporazuma i posebnih pravila primjenjivih u materijalnim i procesnim aspektima arbitražnih sporova investicionog karaktera.

Sve ovo predstavlja dio tzv. procesa fragmentacije imanentnog ne samo međunarodnom investicionom, već međunarodnom pravu uopće. Pravna fragmentacija je proces koji reflektira ubrzan razvoj usko specijaliziranih i relativno autonomnih pravnih pravila i pravne prakse i proces koji počiva na ubrzanoj funkcionalnoj diferencijaciji globalnog društva na relativno autonomne društvene sisteme. Ovo dalje vodi proliferaciji heterogenih pravnih poredaka koji svaki za sebe ustrojavaju specifične sfere društvenog djelovanja vodeći ka globalnom pravnom pluralizmu.<sup>3</sup>

Normativni ustroj međunarodnih investicionih odnosa najčešće se povezuje s potrebom prevazilaženja diskepance u ekonomskom položaju razvijenih i manje razvijenih zemalja. Kako konsenzus u ovom smislu nije mogao biti postignut na nivou multilateralnih foruma, to se pribjeglo tra-

---

2)K. Miles, *The Origins of International Investment Law, Empire, Environment and Safeguarding of Capital*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 293-294.

3) R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 90.

ženju rješenja na bilateralnoj osnovi i na uzajamno prihvatljivim uslovima za navedene grupe zemalja. Prvi bilateralni investicioni sporazum zaključen je između Njemačke i Pakistana 1959. godine, a na snagu je stupio 1962. godine i sadržavao je odredbe o zabrani diskriminacije, punoj zaštiti i sigurnosti investitora, kompenzaciji u slučaju eksproprijacije, slobodnom transferu kapitala, te klauzulu o rješavanju eventualnih sporova među potpisnicama pred Međunarodnim sudom pravde. Druge su države slijedile ovaj primjer tokom 60-ih godina prošlog stoljeća po sličnom uzorku.<sup>4</sup>

U početku su bilateralni ugovori smatrani za funkcionalne samo između pomenutih zemalja, a kasnije je ta paradigma prevaziđena tako da su danas imanentni svim državama. Jedna od najvećih kritika u pogledu ovih sporazuma svakako je ona koja akcentira njihovu ulogu u jačanju konkurenциje među slabije razvijenim državama koje nudeći povoljnije uslove za investiranje otvaraju prostor oportunističkim interesima investitora i kompromitiraju održivost ciljeva javnog interesa.<sup>5</sup>

## 1. O pojmu investicije

Određenje pojma investicije nije u domenu pravne teorije (barem po prirodi stvari), s obzirom da investicije predstavljaju ekonomsku kategoriju. To nadalje podrazumijeva da je potrebno pravno transponirati ekonomski pojam investicije u neki nacionalni ili međunarodni normativni okvir. Pomenuti manevr međutim ne prekludira eventualnu ili čak izvjesnu diskrupancu u pojmovnom razumijevanju investicije s pravnog i ekonomskog aspekta. Ovakvo razmimoilaženje u shvatanju smisla i stvarnim efektima takvog shvatanja nije izolirana pojava, nego je permanentni problem prava. Odatle djelomično se i razvila potreba za stvaranjem posebnog sistema normi supranacionalnog karaktera koje bi odgovarale ekonomskoj prirodi investicija.

Kao konstitutivni element bruto društvenog proizvoda jedna zemlje, investicije za cilj imaju promicanje ekonomskog rasta date zemlje. Da li to pak znači da je definicija investicije i u ekonomskom smislu opredijeljena samo njenim ciljem? Odgovor bi mogao biti potvrđan, s obzirom da je mjerljivi efekat nekog ekonomskog fenomena dostatan za njegovo poj-

---

4) A. Ali Ghouri, *Interaction and Conflict in Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, 24.

5) Ibid., 25.

movno uobličavanje.

To međutim u pravu nije prihvatljiv diskurs. Kako primjećuje Sornorajah, definicija stranih investicija „...*kao transfera sredstava ili materijala iz zemlje izvoznice kapitala u zemlju koja kapital uvozi s ciljem direktnе ili indirektnе participacije u dobiti...*“ je ekstenzivna dovoljno da u sebi sublimira i pojam portfolio investicija.<sup>6</sup> Dakle, potrebno je i u okviru ekonomskog pojma investicije napraviti daljnju podjelu između direktnih stranih i portfolio investicija. Podjela je bitna iz aspekta pravnih implikacija. Mora se naglasiti međutim da u praksi arbitražnih tribunalova većinom nije prihvadena.

