

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

Dušan Dubajić, master prava*

STATUS UGOVORA O STRANIM INVESTICIJAMA TOKOM PONOVIH PREGOVORA DRŽAVE PRIJEMA INVESTICIJE I STRANOG INVESTITORA **

Apstrakt: U radu je pokušano da se ukaže na to kakav je uticaj ponovnih pregovora na obaveze ugovornih strana iz ugovora o stranim investicijama. Ponovno pregovaranje doprinosi održavanju ugovora na snazi, ali može biti shvaćeno i kao signal da postoje značajne teškoće u sprovođenju ugovora. Podnošenje zahteva za pokretanje ponovnih pregovora može imati snažan psihološki uticaj na ugovornu stranu kojoj je taj zahtev upućen. Navedeni zahtev može biti shvaćen kao znak da će uskoro prestati sprovođenje ugovora. Zbog toga je neophodno da se pruži jasno uveravanje da će se sa sprovođenjem ugovora o stranim investicijama nastaviti tokom ponovnih pregovora. Primarni cilj rada je da se ukaže na činjenicu da ponovni pregovori ne mogu biti shvaćeni kao alibi za izbegavanje ugovornih i drugih obaveza, nastalih iz stranih investicija. Pored toga, u radu će biti ukazano i na određena odstupanja od principa doslednog sprovođenja ugovora tokom ponovnih pregovora. Pomenuta odstupanja moraju biti restriktivno tumačena i kontrolisano primenljivana.

Ključne reči: strane investicije, ugovori, reviziona klauzula, ponovno pregovaranje, status ugovora.

UVODNA RAZMATRANJA

Za strane investitore je ključno da u ugovorima o stranim investicijama, koje zaključuju sa državama prijema investicije, obezbede stabilnost i predvidivost. Realizacija stranih investicija povezana je sa značajnim rizicima koje strani investitor preuzima. Radi ublažavanja dejstva rizika pri investiranju kapitala u inostranstvu, strani investitori često traže od

* Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu
e-mail: dusandubajic90@gmail.com

** Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru”, broj 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

države prijema investicije da im obezbedi određenu stabilnost tokom dugog perioda u kojem se ugovor o stranim investicijama sprovodi. Tokom dužeg vremenskog perioda potrebna stabilnost je obezbeđivana kroz tzv. stabilizacionu klauzulu u ugovorima, kojom je država prijema investicije stranom investitoru garantovala da za vreme trajanja ugovora neće vršiti izmene pozitivnog zakonodavstva, čime bi uticala na stranu investiciju. Alternativni koncept stabilizacionoj klauzuli koji se koristi za očuvanje svetosti i stabilnosti ugovora, koji je deo skorašnjeg trenda u međunarodnom investicionom pravu, predstavlja ugovaranje klauzule ponovnog pregovaranja ili revizione klauzule (eng. *renegotiation clause*).¹ Klauzula ponovnog pregovaranja podrazumeva da ugovorne strane, nakon zaključenja ugovora, ponovo pregovaraju o svim ili pojedinim elementima ugovora. Ponovni pregovori se pokreću kada tokom sprovođenja ugovora nastupe okolnosti određene kao pokretač ili „okidač” za pregovore i imaju za cilj uspostavljanje tzv. ekonomskog ekvilibrijuma.

Iznenadne i nepredvidive promene spoljašnjih okolnosti koje dovode do narušavanja ekonomskog ekvilibrijuma i jednake vrednosti uzajamnih davanja predstavljaju osnov za ponovne pregovore. Trpljenje ekonomskih gubitaka, izvan svake razumne mere, stvara nemogućnost kod jedne ugovorne strane ili kod obeju ugovornih strana da izvršavaju svoje obaveze. Predviđanja ugovornih strana da u budućnosti i dalje neće moći da se uspostavi narušena ugovorna ravnoteža uzajamnih prestacija aktivira revizionu klauzulu. Ugovorne strane, ili samo jedna od njih, smatraju da negativno dejstvo eksternih okolnosti nije trenutno, već da će potrajati ili da će postati trajno. U odnosu na takvo predviđanje budućnosti, ugovorne strane pokreću i vode ponovne pregovore. Sasvim je legitimno voditi ponovne pregovore o statusu ugovornih obaveza u budućem periodu, i to je ono što predstavlja suštinu revizione klauzule i ono na šta je fokusirana.

