

др Александар ЂИРИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу
др Предраг ЦВЕТКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

НАЧЕЛО ПУНЕ ЗАШТИТЕ И СИГУРНОСТИ СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ*

Резиме

Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције подразумева обавезу државе у коју се улаже да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем одређених мера. У пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да се деловање наведеног начела ограничава на заштиту од физичког насиља: ширење на заштиту од правног насиља значило би преклапање са начелом правичног и једнаког третмана. Заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима инвеститора, државе домаћина и конкретне инвестиције. Питање критеријума утврђивања да ли је у конкретном случају прекршен стандард пуне заштите и сигурности је у јуриспруденцији и пракси инвестиционих арбитража повезано са критеријумима разумности и дужне пажње. У литератури и арбитражној пракси преовладава став да обавеза државе да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности има природу обавезе средства, а не обавезе резултата. Наведени приступ заснива се на претпоставци да примена FPS принципа не сме да има за резултат да држава даје „осигурање“ страном инвестору за сваки могући губитак.

Кључне речи: *принцип пуне заштите и сигурности, ICSID центар, дужна пажња.*

I Општа разматрања

Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције (*Full Protection and Security*, даље и: *FPS*) подразумева обавезу државе у коју се улаже

(даље и: држава домаћин) да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем, уз дужну пажњу, разумних мера.¹ Обавеза државе да заштити инвестицију од физичког угрожавања није апсолутна: њено поштовање или кршење се процењује у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима државе домаћина и инвеститора. Супротно гледиште имало би за последицу да наведени стандард представља „полису осигурања“ за страног инвеститора од било каквог (потенцијалног или стварног) наношења штете страног инвестицији.²

Из природе наведеног начела произилази закључак о његовој примени само на постинвестициону фазу, када је инвестиција већ учињена или је у поступку имплементације. Само таквој инвестицији потребно је гарантовати заштиту и правну сигурност, с обзиром да инвеститор у прединвестиционој фази није трансферисао капитал у државу домаћина.³

* Рад је настао у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

1 Стандард пуне заштите и сигурности има своје корене у традиционалној пракси међународних споразума Сједињених Америчких Држава. Вид. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 149.

2 Принцип заштите и правне сигурности инвестиција лежи у основи одредби инвестиционих законодавстава и међународних извора о експропријацији, односно условима вршења експропријације и обавези и начинима исплате надокнаде за експроприсану имовину. Стога има мишљења да се овим начелом само наглашава дужност коју је држава домаћин већ преузела, обавезујући се на вршење експропријације под тачно одређеним условима и уз исплату одговарајуће компензације. Вид. Rudolf Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 60.

3 Реализација страних инвестиција обухвата две фазе: прединвестициону (*pre-establishment phase*) и постинвестициону (*post-establishment phase*). У прединвестиционој фази држава одлучује да ли ће, и под којим условима, допустити инвестирање на својој територији. Постинвестициона фаза, пак, почиње када је инвестиција одобрена. Обе наведене фазе се суштински међусобно разликују у односу на питање третмана, али и заштите страних инвестиција. Инвестиција у постинвестиционој фази (фази реализације и експлоатације) изложена је ризицима и „талац“ је државе домаћина. Држава је, пак, са своје стране дужна да поштује одређена начела третмана инвестиције коју је охрабрила или допустила. Инвестиција у прединвестиционој фази има потпуно другачији третман. Држава домаћин покушава да привуче улагаче, који врше апроксимацију својих пословних интереса и (не) одлучују се за улагање у зависности од резултата процене. Вид. више у: Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007, 56.

Принцип заштите и сигурности инвестиције усвојен је у изворима међународног права страних инвестиција (даље и: *МИИП*),⁴ билатералним споразумима о заштити инвестиција (*Bilateral Investment Treaties*, даље и: *BITs*),⁵ као и у споразумима који обавезују Републику Србију.⁶ Начело заштите и правне сигурности за страну инвестицију садржи и Закон о улагањима Републике Србије.⁷

Формулације *FPS* принципа варирају. Негде се говори само о „заштити“ (без придева „пуна“ – *full*) или се говори о „сталној заштити“ (*constant protection*) инвестиције. Такође, поједине формулације најпре наводе сигурност, а тек онда заштиту као обавезу државе домаћина. Наведене варијације не утичу на измену суштине принципа. Ради се о начелу којим се у светлу конкретних околности установљава обавеза државе домаћина да предузима активне мере за заштиту инвестиције од штетних ефеката. Штетни ефекти могу да проистекну из акција државе домаћина или трећих лица.