Direktne investicije su predmet zaštite međunarodnog običajnog prava jer strani investitor iz zemlje iznosi resurse koji bi u suprotnom mogli biti korišteni u cilju unapređenja ekonomskog rasta zemlje investitora. U tom smislu i zemlja investitora ima direktan interes da takvu investiciju zaštiti. S druge strane, za investiranje kroz portfolio investicije nije potreban teritorijalni forum na koji način se onda gubi i materijalna veza za utvrđivanje odgovornosti u slučaju nepoštivanja obaveza preuzetih od strane zemlje u koju se investira.<sup>7</sup>

Vidljiv je trend u investicionom pravu da se odgovornost po osnovu portfolio investicija proširi bilo kroz bilateralne sporazume ili investicione ugovore. U međunarodnoj investicionoj praksi otišlo se i dalje od inkludiranja portfolio investicija u pojam investicija.

Tako na primjer, u sporu *Fedax v Venezuela* zauzet stav o potrebi slobodnjeg tumačenja pojma investicije u smislu člana 25. ICSID konvencije, odnosno da je diskreciono pravo države da odredi koja vrsta investicionog spora se može smatrati arbitralnom u kontekstu pomenute konvencije.<sup>8</sup>

Odredba član 25 stav 1 ICSID konvencije propisuje da će „...*nadležnost Centra obuhvatati sve pravne sporove koji direktnо proizilaze iz investicije između države* potpisnice Konvencije (ili niže političko-teritorijalne

---

6) Encyclopedia of Public International Law (vol. 8 p. 246) u M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2004, fn. 10, 7.

7) Ibid., 8.

8) Vid. Fedax N.V. v Republic of Venezuela, tačka 22., [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf)(19.12.2017.)

organizacije države ili državne agencije koja je kao takva predstavljena Centru) i državljanina druge države.....<sup>9</sup> Jasno je da terminoliško tumačenje odredbe u pitanju ne daje odgovor na pitanje šta se smatra investicijom, ali je nesporno da spor, da bi imao kvalifikaciju pravnog spora u smislu člana 25,<sup>10</sup> mora direktno proizilaziti iz investicionog odnosa među navedenim stranama.

Određenje pojma investicije od strane stranaka (država potpisnica Konvencije) samo je prvi korak u determiniranju obima pokrivenosti investicionog odnosa kroz bilateralne investicione sporazume. Vrlo rijetko ono predstavlja razlog preispitivanju nadležnosti tribunal, kao što je to u pomenutom slučaju *Fedax* ili *Salini v Marocco*.<sup>11</sup> Obično se arbitražni tribunali oslanjaju na tipične karakteristike investicije kako bi ispitali vlastitu nadležnost nad investicionim odnosom u konkretnom slučaju. To su: značajan doprinos (tehnički ili finansijski) investicije zemlji u koju se investira, trajanje investicionog odnosa, stepen rizika/očekivanje dobiti, značajan doprinos ekonomskom razvoju. Postavljeni kriteriji, međutim, predmet su i ozbiljnih kritika i preispitivanja njihovog legitimeteta.

Pristup tribunalu identificiranju pojma investicija u duhu člana 25 st. 1 ICSID konvencije tendira više ka empirijskoj nego doktrinarnoj analizi. Tako, pristup tzv. tipične kategorizacije polazi od identifikacije karakterističnih značajki investicije uz oprezno izbjegavanje njihovog klasificiranja kao preduslova za postojanje investicije. Ovo s obzirom na veliki broj slučajeva koji bi mogli biti predmet odlučivanja pred tribunalom, a koji ne bi nužno imali sve kvalitativne i kvantitativne značajke investicije koje bi opet trebale biti međuzavisne.<sup>12</sup>

Drugi, jurisdikcioni pristup nastoji da identificira uspostavljene značajke investicije kao preduslove za kvalifikaciju pojma investicije i time za uspostavljanje nadležnosti tribunal, te nedostatak u tom smislu može biti razlog za preispitivanje nadležnosti tribunal. Međutim, tribunali u kon-

---

9) Vid. ICSID, [\(19.12.2017.\)](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf)

10) Vid. tačka 24 Fedax N.V. v Republic of Venezuela.

11) Vid. Salini Costruttori v Kongdom of Marocco, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

12) Malaysian Historical Salvors SDN, Bhd v the Government of Malaysia, 22, [\(25.12.2017.\)](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf)

tekstu primjene juristickog pristupa često naglašavaju da pomenute značajke moraju biti međuzavisne, te se trebaju ispitati u korelaciji jedna s drugom, kao i u vezi sa ostalim okolnostima konkretnog slučaja. Ovakav empirijski pristup u skladu je sa tumačenjem ICSID konvencije u svjetlu intencije koju su njeni predlagajući imali izostavljajući decidno definiranje pojma investicije.<sup>13</sup>