Određene dileme nastaju kada je reč o statusu ugovornih obaveza tokom ponovnih pregovora. Činjenica je da ponovni pregovori mogu da potraju. Kako bi se prilike za zloupotrebe ugovornih ovlašćenja tokom ponovnih pregovora sprečile, neophodno je jasno i precizno odrediti status obaveza iz ugovora za vreme pregovaračkog procesa. Pored toga, ponovni pregovori su inicirani određenim konfliktom između stranog investitora i države prijema investicije. Navedeni konflikti mogu biti različitog intenziteta, ali se preporučuje ugovornim stranama da uvek pokušavaju da ugovor održe kroz ponovne pregovore, bez obzira na ozbiljnost spora. Ponovni pregovori se mogu voditi tokom pretkonfliktne faze (investitor je uočio oblast koja stvara zabrinutost, ali o tome nije obavestio državu prije-

1 Dolzer, R., Schreuer, C., 2008, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, p. 77.

ma investicije), faze pred razvoj spora (konflikt povezan sa tretmanom investicije je prepoznat, ali nije eskalirao), faze formalizovanog spora (strani investitor je pokrenuo arbitražni postupak), faze arbitražnog postupka (arbitražni postupak se aktivno vodi) i faze nakon donošenja arbitražne odluke kada i dalje postoji prostor za pregovore.²

Zaključak je da, ukoliko za to postoji spremnost i otvorenost ugovornih strana, ponovni pregovori mogu biti vođeni uvek. Prepreku za njihovo pokretanje ili nastavak ne predstavlja ni činjenica da su ugovorne strane započele arbitražni postupak, pa čak ni činjenica da je doneta pravno-snažna odluka. Sledstveno svemu navedenom, potrebno je odgovoriti na niz pitanja. Neka od njih su sledeća. Da li ugovorne strane imaju obavezu samo da uzmu učešće u ponovnim pregovorima ili imaju obavezu da postignu određeni dogovor? Da li izjava jedne od ugovornih strana o raskidu ugovora sprečava ponovno pregovaranje? Da li se ugovorne strane mogu osloboditi ispunjenja ugovornih obaveza i kojih? Kako se ugovornim stranama može obezbediti pravna sigurnost tokom ponovnih pregovora?

DUŽNOST VOĐENJA PONOVIH PREGOVORA ILI DUŽNOST POSTIZANJA DOGOVORA?

Na to kako će ugovorne strane gledati na ugovorne obaveze tokom ponovnih pregovora, veliki uticaj ima sam karakter ponovnih pregovora, odnosno to da li ugovorne strane imaju obavezu da postignu određeni dogovor ili imaju obavezu samo da uzmu učešće u ponovnim pregovorima. Ukoliko se kao polazište uzme shvatanje prema kojem dve strane, u ovom slučaju strani investitor i država prijema investicije, zaključuju ugovor sa namerom da ga dosledno sprovedu i poštuju, logičnim se čini shvatanje prema kojem se iz ponovnih pregovora mora izaći sa određenim rezultatom i uz održanje ugovora na snazi. S druge strane, ne može se zahtevati od bilo kog pravnog subjekta koji je svojom slobodno formiranom i izraženom voljom stupio u određeni ugovorni odnos da u njemu ostane ukoliko za to više ne postoji ekonomski ili neki drugi relevantni interes. Sloboda ugovaranja obuhvata slobodu da se u ugovor stupa, ali i slobodu da se iz ugovora istupi, uz sve posledice koje to istupanje sa sobom nosi.

2 UNCTAD, Franck, D. S., Joubin-Bret, A. (eds.), 2011, *Investor – State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, held on 29 March 2010 in Lexington, Virginia, USA, United Nations, New York and Geneva, p. xviii.

Stepen obaveznosti koji revizionna klauzula iz ugovora o stranim investicijama nosi u osnovi zavisi od toga kako su ugovorne strane formulisale revizionu klauzulu u ugovoru³ i kako je tumače.⁴ Ugovorne strane imaju načelnu slobodu da u ugovoru o stranim investicijama predvide da će u slučaju aktiviranja pregovora po revizionoj klauzuli predstavnici ugovornih strana imati obavezu da se odazovu pozivu na ponovne pregovore, kao i da u pregovorima učestvuju u dobroj veri. Formulisanjem reviziona klauzule na ovakav način, strani investitor i država prijema investicija su se saglasili već pri zaključenju ugovora da, ne znajući da li će u budućnosti biti neophodno da se ponovni pregovori aktiviraju, novi pregovori za njih nemaju izvanredan značaj i da nije od naročite važnosti to da li će dogovor biti postignut ili ne.

S druge strane, država prijema investicije i inostrana kompanija mogu izričito definisati obavezu da, nastupanjem tačno ili uopšteno određenih okolnosti, predstavnici ugovornih strana organizuju sastanke na kojima će pronaći rešenje za prevazilaženje okolnosti koje ugrožavaju ugovor. Opređeljivanjem za obavezu rezultata, ugovorne strane same sebi stavljaju u zadatak da u ponovnim pregovorima moraju biti kooperativne i spremne na kompromise. Sve dok se pomenuti proaktivni pristup pregovorima zahteva od obeju ugovornih strana podjednako i ovakav obavezujući način definisanja reviziona klauzule je prihvatljiv. Međutim, problem nastaje kada se formira situacija u kojoj je postizanje dogovora obavezno, a jedna od ugovornih strana je u poziciji da nameće svoju volju drugoj, tzv. *hold-up* situacija ili situacija zadržavanja.⁵

Bez obzira na rezultate pregovora, a sledeći princip *in favorem contractus*, poželjno je da postoje dopunski mehanizmi za opstanak ugovora ukoliko ugovorne strane nemaju obavezu postizanja dogovora. Pomenuti

3 Više o značaju i složenosti postupka izrade nacrti i konačnog oblikovanja ugovornih klauzula videti u Doonan, E., Foster, C., 2000, *Cavendish Legal Skills Series: Drafting*, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, Sydney, pp. 44–47.