-
- 4 Међународно право страних инвестиција се од стране теоретичара дефинише као „скуп норми међународног порекла којима се уређују транснационална улагања капитала и са њим повезане делатности приватних предузетника, као и модалитети заштите имовине страног инвеститора“. Ludwig Gramlich, *Rechtsgestalt, Regelunstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, Baden-Baden, 1984, 45. Норме МИИП-а резултат су међуигре „различитих економских, политичких и историјских фактора који га перманентно обликују“. Muthucumaraswamy Sornaraja, *The International Law on Foreign Investments*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2010, 6. Како је међународно право у целини резултат решавања супротстављених националних, пословних или социјалних интереса, међународно право страних инвестиција представља илустрацију наведеног развоја, посматрано пре свега кроз визуру сукоба држава извозница и држава увозница капитала. Међународно право страних инвестиција као резултат ових конфликата је модел како међународно право настаје, при чему се стандарди и опште (*open-ended*) формулације користе са циљем правног решавања конфликта држава. Позитивистички приступ међународном праву страних инвестиција није прихватљив, јер не узима у обзир значајне политичке импликације и сукобе интереса на које утичу правила којима се уређују стране инвестиције. Стога се међународно право страних инвестиција има посматрати као интердисциплинарно поље у коме се аргументи формирају и бране како правним, тако и механизмима и појмовима из области економије и политичких наука. Тумачење начела пуне заштите и сигурности којим се установљава одређени стандард поступања са страним инвестицијама има се посматрати у горе наведеним оквирима.
- 5 Вид. моделе *ВИТ* Аустрије (чл. 2 ст. 2), Данске (чл. 3 ст. 1), Холандије (чл. 3 ст. 1), Велике Британије (чл. 2) и Немачке (чл. 4 ст. 1).
- 6 Вид. нпр. споразуме СЦГ са БиХ (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/2002, чл. 2 ст. 2), Хрватском (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 12/2002, чл. 3 ст. 1), Турском (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/2001, чл. 2 ст. 2).
- 7 „Улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем“. Вид. Закон о улагањима, *Службени гласник РС*, бр. 89/15, чл. 5.

II Карактеристике начела пуне заштите и сигурности

1. Заштита физичког интегритета

У пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да се деловање *FPS* начела ограничава на заштиту од физичког насиља: ширење на заштиту од правног насиља значило би уплив у деловање принципа правичног и једнаког третмана (*Fair and Equitable Treatment*; даље и: *FET* принцип).⁸ Тако је арбитража која је поступала у спору *Saluka Investments v. Czech Republic* заузела став да се „стандард пуне заштите и сигурности примењује када је страна инвестиција угрожена грађанским немирима или физичким насиљем ... (С)тандард пуне заштите и сигурности нема за циљ да обезбеди заштиту од било каквог угрожавања инвестиције, већ да спречи нарушавање физичког угрожавања физичког интегритета инвестиције”.⁹ Такође, у одлуци у спору *Suez v. Argentine Republic* *ICSID* арбитража је интерпретацију која би принцип пуне заштите и сигурности проширила на начин који укључује и обезбеђење правне сигурности квалификовала као неодговарајућу. Став *ICSID* арбитраже¹⁰ у конкретном случају је био да би наведена интерпретација резултирала

8 Више о начелу правичног и једнаког третмана вид. Peter Muchlinski, „Caveat investor? The relevance of the conduct of the investor under the fair and equitable treatment standard“, *International and Comparative Law Quarterly*, 3/2006, 527-558.

9 Вид. одлуку у спору *Saluka Investments v. Czech Republic* (2006), пар. 483-484. Одлука је доступна на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>, 25.4.2016.

10 Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава – *ICSID* конвенција, (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), доступна на адреси: www.worldbank.org, 25.4.2016, уређује поступак решавања спорова државе домаћина и страног инвеститора. Конвенција је настала шездесетих година прошлог века, у време ескалације конфликта између развијених држава и земаља у развоју у односу на третман и заштиту иностраног капитала. Њоме је основан Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (*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. Центар је основан под окриљем Светске банке, чиме се обезбеђује и неопходно правно-политичко залеђе. 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. Конвенцију је ратификовало 150 држава (на дан 26.11.2015). СР Југославија потписала је Конвенцију 31. јула 2002. године, а ратификовала је 2006. године Законом о ратификацији Конвенције, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006).