Suprotno tumačenje pronalazi argument *a contrario* upravo u činjenici da ICSID konvencija ne sadrži pojam investicije, te prema tome izvor determinacije ne može biti Konvencija nego bilateralni investicioni sporazum u kojem je sadržan pristanak stranaka na arbitražno rješavanje sporova. Osim razlikovanja investicije i trgovackih transakcija, Konvencija ne postavlja ograničenja državama potpisnicama u pogledu kvalifikacije određenih aktivnosti i transakcija kao investicionih.<sup>14</sup>

Ranije je naglašeno da je u svrhu određenja prirode investicija neophodno praviti razliku između direktnih stranih i portfolio investicija. Za razliku od direktnih stranih investicija gdje je učešće u vlasništvu jasno reprezentirano i aktivnim pravom upravljanja ili kontrole od strane investitora, kod portfolio investicija ono je samo pasivno. Ovo razlikovanje pravno je zasnovano na prepostavci da je direktna upravljačka kontrola temeljna karakteristika investicije. Ona pokazuje stabilan stepen involviranja investitora u ekonomiju zemlje u koju se investira, dok portfolio investicije imaju kraći period trajanja i nužno ne doprinose ekonomskom razvoju.<sup>15</sup> Ovakav odmak konstatiran je i od strane nekih međunarodnih organizacija, poput MMF-a i OECD prema kojima dosadašnji koncept investicija konvergira prema nedefiniranom konceptu trajnog interesa. Prema pomenutom konceptu „*direktne strane investicije odražavaju cilj ostvarivanja trajnog interesa investitora u objektu investiranja.*“<sup>16</sup>

---

13) Ibid.

14) J.O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors, Studies on the Law on Treaties, Volume 4*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2011, 137.

15) Praksa arbitražnih tribunalu u nekim slučajevima ima drugaćiji diskurs. Prema A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, 32.

16) OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd edn (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1996) u G. De Vita/K. Lawler, „Foreign Direct Investment and its Determinants: A Look to the Past, A View to the Future“, H.S. Kehal (ed.), *Foreign Investment in Developing Countries*, Palgrave Macmillan, Hampshire-New York, 2004, 14.

Teško da se može govoriti o uniformnosti u domenu definiranja pojma investicije s obzirom na različite pozicije zemalja uvoznica i izvoznica kapitala, ne nužno i s obzirom na njihove interese ako se imaju u vidu bitno izmijenjene geopolitičke okolnosti u kojima ti interesi egzistiraju.

Savremeni međunarodni investicioni ambijent bitno je promijenjen, tako da ni smisao razlikovanja „stranih“ i „domaćih“ investicija više nije isti. Rezidenstvo investitora, ako se radi o transnacionalnim kompanijama, nije pouzdan kriterij za pravni tretman ovih korporacija u međunarodnom pravu, a ovakav pristup zaštiti koju pružaju međunarodni investicioni sporazumi ne reflektira stvarni način na koji ove korporacije danas posluju.<sup>17</sup>

Ova svojevrsna pravna praznina nameće pitanje respektivne uloge države investitora i države u koju se investira. Pravo na reguliranje u domenu investiranja koje derivira iz principa teritorijalnog suvereniteta i suverenitata nad prirodnim resursima dijelom je susognuto u uslovima globalizacije. Proces restrikcije kontrole nad transnacionalnim kompanijama popraćen je paralelenim širenjem opsega ekstrateritorijalne kontrole od strane država izvoznica kapitala. Ali kako su pomenute kompanije još uvijek u značajnom podvrgnute nacionalnom pravu, to ne jenjava ni uloga države u reguliranju investicionih aktivnosti čije su one sudionici.<sup>18</sup>

Razlog neujednačenom normativnom pristupu investicijama smatramo da postoji u određenom nastojanju da se državi da jedan supervizorski status za razliku od nekadašnjeg dominantno regulatornog i suverenog. Možemo govoriti i o određenom stepenu ekskludiranja investicionih odnosa iz domena javnog prava u domen transnacionalnog prava, ili kako se to u literaturi često naziva o internacionalizaciji pojedinih segmenta investiciono-pravnih odnosa.

## **2. Struktura investiciono-pravnog odnosa**

Struktura investiciono-pravnog odnosa je kompleksna. Uobičajene komponente strukture su subjekti takvog pravnog odnosa, objekt investiciono-pravnog odnosa, te duracija, odnosno vrijeme trajanja investiciono-pravnog odnosa. Ako bismo strukturu predstavili kroz varijable, nedvo-

---

17) Simon Lester, Reforming the International Investment Law System, *J. Int'l L.* 81/2015, 75.