4 Pravac u tumačenju ugovornih odredaba ima veliki značaj pri utvrđivanju dejstva ugovornih klauzula. Među predstavnicima pravne teorije i prakse uspostavila su se dva pravca u tumačenju ugovora. Reč je o kontekstualizmu i formalizmu. Prvi uzima u obzir kontekst (društveni, ekonomski, pravni, politički i dr.) u kom se ugovor realizuje, dok drugi pravac smatra da je, radi obezbeđenja pravne sigurnosti, ugovore potrebno tumačiti strogo formalno. Videti Mitchell, C., 2007, *Interpretation of Contracts: Current Controversies in Law*, Taylor & Francis, London and New York, pp. 54–57.

5 Više o uticaju i načinima za prevazilaženje *hold-up* situacije u ugovorima između stranih investitora i država prijema investicije videti u Cvetković, P., 2015, *Pravo javno privatnih partnerstava*, Pravni fakultet u Nišu, str. 184; Holden, R., Malani, A., 2014, *Renegotiation Design by Contract*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 81, pp. 153, 154.

dopunski mehanizmi predstavljaju aktivnosti trećih subjekata, koji sa neutralne pozicije pružaju rešenje za adaptaciju ugovora. Konkretno, preporuka je ugovornim stranama da, u slučaju da nemaju obavezu da postignu dogovor nakon ponovnih pregovora, obezbede modifikaciju ugovora na neki drugi način. To mogu učiniti obraćanjem nadležnom sudu ili arbitraži, koji će na osnovu priloženih dokaza, uzimajući u obzir interes obeju ugovornih strana, doneti odluku o tome da li je adaptacija ugovora moguća i na koji način se može izvesti. Stipulisanje odredbe prema kojoj ugovorne strane imaju obavezu obraćanja neutralnom forumu, koji određuje uslove modifikacije ugovora, najzastupljenije je kod ugovora o izvođenju investicionih građevinskih radova, kao jednom od tipova ugovora o stranim investicijama. S tim u vezi, navedeni ugovori predviđaju obrazovanje nekih naročitih tela, koja nemaju zvanični karakter kao što je to slučaj sa sudovima i arbitražama, ali koja podjednako efikasno mogu usaglasiti stavove ugovornih strana. Reč je o tzv. „odborima za rešavanje sporova” (eng. *dispute boards*).⁶

PONOVNI PREGOVORI NAKON UPUĆIVANJA IZJAVE O RASKIDU UGOVORA

Tokom ponovnih pregovora ugovor o stranim investicijama može biti na snazi, ali je moguće i da je jedna od ugovornih strana već poslala izjavu o raskidu ugovora i da se, uporedo sa vođenjem ponovnih pregovora, vodi i sudski ili arbitražni postupak. Opšte je pravilo ugovornog prava da su ugovorne strane vezane samo ugovorom koji je na snazi i nije raskinut. Sledstveno tome, ne može se tražiti od ugovornih strana da izvršavaju ugovorne obaveze iz ugovora koji ih više ne obavezuje. Međutim, činjenica da je jedna od ugovornih strana uputila drugoj strani izjavu o raskidu ugovora ne znači i da su nepovratno nestale mogućnosti da se sa izvršavanjem ugovora nastavi. Adaptacija ugovornih obaveza kroz ponovne pregovore može biti izvršena i u slučaju kada je izjava o raskidu ugovora

6 „Odbori za rešavanje sporova” imaju dugu tradiciju i bogato iskustvo u rešavanju sporova i adaptiranju ugovora o izvođenju građevinskih radova u međunarodnoj poslovnoj praksi. Ugovorne strane imaju slobodu i autonomiju u formiranju odbora, kao i pri izboru njihovih članova. Jednom obrazovani odbor ima značajna ovlašćenja kako bi utvrdio pravilno i potupno činjenično stanje, među kojima je i ovlašćenje vršenja uviđaja na mestu izvođenja građevinskih radova. Koliko će odluke odbora biti obavezujuće zavisi od toga o kakvom tipu odbora se radi, odnosno da li je reč o revizionom odboru (eng. *dispute review board – DRB*), odboru koji presuđuje (eng. *dispute adjudication board – DAB*) ili kombinovanom odboru (eng. *combined dispute board – CDB*). Navedeno prema Chern, C., 2015, *Dispute Boards: Practice and Procedure*, 3rd edition, Taylor & Francis, pp. 33, 34.