„преклапањем са другим стандардима инвестиционе заштите“, пре свега са стандардом правичног и једнаког третмана.¹¹

2. Критеријуми утврђивања повреде обавезе поступања утврђене *FPS* принципом

Утврђивање да ли је у конкретном случају дошло до повреде обавезе државе домаћина да са страном инвестицијом поступа у складу са начелом пуне заштите и сигурности захтева сагледавање понашања држава коришћењем одређених критеријума. У судској и арбитражној пракси решавања инвестиционих спорова преовладава став да заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима инвеститора, државе домаћина и конкретне инвестиције. Тако је у спору *Asian Agricultural Products, Ltd. v. Republic of Sri Lanka (AAPL)* арбитража сматрала да билатерални споразум на који се позивао тужилац (реч је о споразуму између Велике Британије и Шри Ланке о заштити и третману страних инвестиција) не даје основ за закључак да су државе уговорнице имале намеру да *FPS* стандардом наметну објективну одговорност државе домаћина за нарушавање физичког интегритета и безбедности инвестиције. Став арбитраже *a contrario* је да би наведена интерпретација (која би установила објективну одговорност државе домаћина за нарушавање физичког интегритета) била оправдана уколико би се таква намера детектовала у припремним документима који су претходили наведеном билатералном споразуму. Арбитража је сматрала да је обавеза заштите и сигурности у би-

11 Видети: *Suez v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, пар. 174 (July 30, 2010). Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>, 25.4.2016. У појединим одлукама арбитража има елемената који указују на могућу екстензију примене начела пуне заштите и сигурности изван поља физичке заштите инвестиције (видети излагање *infra* II 2а о ставу арбитраже у спору *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*). Наведена екстензија води преклапању *FPS* начела са *FET* принципом (при чему се ради о различитим стандардима) што може да има за резултат нејасноћу у погледу питања које критеријуме ангажовати за квалификовање понашања државе домаћина као противног обавези преузетој одговарајућим међународним споразумом (најчешће билатералним споразумом о заштити и третману страних инвестиција): критеријуме за утврђивање кршења принципа пуне заштите или сигурности или оне који се примењују у циљу утврђивања кршења принципа правичног и једнаког третмана.

латералном споразуму у питању претпоставила само „дужну пажњу“¹² у заштити инвестиције, а не апсолутну гаранцију да до повреде неће доћи.¹³

У истом смислу, трибунал који је поступао у спору *ELSI* заузео је позицију да „упућивање на ... обезбеђивање сталне заштите и сигурности не може да се конструише као гаранција да имовина у било којим околностима неће бити заузета или предмет узнемиравања“.¹⁴ Такође, *ICSID* арбитража која је поступала у спору *Tested v Mexico* прихватила је овај приступ уз следећу формулацију: „Арбитражно веће се саглашава са туженим (Мексико као држава домаћин, примедба аутора) и са наведеним ставовима арбитражне праксе, у смислу да гарантовање пуне заштите и сигурности није апсолутно и не установљава објективну одговорност државе која ову гаранцију пружа“.¹⁵

Из праксе форума пред којима су решавани инвестициони спорови могу се апстраховати два критеријума који су коришћени у функцији квалификовања поступања државе домаћина као супротног обавези поштовања *FPS* стандарда: критеријум разумног поступања и критеријум дужне пажње (*due diligence*).

12 Више о критеријуму дужне пажње видети *infra* II 26).

13 Видети: *AAPL v Sri Lanka*, *ICSID Case No. ARB/87/3*, Award 21 June 1990, *International Legal Materials*, Vol. 30, 1991, 577, пар. 45 et seq. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>, 25.4.2016. Подршку наведеном ставу арбитража је нашла у постулатима садржаним у релевантној јуриспруденцији: „Држава у коју је ушао странац ... није осигураваач нити гарант његове сигурности ... (Н)е може се, и тешко би се могло оправдати, прихватање апсолутне одговорности за све повреде које се нанесу странцу“. Alwyn V. Freeman, „Responsibility of States for Unlawful Acts of their Armed Forces“, *Recueil des cours, Hague Academy of International law*, Vol. 88, 1955, 276; нав. према: *AAPL v. Sri Lanka*, пар. 49.