18)Vid. S. F. Puvimanasinghe, *Foreign Investment, Human Rights and the Environment A Perspective from South Asia on The Role of Public International Law for Development*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 163.

smisleno primjećujemo da je svaka od tih varijabli/komponenti strukture promjenjiva, s tim da je stepen promjenjivosti determiniran većim ili manjim stepenom predvidljivosti. Primjera radi, varijabla trajanje investicionog odnosa promjenjiva je varijabla sa visokim stepenom predvidljivosti, dok varijabla država (kao subjekt investicionog odnosa ili preciznije aktivnosti i mjere države) također je promjenjiva varijabla ali niskog stepena predvidljivosti.

Komponente strukture investicionog odnosa su izrazito korelativne, a posebno je ta korelacija izražena između subjekata takvog odnosa. Ujedno, korelativnost dodatno usložnjava strukturu jer prepostavlja inkluđiranje investitora kao *de facto* autonomnog subjekta investicionog odnosa. Naime, bilateralni investicioni sporazumi za subjekte imaju suverene države i temeljnu intenciju da pruže stabilno pravno okruženje investicijama kao objektima investicionih odnosa, a tim se sporazumima obezbjeđuju i direktni mehanizmi pravne zaštite. Međutim, djelotvornost općih pravnih mehanizama sadržanih u bilateralnim sporazumima zavisiće od izberivih procesnih pravila stavljenih na dispoziciju strankama. Neposredna pravna veza između države u koju se investira kao subjekta investicionog odnosa i investitora na nivou bilateralnih sporazuma je nedovoljno definirana. Ovo s jedne strane može značiti da bilateralni sporazumi iz perspektive investitora imaju karakter adhezionih sporazuma. S druge strane, investicije se operacionaliziraju u fazama poprimajući neku od pravnih formi ugovora ili koncesija. Zato je bilo potrebno da pravna teorija i praksa prepoznaju neke jasnije pravne veze među navedenim subjektima.

Složenost strukture odnosa u pitanju vidljiva je i u činjenici da međunarodni investicioni sporazumi nesporno pružaju zaštitu investitorima, ali samo od određenih unilateralnih mjera države u koju se investira (eksproprijacija bez adekvatne kompenzacije, diskriminatorni tretman investitora), te kroz arbitražu na relaciji investitor-država u koju se investira garantiraju izvršenje obaveza preuzetih od strane države. Ono što ostaje nejasno jeste domen zaštite investitora u kontekstu unilateralnih mjera države investitora i kolektivnih mjera subjekata međunarodnog investicionog sporazuma. Ovi sporazumi ne tretiraju opisane korelacije.

Materijalnopravno, međunarodni investicioni sporazumi nameću državi u koju se investira određene obaveze u smislu pružanja zaštite investitoru i investicijama, ali s druge strane ne definiraju jasno da li korelativna

prava pripadaju investitoru, državi u koju se investira ili su rezervirana za oba subjekta. Procesnopravno, međunarodni investicioni sporazumi obično sadrže dvije vrste klauzula o razrješenju sporova: jednu koja se odnosi na sporove između investitora i države u koju se investira i drugu koja se primjenjuje u sporovima između država potpisnica sporazuma, a uvezi sa tumačenjem i primjenom odredbi sporazuma. Međutim, većina sporazuma ne regulira interakciju između ove dvije forme razrješenja sporova.<sup>19</sup>

Tako se jasno mogu izdvojiti tri pristupa *prirodi* investicionih prava, ali ne i njihovom *cilju i obimu*:

1. Investicioni sporazumi obezbjeđuju materijalna i procesna prava samo subjektima tih sporazuma, a investitori svoja materijalna prava deriviraju iz materijalnog prava domaće države;
2. Materijalna prava rezervirana su isključivo za države potpisnice sporazuma, a investitori imaju procesna prava u svrhu implementacije materijalnih prava države;
3. Investicioni sporazumi neposredno obezbjeđuju investitorima i materijalna i procesna prava

U svrhu tretiranja obima i cilja investicionih prava stoga je potrebno investicionopravnom odnosu pristupiti kao tripartitnom odnosu između suverenih država koje obezbjeđuju provodiva prava za investitore kao beneficijare tih prava.<sup>20</sup>

U investicionoj arbitražnoj praksi polazna tačka za tumačenje međunarodnih investicionih sporazuma je Bečka konvencija o pravu ugovora. Odredba člana 31 Konvencije propisuje da se sporazumi tumače u dobroj vjeri i u skladu sa uobičajenim značenjem termina sadržanih u sporazumu, ali u kontekstu sporazuma i u skladu s njegovim ciljem i svrhom. Dalje je odredbom člana 32 Konvencije propisano da kontekst sporazuma, između ostalog, treba da obuhvati tekst sporazuma, preambulu, anekse i druge prateće dokumente.<sup>21</sup>

#### Obično su cilj i svrha investicionih sporazuma proklamirani u preambuli

19) A. Roberts, Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights, *Harv. Int'l L.J.*, 56/2015, 355.