data, a ugovorne strane su započele sa sudskim ili arbitražnim postupkom utvrđivanja odgovornosti za raskid. Ukoliko je dobra volja da se ugovor ipak održi na snazi u određenoj meri prisutna, ugovorne strane mogu da pronađu način da ponovo pregovaraju. U prilog tome može se navesti tumačenje prema kome se smatra da ukoliko je u ugovoru sadržana revizijska klauzula, ona i dalje obavezuje ugovorne strane da pristupe ponovnim pregovorima, bez obzira na činjenicu da je prethodno upućeno obaveštenje o raskidu ugovora.⁷

Kao ilustracija slučaja u kom je došlo do raskida ugovora, pokretanja arbitražnog postupka, a nakon svega toga i vođenja ponovnih pregovora, može se navesti „Dabol projekat” (eng. *Dabhol Project*).⁸ U pitanju je ugovor o izgradnji elektrana, koji je vlada indijske države Maharaštre zaključila sa američkom kompanijom „Enron”, 8. decembra 1993. godine, i koji je u tom momentu bio najveći strani investicioni projekat ikada preduzet na tlu Indije.⁹ Po zaključenju ugovora i otpočinjanju investicije došlo je do političkih promena, tako da je novoizabrana vlada države Maharaštre odlučila da preispita ekonomsku opravdanost projekta. Rezultat analize izveštaja koji je sačinila državna komisija bila je odluka vlade države Maharaštre da ugovor raskine zbog nedostatka transparentnosti pri njegovom zaključenju, odsustva konkurentskog mehanizma pri izboru izvođača radova, velikih troškova projekta i visokih tarifa za naplatu isporučene električne energije.¹⁰ Kao posledica raskida ugovora kompanija „Enron” je preko kompanije „Dabol Pauer” (eng. *Dabhol Power Company*) podnela tužbu arbitraži u Londonu, koja je bila nadležna prema odredbama arbitražne klauzule, sadržane u ugovoru. Bez obzira na to što je arbitražni postupak započeo i uveliko bio u toku, kompanija „Enron” je otvoreno izrazila spremnost da ponovo pregovora sa drugom ugovornom stranom. Ponovni pregovori su započeli na jesen 1995. godine, a okončani su avgusta 1996. godine, saglašavanjem kompanije „Enron” da povuče tužbu

7 Qurashi, Z. A. al, 2005, Renegotiation of International Petroleum Agreements, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 4, p. 291.

8 Ovo nije izolovan slučaj u kojem je došlo do pokretanja pregovaračkog procesa i njegovog vođenja uporedo sa formalnim arbitražnim postupkom. Sličan tok je imao slučaj *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/04/2, Order, March 16, 2006, iznet pred arbitražu ICSID centra 2006. godine, kao i nekoliko postupaka vođenih protiv Argentine, Bolivije i Ekvadora. Navedeno u UNCTAD, 2010, *Investor – State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York, Geneva, p. 97.

9 Salacuse, J., 2000, Renegotiating International Project Agreements, *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, Issue 4, p. 1349.

10 Salacuse, J., 2000, p. 1351.

podnetu arbitraži u Londonu.¹¹ Prethodno je zajednički dogovoren tekst amandmana kojim je izvorni ugovor izmenjen. Tokom celog pregovaračkog procesa radovi na projektu su bili suspendovani, a nastavljeni su tek nakon što su odbačene sve tužbe koje su u međuvremenu podneli razni radnički savezi, javne interesne grupe i aktivisti, a kojih je bilo dvadeset i pet pred indijskim sudovima, radi zaustavljanja projekta.¹²

Pomenuti slučaj je ilustrativni primer da je vođenje ponovnih pregovora blagotvoran proces. Tokom ponovnih pregovora je preporučljivo da ugovorne strane nastave da postupaju u dobroj veri i izvršavaju svoje ugovorne obaveze, čak i u slučaju kada je uporedo sa procesom ponovnog pregovaranja započet i neki drugi formalni postupak rešavanja nastalog spora. Ukoliko ugovorne strane veruju da su razlike koje postoje među njima premostive, bilo bi pogrešno da potpuno prestanu sa sprovođenjem ugovora ili da počnu sa rušenjem onoga što su do tada izvršile. Time bi pokazale neprijateljski stav prema drugoj strani i gotovo sigurno zatvorile vrata za eventualno sporazumno rešenje nastalih poteškoća i nastavak realizacije započetog projekta.

OSLOBOĐENJE DELA UGOVORNIH OBAVEZA TOKOM PONOVIH PREGOVORA

Na prvi pogled se čini da je sve jasno u hipotetičkoj situaciji u kojoj je ugovor o stranim investicijama još uvek punovažan, a ugovorne strane su u toku njegovog sprovođenja započele pregovarački postupak. Pre nego što su ponovni pregovori otpočeli, ugovorne strane nisu iskazale neslaganje sa svojim ugovornim obavezama, nisu obavestile jedna drugu da raskidaju ugovor, niti su zvanično otpočele arbitražni ili sudski postupak. One su samo započele ponovne pregovore u cilju izmene nekih delova ugovora. Pod ovakvim okolnostima, logično bi bilo da ugovorne strane nastave da u dobroj veri i dalje u celini ispunjavaju svoje ugovorne obaveze.