14 Видети: *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) case, United States of America v. Italy*, Judgment of 20 July 1989, пар. 108. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/9677.pdf>, 26.4.2016. Поступајући у овом спору, Међународни суд правде сматрао је да захтев за поштовањем принципа пуне заштите и безбедности из Споразума о пријатељству, трговини и поморству између Италије и САД, није гаранција тужиоцу (инвеститору из САД) да ни у ком случају неће бити интервенције државе у односу на његову инвестицију. Суд је сматрао да овај стандард није прекршен реквизицијом коју је италијанска Влада спровела над италијанском компанијом у власништву страног инвеститора, као ни 16-месечним одлагањем правног поступка по његовом захтеву за испитивање оправданости одузимања имовине.

15 Видети: *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v The United Mexican States*, Award, 29 May 2003, *International Legal Materials*, Vol. 43, 2004, 133.1, пар. 177. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>, 26.4.2016.

а) Критеријум разумности

Питање критеријума за утврђивање када је дошло до кршења стандарда правне заштите и сигурности је у јуриспруденцији и пракси инвестиционих арбитража повезано са критеријумом разумности.¹⁶ Илустративни пример чињеничног стања у коме су форуми за решавање инвестиционих спорова примењивали наведени критеријум за просуђивање о одговорности државе за кршење *FPS* принципа јесте одлука арбитраже у спору *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*.¹⁷ Тужилац у овом спору била је компанија из Велике Британије која је инвестирала у производњу енергије у Мађарској. Тужбу је образложио тврдњом да је држава домаћин (Мађарска) прекршила обавезу гарантовања пуне заштите и сигурности утврђену Повељом о енергији (*Energy Charter Treaty – ECT*)¹⁸ тиме што је изменила прописе којима се уређују тарифе које наплаћују произвођачи енергије, што је резултирало финансијским губицима тужиоца.¹⁹ Приликом евалуације захтева тужиоца, арбитража је описала садржину стандарда пуне заштите и сигурности на следећи начин:

„Обавеза обезбеђења сталне заштите и сигурности је обавеза државе да предузме разумне кораке у заштити својих инвеститора (или да омогући инвеститорима да се сами заштите) од насртаја трећих лица или државних органа... И док, у одговарајућим околностима, може да се

16 „Постоји широки консензус да стандард пуне заштите и сигурности не обезбеђује апсолутну заштиту од нарушавања физичког или правног интегритета. У контексту одговорности државе, држава домаћин нема објективну одговорност у погледу спречавања кршења ових обавеза. Уместо тога прихваћено је да држава домаћин мора да покаже дужњу пажњу и да преузме мере којима се штити страна инвестиција а које су разумне у околностима конкретне случаја.“ Нав. према: R. Dolzer, C. Schreurer, 149.

17 Вид. *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23. September 2010, пар. 13.3.1–13.1.5. Текст одлуке је доступан на адреси: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf, 26.4.2016.

18 Повеља о енергији је резултат немогућност реализације идеје о стварању правног инструмента глобалног важења којим би се уредио правни режим страних инвестиција. Стога се јавио секторски приступ: креирање правних докумената чије је дејство *ratione materie* ограничено на одређене секторе привреде. Пример таквог секторалног споразума је Повеља о енергији. Потписана је у Лисабону 1994. године, а на снагу је ступила 1998. године. Повеља је регулаторни међународни оквир за правни третман инвестиција у области енергетике на територијама земаља потписница Повеље. Према информацијама са сајта *ECT* (www.encharter.org; стање од 26. 11. 2015) Повељу су потписале 54 државе, а ратификовало ју је 50 држава (потписале су је али не и ратификовале Аустралија, Норвешка, Белорусија и Руска Федерација).

19 *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, пар. 4.1, 13.1.1–13.1.5.

прошири иза физичке безбедности,²⁰ она се свакако не може проширити на заштиту од права државе (као што је то овде случај) да својим прописима регулише одређено питање на начин који може да има негативан ефекат на инвестицију тужиоца, под условом да се држава понаша разумно у датим околностима и са циљем остваривања објективно рационалних политичких циљева“.²¹ Обавеза пружања пуне заштите и сигурности ограничава се на предузимање „разумних мера превенције која се може очекивати од добро вођене владе у сличним околностима“.²²

Примењујући *FPS* принцип на напред наведени начин, *ICSID* арбитража је одбила тврдњу о повреди принципа пуне заштите и сигурности. Арбитража је нагласила да је Мађарска била слободна да измени своје законе у доброј вери, имајући у виду да се споразумом или на други начин није обавезала да модификује сопствене прописе, кроз стабилизациону клаузулу или на други начин.²³

Оправдање примене критеријума разумности у контексту оцене да ли је држава поступила у складу са обавезом поштовања начела пуне заштите и сигурности лежи у чињеници да су споразуми држава о правном режиму и заштити страних инвестиција (најчешће билатерални споразуми) дугорочни инструменти којима се уређује сложена област страних инвестиција: супротан приступ који би искључио примену принципа разумности у функцији оцене да ли је држава домаћин поступала у складу са *FPS* принципом морао би да почива на нереалној претпоставци о

20 Видети *supra* напомену 11.