20) Šire u ibid., 356 i dalje.

21) Multilateral Vienna Convention on the Law on Treaties, 1969, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>

buli istih kao promoviranje i recipročna zaštitu investicija. S obzirom na njihovu formulaciju, prima facie mogla bi se stvoriti percepcija kako tumačenje ovako uopćenih ciljeva može biti u korist investitora. Bez obzira na ovo, većina arbitražnih tribunalova biraju da slijede uravnotežen pristup interpretaciji investicionih sporazuma. Ekstenzivniji pristup karakterističan je u situacijama kada su kao cilj i svrha nekog investicionog sporazuma proklamirani „stvaranje i održavanje poželjnih uslova za investicije od strane države ugovornice u koju se investira.“ S obzirom da je namjera država da kreiraju širok okvir za privlačenje investicija koji će obezbjediti pravnu sigurnost, ne bi se onda moglo argumentirati da je ovakav širi pristup tumačenju povoljniji za investitore, jer tribunalni sami tumače odredbe sporazuma u vezi sa izričitom namjerom država u vrijeme zaključenja sporazuma.<sup>22</sup>

## **1. Investicioni ugovori**

Investicioni ugovori mogu se okarakterizirati kao ugovori između države u koju se investira i investitora, a na koje se primjenjuju pravila i principi međunarodnog prava. Jasno se razlikuju od tzv. administrativnih ugovora koje zaključuje država sa svojim rezidentima i na koje se primjenjuje nacionalno pravo. Investicioni ugovor nema karakter sporazuma koji termin je rezerviran za interakcije među državama, čime se ne derogira primjena principa suvereniteta i u domenu ove vrste državnih ugovora.<sup>23</sup> Navedeno je prihvatile praksu međunarodnih sudova i arbitraža. Tako u slučaju *Texaco/Celasiatic v Lybia* sud je zauzeo stav da je pravo države da zaključuje međunarodne sporazume neupitno. Odluke međunarodnih sudova, kao što je odluka Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju *Wimbledon* jasno piznaju državi takvo pravo. Zaključivanje međunarodnog sporazuma nije povreda suvereniteta države nego njegova manifestacija. Ovakvo stanovište logično se može proširiti i na interakcije između države i privatno-pravnih subjekata rezidenata drugih država. Iako nemaju istu pravnu snagu kao međunarodni sporazumi, ovi ugovori dio su međunarodnog pravnog poretku od momenta kada se država ugovornica odluči barem dijelom, podvrgnuti međunarodnim pravnim pravilima i općim pravnim

---

22) G. Maria Alvarez/B. Blasikiewicz/ T. van Hoolwerff et. al., „A Response to the Criticism against ISDS by EFILA“, *Kluwer Law International*, 1/16, 6-7.

23) J. Schokkaert/Y. Heckscher, “Investment Contracts between Sovereign States and Private Companies - Link between BITS and State Contracts“, *World Investment & Trade*, 11/2010, 905.

principima.<sup>24</sup>

Još uvijek postoji ozbiljna debata o pravnoj prirodi investicionih ugovora. Da li su isti ugovori javnog ili privatnog prava moguće je odrediti prije na temelju objektivnih kriterija nego suštinski. Tako ugovori privatnog prava prepostavljaju stranke jednake po ugovornoj snazi, dok ovi drugi podrazumijevaju jasan odnos subordinacije. Država nastupa kao *iure imperii* kao zaštitnik javnog intresa. Ipak, investicioni ugovori predstavljaju posebnu vrstu javnih ugovora i različito su kvalificirani u različitim pravnim sistemima. U kontinentalnim pravnim sistemima smatraju se ugovorima javnog prava, dok u anglosaksonskom pravu nema jasne distinkcije između ove dvije kategorije gdje su principi javnog prava u određenim slučajevima integrirani u okvir privatnog prava.<sup>25</sup>

Elementi javnog interesa razdvajaju ovu kategoriju ugovora od privatnopravnih ugovora kao i procedure koje se provode pri zaključivanju investicionih ugovora. Da bi ti ugovori postali pravno obavezujući, obično je potrebna saglasnost u nekoj formi od strane javnopravnih tijela. Upravo pomenuta procedura predstavlja svojevrsni nastavak manifestacije javnog interesa jer može biti indikator posebnih beneficija/garancija za privatni subjekt ili pak razlog neizvršenja ugovora kada to javni interes zahtjeva. Dakle, postoji rizik na koji privatni subjekt svojevoljno pristaje stupajući u ugovorne odnose sa monopsonističkim javnim entitetom čiji motiv nije opredjeljen profitom.<sup>26</sup>

Javni interes jestе preovlađujući u situacijama kada je neophodno promjeniti kurs državne (najčešće ekonomiske) politike, te onda nužno zasjenjuje i princip nepovredivosti ugovora. Naime, država ili neki javno-pravni kolektivitet u konstelaciji odnosa o kojima govorimo, ne mogu ugovorom biti ograničeni u preduzimanju aktivnosti i mjera koje imaju ili bi imale uticaja na blagostanje države i njenih građana.<sup>27</sup>

Ne treba, međutim, zanemariti činjenicu da su upravo neadekvatne mјere ekonomiske politike nekad uzrok ekonomске destabilizacije i po-

---

24) Ibid., 905-906.