Uvažavajući činjenicu da ugovor i dalje postoji u svom punom obimu, ne može biti prenebregnuta okolnost da je došlo do određenog narušavanja odnosa ugovornih strana. Samo iniciranje ponovnih pregovora ukazuje na to, budući da ponovni pregovori po pravilu ne bi bili pokrenuti, da jedna ili obe ugovorne strane u određenoj meri nisu nezadovoljne onim što dobijaju od ugovora. Kada bi postojao harmoničan odnos, ugovorne strane ne bi imale potrebu da ponovo pregovaraju. Ponovni pregovori se pokreću kada strani investitor i država prijema investicije smatraju da im

11 Salacuse, J., 2000, p. 1353.

12 Salacuse, J., 2000, p. 1354.

pripada više od onoga što trenutno dobijaju kao rezultat doslednog poštovanja svojih obaveza. Pokretanjem ponovnih pregovora stvara se stanje određene neizvesnosti u pogledu dalje sudbine ugovora, njegovog sprovođenja i svojstva ugovornih strana. To ne mora biti slučaj, ali može predstavljati signal nezadovoljstva ugovornih strana. Pomenuto nezadovoljstvo uvek može prerasti u izjavu o raskidu ugovora, a time i otpočinjanje sudskog ili arbitražnog postupka rešavanja spora.

U određenim slučajevima su zahtevi, pa čak i naredbe, da se pristupi ponovnim pregovorima o i dalje važećem ugovoru praćeni otvorenim ili prikrivenim pretnjama, uključujući i intervencije vlade države prijema investicije ili države porekla investitora, eksproprijacije i usporavanje sa ispunjenjem ugovornih obaveza.¹³ Ugovor i dalje formalno proizvodi dejstvo, ali se stvara atmosfera u kojoj se može očekivati preduzimanje jednostranog akta jedne od ugovornih strana, kojim će prava druge strane biti povređena. Pod ovakvim okolnostima ugovorna strana ne zna da li i dalje da nastavi sa doslednim sprovođenjem ugovora ili da preduzme mere u cilju zaštite imovinskih prava i da se spremi na arbitražni postupak. S tim u vezi bi trebalo razmisliti o prostoru za primenu neke vrste privremene mere, kojom se strane ugovornice oslobađaju dela svojih obaveza tokom ponovnih pregovora.

Za primer se može uzeti ugovor o koncesiji, kao jedna vrsta ugovora o stranim investicijama. Prilikom izrade ugovora o koncesiji, ugovornim stranama se preporučuje da obavezno u sadržinu ugovora uključe klauzule koje u osnovi daju prednost sporazumno rešavanju spornih pitanja, pre nego direktno obraćanje sudskoj ili arbitražnoj instanci.¹⁴ Jednom od preporučenih ugovornih klauzula formira se ekspertska panel, sastavljen od stručnjaka za tehnički, ekonomski i pravni aspekt konkretnog sektora u kom se koncesija realizuje.¹⁵ Ukoliko su među ugovornim stranama sporna samo tehnička pitanja, ne mora da se formira ceo panel, već je dovoljno da to bude jedan stručni pojedinac.¹⁶ Zadatak obrazovanog ekspertskeg panela je da, u slučaju pokretanja ponovnih pregovora ili zvaničnog sudskog ili arbitražnog postupka, donese odluku koja bi se sprovodila na privremenoj osnovi, dok se ne postigne konačan dogovor ili ne donese konačna odluka.¹⁷ Shodno ugovorom datim ovlašćenjima, ekspertska panel može da oslobodi jednu ili obe ugovorne strane određenog dela obaveze

13 Salacuse, J., 2000, p. 1336.

14 Guasch, J. L., 2004, *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*, The World Bank, Washington D.C., p. 134.

15 Guasch, J. L., 2004.

16 Guasch, J. L., 2004.

17 Guasch, J. L., 2004.

za vreme dok traje pregovarački proces. Doneta odluka je provizornog karaktera i ona prestaje da proizvodi dejstvo onog trenutka kada se ponovni pregovori okončaju. Važno je napomenuti da ugovorna strana može odlukom nezavisnog ekspertskeg panela biti privremeno oslobođena dela svojih ugovornih obaveza samo ukoliko za to postoje opravdani razlozi. Dužnost je ekspertskeg panela da se pri donošenju svoje odluke rukovodi isključivo stručnim kriterijumima i stanjem u kom se nalaze ugovorne strane. Nacionalna zakonodavstva najčešće predviđaju okolnosti kao što su opasnost od nastupanja nenadoknadle štete, opasnost protivpravnog oštećenja, opasnost da će naplata potraživanja biti osujećena ili znatno otežana.¹⁸ Reč je o okolnostima čije postojanje je potrebno konstatovati da bi nadležni organ, bio on ekspertski panel, sud, arbitražni tribunal ili neki drugi organ, doneo rešenje koje jednu ili obe ugovorne strane oslobađa dela ugovornih obaveza na privremenoj bazi. Ukoliko bi ekspertski panel utvrdio da navedene činjenice postoje, mogao bi da na njima zasnuje svoju odluku o privremenom oslobođenju jedne strane ili obeju ugovornih strana dela ugovornih obaveza. Od suštinske važnosti je naglasiti da je oslobođenje privremenog karaktera, da traje do završetka ponovnih pregovora i da će konačnu odluku doneti saglasne ugovorne strane.