21 *AES Summit Generation Ltd. v. Republic of Hungary*, пар. 13.3.2.

22 *Ibidem*, пар. 13.3.1–13.3.3.

23 *Ibidem*, пар. 13.3.4–13.3.6. Стабилизациона клаузула је одредба уговора државе и инвеститора, односно решење садржано у инвестиционом законодавству, којим се држава домаћин обавезује да се накнадне промене легислативе важеће у тренутку закључења уговора не примењују на одредбе уговора државе и страног инвеститора. Тиме се у уговор државе и инвеститора инкорпорира важеће законодавство државе домаћина, те касније измене немају дејство на права, обавезе и одговорности уговарача. Од начина структурирања стабилизационе клаузуле често зависи и њено дејство. Формулација стабилизационе клаузуле мора бити јасна и прецизна, јер суд и арбитража по правилу рестриктивно тумаче вољу државе да се одрекне дела свог легислативног суверенитета. У супротном, стабилизациона клаузула носи потенцијал конфликта, што није у интересу ни државе домаћина, ни страног инвеститора. Вид. више у: П. Цветковић, 34. Чини се да се из наведеног става арбитраже у спору *AES Summit Generation* може основано *a contrario* имплицирати да би у случају да је режим био „стабилизован“ кроз одредбу уговора са страним инвеститором или инвестиционо законодавство, у конкретном случају постојало кршење *FPS* принципа.

„перфекцији садржине и обима информација“ о свим ризицима и могућим споровима на страни држава које ове уговоре закључују.²⁴

О испуњењу критеријума разумности требало би да се просуђује узимајући у виду околности конкретне инвестиције. Наведено просуђивање мора узети у обзир и време када се од државе очекивало понашање у складу са *FPS* начелом: није прихватљиво да се закључак о поступању државе домаћина супротно критеријуму разумности (у контексту утврђивања кршења *FPS* принципа) заснива на *ex post facto* накнадним интерпретацијама стране која тврди да је понашање државе противно начелу заштите и правне сигурности.

б) Критеријум дужне пажње

Критеријум разумности мере као начин опредељења карактера одређене мере државе домаћина у контексту понашања у складу са принципом пуне заштите и сигурности (да ли је држава предузела разумне мере за заштиту физичког интегритета инвестиције) у арбитражној пракси допуњен је критеријумом дужне пажње (*due diligence*). Када се ради о наведеном критеријуму, став јуриспруденције јесте да је његова примена оправдана када се ради о потенцијалној или стварној повреди физичког интегритета коју је учинило треће лице: тада се мере државе у спречавању наведених повреда просуђују у складу са критеријумом дужне пажње. У случају, пак, када је физички интегритет угрожен радњама саме државе или њених еманација, критеријум дужне пажње не може бити основ њеног екскулпирања: држава ће се сматрати одговорном, а критеријум дужне пажње губи функцију.²⁵

Критеријум дужне пажње прихваћен је у пракси решавања инвестиционих спорова који су одлучивали о томе да ли је у конкретном случају прекршена обавеза поступања државе у складу са принципом пуне заштите и сигурности. Тако је арбитража која је поступала у спору *Lauder v. Czech Republic* сматрала да *FPS* стандард „обавезује стране да спроводе дужну пажњу у заштити стране инвестиције на начин који је разуман у датим околностима“.²⁶

24 Вид. Thomas W. Wälde, „Interpreting Investment Treaties“, *International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer* (eds. Christina Binder, Ursula Kriebbaum, August Reinisch, Stephan Wittich), Oxford, 2009, 750.

25 Вид. R. Dolzer, C. Schreuer, 151.

26 Вид. *Lauder v. Czech Republic*, Award, пар. 308. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>, 26.4.2016.