25) A.F.M. Maniruzzaman, „State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law“, *Journal of International Arbitration*, 4/92, 144-146.

26) M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes, Ch. 4-State Contracts and Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, 86.

27) Ibid.

vrede javnog interesa. Nekad su i argument za ekskulpaciju države od odgovornosti za neizvršenje investicionih ugovora. Primjera radi, u slučaju *CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic* stanje nužde, definirano u Aneksu Rezolucije Generalne skupštine UN (56/83)-Odgovornost države za međunarodna protupravna djela, član 25, bilo je jedno od uporišta pomenutoj argumentaciji. U obrazloženju ICSID tribunal je zauzeo stav da je stanje nužde neupitan osnov za isključenje odgovornosti države za međunarodna protupravna djela, ali da u analiziranju pomenu-tog osnova mora postojati oprezan pristup kako bi se spriječile eventualne zloupotrebe. Restriktivan pristup međunarodnog prava vidljiv je u termini-loškoj ekspresiji odredbe člana 25. Aneksa Rezolucije prema kojoj stanje nužde ne može biti osnov za isključenje odgovornosti države ukoliko nisu ispunjeni i posebni uslovi (međunarodna obaveza u pitanju isključuje mogućnost pozivanja na ovaj osnov, da je država doprinijela takvom stanju).<sup>28</sup>

Posebnost investicionih ugovora može se analizirati i u korelaciji s principom *pacta sunt servanda*, koji princip je znatno evoluirao sa razvojem nekih novih koncepata međunarodnog prava kao što je koncept nepovredivosti suvereniteta nad prirodnim resursima (Rezolucija 1803 XVII Generalne skupštine UN). Ovaj koncept ne treba razumjeti kao negaciju odgovornosti države za ugovorne obaveze preuzete prema privatnopravnim subjektima, ali se isto tako ne može determinirati prema intenciji koju imaju privatnopravni subjekti kada se pozivaju na princip *pacta sunt servanda* pred međunarodnim tribunalima. Ovo bi značilo ekvalizaciju pravnog odnosa države i privatnopravnog subjekta sa onim u kojima ravnopravno nastupaju dva suverena i umanjenje prerogativa države. Ni u jednom pravnom sistemu, kako je istaknuto u obrazloženju odluke u sporu *Amoco International Finance Corporation v. the Government of the Islamic Republic of Iran et al.*, privatni interesi ne mogu imati prevagu nad javnim onemogućavajući aktivnosti države preduzete u javnom interesu. Privatni subjekti imaju pravo na kompenzaciju kada se mjere državne politike provode na uštrb njihovih ugovornih prava. Priznavanje apsolutnog imuniteta privatnih subjekata u domenu mjera ekonomske politike države značilo bi negiranje smisla koncepta nepovredivosti suvereniteta nad prirodnim resursima.<sup>29</sup>

---

28) CMS Gas Transmission Company v the Argentine Republic Award, para. 316, 92, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

29) U A.F.M. Maniruzzaman, 143.

Distinkciju također treba praviti i s obzirom na pravni status subjekata koji na strani države nastupaju u investiciono-pravnim odnosima, odnosno s obzirom na to da li se radi o subjektima koji su potpuno ili većim dijelom pod dominacijom države i bez punog pravnog subjektiviteta ili imaju puni pravni subjektivitet i veći stepen samostalnosti u poslovanju. U prvom slučaju, investicioni ugovor ima karakteristike javnopravnog ugovora, te *ad hoc* legislativne mjere države koje direktno tangiraju ugovor u pitanju ne mogu biti razlog neizvršenju ugovora zbog nepredviđenih okolnosti. Međutim, ako takve legislativne mjere djeluju *erga omnes* i simultano pogadaju ugovor u pitanju, to može biti razlog za preispitivanje principa *pacata sunt servanda* i pred nacionalnim sudovima.<sup>30</sup>