Umesto formiranja nezavisne ekspertske komisije koja bi odlučivala o privremenom oslobođenju od dela ugovornih obaveza, ugovorom o stranim investicijama može biti ostavljeno samim ugovornim stranama da postignu dogovor o ovom pitanju. Tokom priprema za pregovarački proces, jedna ugovorna strana može izjaviti da obustavlja izvršenje dela svojih obaveza tokom ponovnih pregovora i za to može navesti opravdane razloge. Druga ugovorna strana se može sa tim saglasiti ukoliko proceni da time njeni interesi neće biti ugroženi ili da nema drugog izbora, zbog veće pregovaračke snage ugovorne strane koja je dala predlog. Najčešće je strani investitor taj od koga država prijema investicije traži, a nekada i zahteva, da se saglasi sa umanjenjem njenih obaveza tokom pregovora.

Kao primer se može navesti slučaj *CMS Gas Transmission v. Argentine Republic*,¹⁹ u kojem je argentinska vlada tražila od gasne kompanije „TGN” (prethodno privatizovane od američke kompanije „CMS”), da privremeno suspenduje usklađivanje obračuna svojih tarifa sa „Cenovnim indeksom američkih proizvođača nafte i gasa” (eng. *US Producer Price Index – US PPI*).²⁰ Uzrok upućivanja predloga da se tokom ponov-

18 Videti članove 439. i 451. Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 55/14 i član 449. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/15 i 106/16.

19 ICSID, no ARB/01/08, Award of 12 May 2005.

20 Douglas, Z., 2009, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, p. 431.

nih pregovora privremeno umanje obaveze argentinske vlade, koje je ona imala na osnovu ugovora o licenci datoj kompaniji „TNG”, bila je teška ekonomska kriza koja je doživela svoj vrhunac u Argentini početkom 2000-ih godina. Uz predlog, argentinska vlada je obećala da će nadoknadi stranom investitoru ono što je izgubio, nakon što prođu otežane finansijske okolnosti. Međutim, ekonomska kriza u Argentini se još više produbila, tako da je investitor bio prinuđen da se za zaštitu svojih prava obrati arbitraži ICSID centra.²¹

U navedenom slučaju strani investitor je pristao na privremeno oslobođenje države prijema investicija njenih obaveza iz ugovora o licenci, verujući da će naknadno dobiti adekvatnu kompenzaciju. Može se reći da je i sam investitor bio svestan otežane finansijske situacije koja postoji u državi prijema investicije. Strani investitor zapravo nije imao drugog izbora, osim da se saglasi sa predlogom vlade države prijema investicije. Njegovo nesaglašavanje verovatno bi dovelo do eksproprijacije investicije, uz pozivanje države prijema investicije na hitne okolnosti nužde, otklanjanja opasnosti po nacionalnu bezbednost i očuvanje ekonomske stabilnosti.²²

POTPUNO SPROVOĐENJE UGOVORA TOKOM PONOVIH PREGOVORA

Izvan kruga slučajeva kada postoje opravdani razlozi za privremeno oslobođenje ugovorne strane dela obaveza iz ugovora o stranim investicijama, ponovni pregovori po pravilu ne bi trebalo da imaju uticaj na dalje izvršavanje ugovora. Ugovorne strane bi trebalo da zadrže posvećenost izvršavanju svojih obaveza uz istovremeno aktivno sudelovanje u ponovnim pregovorima. Međutim, da bi mogle da se bezrezervno posvete ponovnim

21 Više o navedenom slučaju videti u Douglas, Z., 2009, pp. 431–436.

22 Država prijema investicije može privremeno da obustavi izvršenje svojih ugovornih obaveza dok uporedo vodi pregovore sa stranim investitorom. Ona se može pozvati na stanje nužde u kojem se nalazi. Međutim, takvo stanje se ne može prihvatiti kao razlog trajnog umanjavanja obaveza države prijema investicije. Arbitraže u svojim odlukama insistiraju na tome da pozivanje države prijema investicije na stanje nužde, kao uzrok povrede ugovornih obaveza prema stranom investitoru, može biti samo privremenog karaktera. Nakon što okolnosti koje su izazvale stanje nužde za državu prijema investicije prođu, ona je obavezna da u razumnom roku izvrši reparaciju prema stranom investitoru. Takav stav je potvrđen i u odluci arbitraže ICSID centra, donetoj u slučaju *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. And LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006. Više o tome videti Francioni, F., 2009, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3, p. 744, footnote 46.

pregovorima, potrebno je da se učvrsti pravna sigurnost ugovornih strana tokom ponovnih pregovora. Bojazan da ugovor neće biti produžen može dovesti do manjeg zalaganja ugovornih strana pri ispunjenju ugovornih obaveza i prelaska njihove usredsređenosti sa ugovora na očekivane događaje po prestanku dejstva ugovora. Da bi ponovni pregovori uopšte imali priliku da uspeju, neophodno je obezbediti pravnu sigurnost ugovornih strana tokom pregovora i izričito naglastiti da ugovorne obaveze i dalje ostaju u punom obimu.