Слично томе, арбитража у спору *Noble Ventures v Romania* након позивања на примену принципа пуне заштите и сигурности, заузела је став да наведени принцип није основ објективне одговорности државе за повреду физичког интегритета, већ да се одговорност државе утврђује кроз примену критеријума дужне пажње.²⁷

У релевантној јуриспруденцији и пракси решавања инвестиционих спорова издвојила су се два критеријума за утврђивање да ли је испуњен услов дужне пажње државе домаћина као претпоставка да није прекршен стандард пуне заштите и сигурности:

а) Први критеријум је знање државе о угрожавању инвестиције. Овај критеријум је објективна претпоставка акције државе и игра значајну улогу у погледу питања да ли је држава поступила у складу са *FPS* принципом и заштитила страну инвестицију. Питање шта је држава знала или морала да зна поводом потребе заштите физичког интегритета инвестиције, а са циљем поступања са „дужном пажњом“, зависи од околности конкретног случаја. Обавеза дужне пажње не претпоставља да би држава требало да има знање о свим, ма како минорним фактима који би могли да утичу на инвестицију. Међутим, када се претња материјализује, држава је обавезна да се са овом претњом носи чим сазна о њеном постојању. Тиме предвидљивост прелази у знање о ризику и његовој материјализацији, а држава долази у позицију да дефинише које су мере неопходне да би се спречиле штетне последице тих ризика. За просуђивање да ли је држава знала или морала да зна о могућности угрожавања физичког интегритета инвестиције, од значаја је и временска динамика стицања знања о околностима које представљају претњу. Одређени грађански немири могу да током времена прерасту у масовне демонстрације, грађанску непослушност манифестовану кроз генералне штрајкове и коначно револуцију у смислу промене режима. Промена у квалитету претње утиче и на квалитет тражене дужне пажње: очекивана дужна пажња државе у почетку цивилних немира је нижег степена него она која се захтева у каснијим фазама њиховог развоја када је могућност угрожавања инвестиције већа. Наведена разлика утиче на питање да ли је држава била одговорна због поступања супротног критеријуму дужне пажње, а у контексту тражења одговора на питање да ли је прекршила обавезу поступања у складу са *FPS* принципом.

27 Вид. *Noble Ventures Inc. v. Romania*, Award, пар. 164. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>, 26.4.2016.

б) Други критеријум је да ли је држава предузимала мере које одговарају контексту инвестиционог односа укључујући правне, економске и социјалне околности државе домаћина и инвеститора. При томе ваља нагласити: чињеница да држава и поред дужне пажње није предвидела наступање околности које угрожавају страну инвестицију, не искључује њену одговорност у погледу обавезе да на одговарајући начин одговори на угрожавање инвестиције као последице догађаја који иначе није могла да предвиди (нпр. револуција или грађански немири). Обавеза државе је да и у овим ситуацијама да показује активну пажњу и учини оно што је могуће (обезбеђивање полицијских снага, расположивост правосудног система и других институција у циљу остваривања права инвеститора, спровођење истраге и слично).

Описани елементи критеријума дужне пажње (активна пажња, знање и предвидљивост) имају се узети у обзир приликом процене да ли је држава поступала у складу са принципом пуне заштите и сигурности инвестиције тиме што је испунила наведени критеријум. Критеријум дужне пажње је испуњен уколико је та пажња била активна, базирана на знању које је држава имала или морала да има у складу са објективним факторима, те заснована на објективној вероватноћи да ће се постојећа претња материјализовати узимајући у обзир време у коме је држава требало да реагује. Ниво пажње државе би се могао одредити са аналогijом принципа *diligentia quam in suis*: обавеза државе у односу на степен пажње мора да коренспондира са оним што има на располагању као суверен.

У арбитражној пракси је такође заступљен горе наведени став: очекивања инвеститора у погледу испуњења обавезе државе домаћина да поступа у складу са *FPS* принципом показујући дужну пажњу у погледу заштите стране инвестиције морају да се ускладе са *in concreto* околностима инвестиције у питању. Пример наведеног приступа је став *ICSID* арбитраже у спору *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*.²⁸ Предмет спора била је имовина страног инвеститора уништена током грађанских немира 1997. године у Албанији узрокованих пропашћу банкарског система. Арбитар појединац поставио је питање: да ли одговорност државе која је сиромашна може да буде барем делом стављена у пропорцију са њеном економском ситуацијом и стањем

28 Вид. *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21. Текст одлуке је доступан на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>, 26.4.2016.