## **2. Internacionalizacija/delokalizacija investicionih ugovora**

S obzirom na *sui generis* prirodu investicionih ugovora jedno od krucijalnih pitanja jeste ono koje se odnosi na određivanje mjerodavnog prava. Upravo su prava koja proizilaze iz ugovora reprezentativan primjer pomjeranja granica investicione zaštite. Uprkos široko prihvaćenom shvatanju da nematerijalna imovina (a time i ugovorna prava) spadaju u domen investicija koje uživaju investicionopravnu zaštitu na međunarodnom nivou, još uvijek ne postoji konsenzus o tome koja bi konkretno ugovorna prava potpadala pod takvu zaštitu. Ugovori koji se obično u bilaterlanim investicionim sporazumima klasificiraju kao investicije, a prihvaćeni su i u investicionoj arbitražnoj praksi, jesu: ugovori o građenju, know-how, joint venture ugovori, ugovori o projektnoj saradnji i uslugama, lizing, profit-sharing ugovori i sl. Koncesioni ugovori također spadaju u ovu klasifikaciju, ali s obzirom na javno-pravni karakter, međunarodna investicionopravna zaštita za ovu vrstu ugovora nije upitna.<sup>31</sup>

Proces internacionalizacije vodio je postepenom odbacivanju elemenata karakterističnih za primjenu domaćeg prava na investicione ugovore. U tom je smislu i nadležnost domaćih sudova u ovom domenu postala predmetom preispitivanja. Arbitraža je postala prihvatljivo sredstvo adjudikacije i postepeno je prihvaćena i u domenu međunarodnih investicionih ugovora. Ovo je s druge strane, predstavljalo svojevrsnu protutežu širo-

---

30) L.J. Bouchez, The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises, *Journal of International Arbitration*, 1/91, 92.

31) V. Zivkovic, „Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration“, *Eur. J. Legal Stud.*, 5/2012, 176.

ko prihvaćenoj *Calvo* doktrini koja je promovirala principe minimalnog standarda zaštite i diplomatske zaštite stranaca, odnosno izjednačavanju položaja država, odnosno položaja stranaca i domaćih državljan u međunarodnim odnosima.<sup>32</sup>

U osnovi internacionalizacije ovih ugovora je ideja o primjenjivosti pravnih normi pravnih sistema izvan nacionalnih. To mogu biti norme međunarodnog prava, transnacionalnog prava, anacionanog prava ili opći pravni principi priznati od strane civiliziranih društava. Dakle, svrha internacionalizacije je da se ukloni ugovorna veza s nacionalnim pravom, a time i uticaj nacionalnog prava na ovu vrstu ugovora. U teoriji su se razvila, a u praksi se primjenjuju dva pristupa internacionalizaciji: direktni i indirektni.

Direktna internacionalizacija nezavisna je od primjene nacionalnog pravnog sistema ili međunarodnog sistema privatnog prava. Ugovor je direktno vezan, bez uplitanja normi nekog konkretnog pravnog sistema, za eksterni pravni sistem. Umjesto nacionalnog prava države u koju se investira predlaže se primjena normi različitih pravnih sistema (npr. *per se* primjena međunarodnog prava na investicione ugovore, *lex contractus*, običajno međunarodno pravo).<sup>33</sup>

Kod indirektnе internacionalizacije za određivanje materijalnog prava primjenjivog na investicione ugovore polazi se od normi međunarodnog privatnog prava. I ovdje je pravna doktrina razvila pravna sredstva ekskludiranja ovih ugovora iz domena nacionalnog prava, pri čemu je akcenat na načelu autonomije volje. Tako su ugovorne strane slobodne eksplisitno ili implicitno izabrati sistem prava različit od nacionalnog koji bi se primjenjivao kao pravo najtješnje povezano s ugovorom. Ovo, međutim, ostavlja mogućnost široke diskrecije od strane arbitražnih tribunalova, a određene kontroverze izaziva i sama geneza, te posljedice primjene principa autonomije volje u kontekstu investicionih ugovora.<sup>34</sup>

Skorija arbitražna praksa tendira ka napuštanju trenda delokalizacije investicionih ugovora. Izuzetak u tom smislu još su uvijek ICSID arbitraž-

---

32) Vid. Guido S. Tawil, *On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*, Kluwer Law International, 2011, 328 i 339.

33) J.O. Voss, 34.

34) Ibid., 34-35.

ni tribunali koji se pri određenju mjerodavnog prava referiraju na norme međunarodnog prava. Pomenuta praksa je intrigantna, ako se ima u vidu činjenica da član 42 st 1 ICSID konvencije arbitrima daje manje diskrecionog prostora pri izboru relevantnog prava.<sup>35</sup>

Pomenuti član propisuje da će se u odsustvu izbora mjerodavnog prava od strane stranaka primijeniti pravo države potpisnice (uključujući i njene propise o rješavanju sukoba zakona) kao i pravila međunarodnog prava ukoliko se ista u konkretnom slučaju mogu primijeniti.<sup>36</sup> Ali u stavu 3 istog člana se navodi da ovo neće uticati na tribunal da spor riješi *ex aequo et bono*, ako se stranke s tim saglase te u stavu 2 da tribunal ne može donijeti zaključak o nepostojanju primjenjivog prava (*non liquet*) samo na temelju činjenice da o istom nema pravnog uporišta.