U cilju otklanjanja svake nedoumice u pogledu pravnog dejstva ugovora o stranim investicijama tokom ponovnih pregovora, poželjno bi bilo da ugovorne strane u samom ugovoru izričito navedu da će nastaviti sa doslednim izvršavanjem ugovornih obaveza u punom obimu tokom ponovnih pregovora.²³ Ukoliko jedna ili obe ugovorne strane ne žele da u ugovor o stranim investicijama implementiraju odredbu kojom se obavezuju na dosledno izvršavanje ugovora tokom ponovnih pregovora, to se može shvatiti kao signal namere da se izbegne ispunjenje ugovornih obaveza. Pored ugovora o stranim investicijama, ugovorne strane mogu zaključiti sporazum, u formi aneksa osnovnog ugovora ili u formi odvojenog sporazuma, kojim će regulisati svoje obaveze tokom ponovnih pregovora. Ovim sporednim sporazumom se definiše plan ponovnih pregovora i obezbeđuje se da ugovorne strane još jednom učvrste svoju privrženost doslednom sprovođenju obaveza iz ugovora o stranim investicijama.

Pored prethodno navedenog, još jedno od mogućih rešenja je da se pred započinjanje pregovaračkog procesa dostavi bankarska garancija koja će biti aktivirana u slučaju da jedna od ugovornih strana obustavi izvršenje svojih obaveza tokom ponovnih pregovora. Reč je o garanciji za dobro izvršenje posla (eng. *performance bonds*) koja se najčešće traži od stranog investitora pri zaključenju ugovora sa državom prijema investicije. Garancije za dobro izvršenje posla, koje su dobile veoma važan status u modernom privrednom poslovanju, naročito u građevinarstvu i međunarodnoj prodaji robe, ostvaruju ulogu efikasne zaštitne mere protiv neispunjenja, neadekvatnog ispunjenja ili zakasnelog ispunjenja ugovornih obaveza.²⁴ Ukoliko podnošenje garancije za dobro izvršenje posla nije bilo postavljeno kao uslov pri zaključenju ugovora o stranim investicijama, pokretanje

23 Dobar primer ugovorne odredbe koja otklanja svaku neizvesnost po pitanju daljeg sprovođenja ugovora tokom ponovnih pregovora je član 6. Ugovora o izgradnji i održavanju naftovoda Baku–Tbilisi–Čejhan. Navedeno u UNCTAD, 2004, *State Contracts: UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, United Nations, New York and Geneva, p. 6.

24 Andrews, G. M., Millett, R., 2000, *Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, London, p. 481.

postupka ponovnog pregovaranja je prilika da država prijema investicije zatraži od stranog investitora dostavljanje takve garancije.

Na pravnoj sigurnosti, kao univerzalnom postulatu ne samo ugovornog prava već i modernih pravnih sistema, insistira se i u aktima međunarodnog investicionog prava. Kao primer se može navesti član 6.2.3 stav 1 UNIDROIT Principa za međunarodne trgovačke ugovore (eng. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) koji omogućava pokretanje ponovnih pregovora uz pozivanje na višu silu. Stav 2 navedenog člana izričito kaže da „*zahtev za ponovnim pregovorima sam po sebi ne daje pravo ugovornoj strani koja se na višu silu poziva, da obustavi izvršenje svojih ugovornih obaveza*”. Ovim je nedvosmisleno ustoličeno pravilo da pokretanje ponovnih pregovora ujedno ne sadrži ovlašćenje ugovorne strane, koja ponovne pregovore pokreće, da prestane sa izvršavanjem svojih ugovornih obaveza.

ZAKLJUČAK

Međunarodno investiciono pravo se nalazi u fazi dinamične promene. Sve su veći i učestaliji konflikti između različitih društvenih grupa čiji se interesi često prepoznaju kao suprotstavljeni. Multinacionalne kompanije, nacionalne države, nevladine organizacije i druge formalne i neformalne grupe imaju svoja očekivanja od stranih investicija, koja često nisu međusobno usaglašena.²⁵ Brižljivo oblikovani ugovori o stranim investicijama predstavljaju sredstvo usaglašavanja interesa, želja i potreba subjekata međunarodnog investicionog prava. U sklopu ugovora o stranim investicijama, klauzula ponovnog pregovaranja prepoznaje se kao ključni element ostvarivanja očekivane koordinacije interesa. Ponovnim pregovaranjem se otvara put za opstanak ugovora o stranim investicijama u slučaju kada promena eksternih okolnosti koje deluju na investiciju u velikoj meri otežava poziciju ugovornih strana. Otpočinjanjem ponovnih pregovora i njihovim vođenjem u dobroj veri, stvara se prilika da država prijema investicije i strani investitor nastave sa izvršavanjem ugovornih obaveza.