институција?²⁹ Одговор на ово питање био је позитиван: аргумент арбитра био је да страни инвеститор у држави са неразвијеном институционалном инфраструктуром не може да очекује да добије транскрипт свих изјава датих у административним поступцима. Са друге стране, институционални недостаци или економске тешкоће не могу да буду оправдање арбитражног понашања државе домаћина према страном инвеститору.³⁰ Чини се да је граница утицаја *in concreto* околности на одговорност државе за кршење принципа поступања са страним инвестицијама, укључујући и *FPS* принцип постављена на следећи начин: наведене околности су релевантне уколико не негирају сам принцип.³¹

3. Обавеза поштовања *FPS* принципа: обавеза средства или обавеза резултата

Као што је већ речено, евалуација акције државе у погледу *FPS* стандарда води закључку да заштита инвестиције не може да буде гарантована апсолутно, већ у складу са датим економским, социјалним и политичким околностима конкретне инвестиције.

29 *Ibidem*, пар. 76.

30 *Ibidem*.

31 Анализирајући обавезу државе да у конкретном случају, поступајући у складу са *FPS* принципом, пружи заштиту страном инвеститору, арбитар појединац је упоредио примену овог принципа са принципом забране ускраћивања правде (*denial of justice*). Степен обавезе државе домаћина да поступа у складу са принципом забране ускраћивања правде не може да буде условљен *in concreto* околностима који у њој владају: правни систем и његове карактеристике резултат су вођеног процеса и свесног избора државе током дужег временског периода. Ради се, дакле, о карактеристикама које су у диспозицији државе: држава их може развијати или занемаривати. Држава је одговорна за штету коју је страни инвеститор претрпео због неиспуњења државе да се понаша у складу са принципом забране ускраћивања правде, без обзира на то шта је узрок за изостанак поштовања наведеног принципа. Наведени приступ је подстицај државама да, у циљу избегавања сопствене одговорности у односу на стране инвеститоре, унапреде функционалност сопствених институција. Са друге стране, кршење обавезе државе домаћина да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности настаје као резултат непредвиђених околности (грађанских немира, револуција) које би јака држава могла ефикасно да контролише (показујући „дужну пажњу“), док би економски и институционално инфериорне државе имале тешкоће у стављању наведених догађаја под контролу. Изједначавање држава у овом смислу (и игнорисање *in concreto* околности државе домаћина) нема подстицајни значај као што је то случај код принципа забране ускраћивања правде: тешко је замислити одлуку којом се установљава одговорност државе због чињенице што је пропустила да унапред донесе планове поступања са непредвиђеним околностима непознате магнитуде који наступају на непознатим локацијама. То је по мишљењу арбитра појединца управо био случај у спору у питању. Видети: *Ibidem*, пар. 76.

У литератури и арбитражној пракси учињена је разлика у погледу природе обавезе државе домаћина, и то на следећи начин: да ли се обавеза државе да поступа у складу са принципом пуне заштите и сигурности има сматрати обавезом средства или обавезом резултата. Као што је већ наведено, у пракси решавања инвестиционих спорова прихваћен је став да примена принципа *FPS* не сме да има за резултат да држава даје „осигурање“ страном инвестору за сваки могући губитак.³² У том смислу, чини се да је природа обавезе државе пре обавеза средства, него обавеза резултата. Описани приступ прихваћен је и у студији *UNCTAD*-а у којој се на следећи начин признаје наведена карактеристика *FPS* принципа:

„И док није обавеза у смислу обавезе резултата, установљена је обавеза напора у смислу добре вере у циљу заштите имовине страног лица... стога овај принцип (принцип пуне заштите и сигурности, оп. аут.) мора да се разуме као динамичан стандард. Он обезбеђује награду држави домаћину за политичку стабилност, и обавезу државе домаћина да осигура да било каква нестабилност нема негативан ефекат на страног инвеститора, чак и када мере таквог осигурања иду изнад мера којима се штите домаћи инвеститори“.³³ Држава, дакле, мора користити најбоље напоре да би спречила и контролисала штету нанету инвестицији или инвеститору, те казнила стране које су штету учиниле или имале намеру да је учине.³⁴

Са друге стране, у арбитражној пракси има ставова да у конкретним околностима, обавеза државе домаћина да гарантује пуну заштиту и сигурност мора да се квалификује као обавеза резултата. Пример описаног приступа је став садржан у издвојеном мишљењу једног од арбитра у случају *ELSI* (где је Италија као држава домаћин одузела имовину страног инвеститора):³⁵

„...Конкретни предмет обавезе да се арбитрарне или дискриминаторне мере не примењују на корпорације је јасно утврђен. Ипак, појединачне мере за остваривање ове обавезе нису дефинисане. Стога се обавеза из

32 Видети излагање *supra* у тач. II 2.