Navedeno ne znači da se ICSID tribunali pri izboru mjerodavnog prava oslanjaju samo i isključivo na međunarodne norme, što potvrđuje i arbitražna praksa. Tako, u slučaju *Klöckner v Cameroon, ad hoc* tribunal daje interpretaciju člana 42 na način da principi međunarodnog prava, u slučaju da su primjenjivi, imaju dualističku ulogu-komplementarnu (*lacuna* u nacionalnom pravu države) i korektivnu (nacionalno pravo drugačije normira mjerodavno pravo u odnosu na međunarodno pravo). U oba slučaja, tribunali mogu tražiti uporište u principima međunarodnog prava ali samo nakon uvida u sadržaj nacionalnog prava i nakon primjene relevantnih normi nacionalnog prava. Nacionalno pravo obično je mjerodavno pravo u slučaju spora. Istovremeno normativna rješenja međunarodnog prava ne mogu značajno odstupati od onih sadržanih u nacionalnom pravu jer se svaka odluka ICSID tribunala mora priznati i izvršiti od strane države ugovornice, shodno odredbi člana 54 st. 1 Konvencije. Nadalje, država investitora ne može tokom trajanja postupka, a ni nakon okončanja postupka disponirati prerogativima diplomatske zaštite, prema odrebi člana 27 Konvencije. Dakle, *ratio* odredbi članova 27 i 54 dolazi do izražaja samo pod prepostavkom da konkretna odluka tribunal-a nije u suprotnosti sa principima i normama međunarodnog prava.<sup>37</sup>

---

35) N. Nassar, „Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel“, *Kluwer Law International*, 3/97, 195.

36) Stav 2 odredbe člana 42 ICSID konvencije.

37) U M. Kinear/G.R. Fischer et al. (ed.), *Building International Investment Law, The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, 5.

Problem se dalje usložnjava ako se u korelaciju, u smislu prvenstva u primjeni, stave ugovorne klauzule o mjerodavnom pravu i tzv. krovne (*umbrella*) klauzule kojima je cilj svojevrsno ekstendiranje obaveza država potpisnica bilateralnih investicionih sporazuma. U ovakvoj konstelaciji odnosa još uvijek ne postoji jedinstven stav arbitražnih tribunalova, mada je primjetno gravitiranje ka uvažavanju ugovorne intencije subjekata investicionih odnosa. Povreda konkretnе ugovorne obaveze trebala bi se smatrati internacionaliziranjem samog ugovora podvedenog (inicijalno ili naknadno) pod krovnu klauzulu. Na ovaj način, dajući ugovoru privilegiran status, arbitražni tribunal uvažava uslove pregovaranja koji su nastali i koji postoje izvan bilateralnog investicionog sporazuma kako bi objektivno refelektirali ono što ugovorne strane smatraju pravičnim i obezbjeđuju autonomiju investitora, ali i država potpisnica sporazuma.<sup>38</sup>

### **III ZAKLJUČAK**

Razvidno je da je priroda investicionopravnih odnosa kompleksna, oblikovana ekonomskim porijeklom objekta tih odnosa i složenim pravnim posljedicama kako po direktno involvirane subjekte, tako i šire. Predmetna problematika sublimira potrebu razumijevanja promijenjene uloge države involvirane u odnose u pitanju, te novi oblik njihovog klasificiranja. S tim u vezi, pomjera se i balast odgovornosti na arbitražne organe u funkciji nивелиranja nejednakih pozicija subjekata odnosa u pitanju. Njihova uloga, međutim, ostaje još uvijek u sjeni novih i budućih neizvjesnih ekonomskopolitičkih okolnosti što samo dodatno potvrđuje važnost arbitriranja. Podrazumijeva se i potreba odgovarajuće pravne kvalifikacije određenih pravnih instituta imanentnih investicionim odnosima, kako u materijalnom, tako i u procesnom smislu.

---

<sup>38</sup>Šire u J. B. Potts, „Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization“, *Va. J. Int'l L.* 51/2011, 1045.

## **LEGAL APPROACH TO INVESTMENTS WITHIN INTERNATIONAL CONTEXT**

### **Summary**

The paper seeks to explain legal relations that includes investments in international law and to legally define the term of investment for their economic nature, or to legally transpose economic notion of investment into national or international legal framework. However, this does not preclude possible discrepancy in conceptual understanding of investment from legal or economic point of view and it can be seen as permanent problem of law. In this sense there is a need for supranational legal norms to correlate economic nature of the investment.

**Key words:** *investment, arbitration, investments, contracts, state contracts, ICSID*