Međutim, ponovni pregovori ne smeju biti zloupotrebjeni i iskorišćeni kao paravan za izbegavanje postojećih ugovornih obaveza. Dosledno ispunjavanje preuzetih ugovornih obaveza predstavlja standard na kom se mora insistirati, kako bi se stvorili preduslovi za uspeh ponovnih pregovora. Uz postojanje određenih izuzetaka kao što je privremeno oslobode-

25 O aktuelnim promenama i otporima u međunarodnom investicionom pravu videti Sornarajah, M., 2015, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, pp. 389–420.

nje dela ugovornih obaveza, glavni zadatak ugovornih strana je da tokom ponovnih pregovora preduzmu sve neophodne mere kako bi nastavili sa sprovođenjem ugovora. Čak i u slučaju kada dođe do pokretanja sudskog ili arbitražnog postupka, potrebno je da, ukoliko se uporedo vode ponovni pregovori, ugovorne strane ne ruše ono što su do tada uradile na osnovu ugovora jer nije izvesno kako će se ponovni pregovori okončati, a u tom smislu je moguće da ugovor o stranim investicijama opstane i da se u skladu s tim nastavi sa njegovim sprovođenjem.

LITERATURA

1. Andrews, G. M., Millett, R., 2000, *Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, London.
2. Chern, C., 2015, *Dispute Boards: Practice and Procedure*, 3rd edition, Taylor & Francis.
3. Cvetković, P., 2015, *Pravo javno privatnih partnerstava*, Pravni fakultet u Nišu.
4. Dolzer, R., Schreuer, C., 2008, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press.
5. Doonan, E., Foster, C., 2000, *Cavendish Legal Skills Series: Drafting*, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, Sydney.
6. Douglas, Z., 2009, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press.
7. Francioni, F., 2009, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3.
8. Guasch, J. L., 2004, *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*, The World Bank, Washington D.C.
9. Holden, R., Malani, A., Renegotiation Design by Contract, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 81, 2014, p. 153, 154.
10. Mitchell, C., 2007, *Interpretation of Contracts: Current Controversies in Law*, Taylor & Francis, London and New York,
11. Salacuse, J., 2000, Renegotiating International Project Agreements, *Fordham International Law Journal*, Vol. 24, Issue 4.
12. Sornarajah, M., 2015, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press.
13. Qurashi, Z.A. al, 2005, Renegotiation of International Petroleum Agreements, *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, No. 4.
14. UNCITRAL, 1988, *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, United Nations, New York.
15. UNCTAD, 2004, *State Contracts: UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, United Nations, New York and Geneva.
16. UNCTAD, 2010, *Investor – State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York, Geneva.

17. UNCTAD, Franck, D. S., Joubin-Bret A. (eds.), 2011, *Investor – State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, held on 29 March 2010 in Lexington, Virginia, USA, United Nations, New York and Geneva.

PRAVNI IZVORI

1. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/15, 106/16.
2. Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 55/14.

SUDSKE ODLUKE

1. ICSID, *CMS Gas Transmission v. Argentine Republic*, no. ARB/01/08, Award of 12 May 2005.
2. ICSID, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. And LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, no. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006.
3. ICSID, *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, no. ARB/04/2, Order of 16 March 2006.

FOREIGN INVESTMENT CONTRACT STATUS DURING THE RENEGOTIATION OF HOST STATE AND FOREIGN INVESTOR

Dušan Dubajić

SUMMARY

Contracts concluded between foreign investors and investment host state are the main instruments used to promote foreign investment, regulate and normative design them. An important element of the contract on foreign investments is a renegotiation clause, which allows the investment host state and foreign investor to start renegotiation, after the contract has been concluded. This paper attempts to point out the impact of renegotiations on the obligations of the parties under the contract on foreign investments. Though the renegotiation contributes to maintaining contract in force, it may be perceived as a sign that there are significant difficulties in contract enforcement. Giving a notion to start renegotiations can have a powerful psychological effect on the counterparty to which the request is addressed. Mentioned notion can be understood as a sign that the contract will soon be breached. Therefore, it is necessary to provide clear assurance that the implementation of contract will continue during the re-

negotiation. The primary objective of the study is to highlight the fact that the renegotiations can not be understood as an alibi to avoid contractual and other obligations arising from foreign investment. In addition, in this paper there will be pointed out at a certain exceptions from the principle of consistent implementation of the contract during the renegotiation. The aforementioned exceptions must be restrictively interpreted and applied with full control.

Key words: foreign investment, contracts, renegotiation clause, renegotiation, contract status

Dostavljeno Redakciji: 13. marta 2017. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 20. juna 2017. god.