33 UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, United Nations, 2005, 40-41.

34 Вид. Riccardo Pisillo-Mazzeschi, *State Responsibility in International law* (ed. R. Provost), Ashgate/Dartmouth, 2002, 114.

35 Вид. *supra* напомену 14.

чл. 1 чини не обавезом средства, већ обавезом резултата, као што обавезе које се тичу заштите странаца и њихових права уобичајено јесу“.³⁶

Арбитар који је издвојио мишљење осврнуо се на питање које је својевремено било сматрано разлогом за подривање значаја поделе обавеза на обавезе средства и обавезе резултата. Ради се о питању да ли је акција државе примарни разлог за настанак одређене ситуације или је одређена ситуација разлог за акцију коју је предузела држава:

„Може се, дакле, сматрати да би, чак и у одсуству реквизиције предузећа, ELSI банкротирао. Ово је суштински закључак италијанских судова и поступајућег арбитражног већа. Али наведени закључак не узима у обзир чињеницу... да би у случају да реквизиција није била наметнута као што јесте наметнута ELSI-ју, овај био у стању да материјализује и располаже са више имовине него што је то у стварности учинио, чак и када би, у одређеном тренутку, ELSI можда био обавезан да оде у банкротство“. Издвојено мишљење, дакле, почива на претпоставци да Италија не може бити ослобођена одговорности за повреду права страног инвеститора позивањем на разлоге засноване на административној и судској процедури: кршење међународно преузете обавезе од стране државе којом се захтева да оствари, средствима по свом избору, конкретан резултат настаје уколико усвојеним начином понашања држава не оствари резултат који је дефинисан овом обавезом.³⁷ Стога је став арбитра који је издвојио мишљење у случају ELSI да је обавеза државе обавеза резултата: само се тиме гарантује да ће инвеститор у сплету развоја околности бити у стању да материјализује третман пуне заштите и сигурности.

У контексту свега горе наведеног, сагледавање обавезе државе да поступа у складу са FPS принципом као обавезе резултата било би престрога: са друге стране, прихватање природе ове обавезе као обавезе средства мора бити праћено одговарајућом проценом стварних могућности државе да пружи заштиту страном инвеститору, узимајући у обзир при томе чињеницу да је држава као суверен претпостављено у могућности да обезбеди наведену заштиту: *onus probandi* супротног става (изостанак могућности државе да заштити страну инвестицију) не би смео да лежи искључиво на инвеститору. Задатак инвестиционих арбитража је да од државе домаћина захтевају да оправда чињеницу изостанка испуњења обавезе поступања у складу са принципом пуне заштите и сигурности.

36 *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI), (United States of America v Italy)* ICJ, Decision rendered on 20 July 1989, *ICJ Reports*, 1989, 117.

37 *Ibidem*, 121.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

Predrag CVETKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

PRINCIPLE OF FULL PROTECTION AND SECURITY OF FOREIGN INVESTMENTS

Summary

The principle of full protection and security of foreign investment establishes the obligation of the home state to protect foreign investment from physical endangerment. In the case law of investment disputes' settlement prevails the view that the scope of the said principle is limited to the protection of physical violence: extending the scope of full protection and security principle to the issue of the providing the legal certainty for foreign investor would lead to overlapping of FPS principle with the scope of principle of fair and equitable treatment as the standard of treatment applicable to foreign investment. Protection of investment as defined by FPS principle cannot be guaranteed in absolute terms: it should be provided in accordance with given circumstances of economic, social and political nature attached to investor, host country and investment itself. In order to define the threshold for the breach of host state obligation to provide the treatment of foreign investment in accordance with FPS principle, relevant jurisprudence and case law applied the criteria of reasonableness and due diligence. As regard the nature of obligation of host state to act in accordance with FPS principle, in legal literature and case law is prevalently accepted the view that the state's obligation is the obligation of the means (as opposed to the obligations of the result). The described approach is based on the assumption that the application of the FPS principle should not have as the expected result the „insurance“ of the investor from any possible loss it may occur to concrete investment.

Key words: *full protection and security principle (FPS), ICSID center, due diligence.*