

Душан ДУБАЈИЋ, мастер права
студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Нишу

ФУНКЦИЈЕ РЕВИЗИОНЕ КЛАУЗУЛЕ У УГОВОРИМА О СТРАНИМ ИНВЕСТИЦИЈАМА*

Резиме

Стране инвестиције, као главни облик прекограничног кретања капитала, најчешће се реализују на основу уговора. Уговорни облици који се користе за нормативно уобличење страних инвестиција варирају од уговора о концесијама, затим уговора о истраживању и експлоатацији нафте, гаса и руда до joint venture уговора. Разноликост уговорних облика указује на чињеницу да је област уговорног регулисања страних инвестиција веома обимна и разноврсна. Из тог разлога, научно утемељено и поуздано сагледавање поменуте области може бити остварено, уколико се пажња посвети њеним парцијалним деловима. Следствено томе, предмет анализе у овом раду је ревизиона клаузула и функције које остварује у уговорима о страним инвестицијама. У раду је указано на неколико основних функција ревизионе клаузуле, које се могу окарактерисати као њене примарне функције. С тим у вези би требало имати у виду да квалитетно формулисана ревизиона клаузула може остваривати и друге функција мањег значаја. Циљ рада је да кроз функционални приказ укаже на важност ревизионе клаузуле, не само за уговоре о страним инвестицијама, већ и за међународно инвестиционо право у целини.

***Кључне речи:** стране инвестиције, уговори, ревизиона клаузула, поновно преговарање, функција.*

I Нов квалитет културе уговарања код уговора о страним инвестицијама

Уговори о страним инвестицијама, познати и као дијагонални споразуми, су правним пословима које одликује низ специфичности. Не-

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, број 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

ке од њих се односе на чињеницу да се уговори о страним инвестицијама закључују између приватних компанија са једне стране и јавно–правних тела државе пријема инвестиције са друге стране.¹ Поред тога, уговори о страним инвестицијама се реализују током дугог временског периода, током којег се екстерне околности које утичу на позицију уговорних страна могу променити.² Материјална улагања која настају на основу ових уговора су изузетно велике вредности, а самим тим су и ризици који утичу на исплативост инвестиције значајни.³ Коначно, уговори о страним инвестицијама немају само економску и правну димензију, као што је то случај са већином других уговора. Ови уговори са собом носе незанемарљив политички утицај, с обзиром на то да за предмет често имају располагање природним богатствима.⁴ Следствено томе, ефекти уговора о страним инвестицијама се преносе на ширу друштвену заједницу, која може имати велику корист, али и потенцијално велику штету.

Претходно наведене специфичности уговора о страним инвестицијама, налажу да се при изради и спровођењу ових уговора мора одступити од традиционалних образаца понашања, карактеристичних за уговорно право. Бројни изазови утемељују схватања према којима класични приступ уговорних страна које се концентришу само на себе и своје потребе и очекивања од уговора, није одржив и да је неопходно изградити један нов квалитет културе уговарања. Код уговора о страним инвестицијама неопходно је знатно више координације, сарадње и солидарности уговорних страна, што може бити постигнуто само уколико се перцепција културе уговарања промени. Ревизиона клаузула подразумева да уговорне стране приступе поновним преговорима када наступе околности дефинисане као покретач или „окидач“ за поновне преговоре, као и да поновне преговоре воде у доброј вери. Као саставни део новог квалитета културе уговарања, који ревизиона клаузула у уговорима о страним инвестицијама доноси, у наставку ће бити указано на њену функцију очувања уговора, затим на функцију усклађивања интереса уговорних страна, као и на функције координације деловања и промоције сарадње уговорних страна.

-
- 1 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, 72.
 - 2 Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2010, 39.
 - 3 Colin White, Miao Fan, *Risk and Foreign Direct Investment*, Palgrave Macmillan, 2006, 128.
 - 4 Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 214.

II Очување уговора (лат. *in favorem contractus*)

Због природе уговора, уговорних страна, интереса које ангажују и дугог периода током којег се реализују, опстанак уговора о страним инвестицијама често бива доведен у питање. Поновни преговори нарочито могу бити корисни за уговор о страним инвестицијама и могу обезбедити његов опстанак, у приликама када се чини да су односи између уговорних страна тешко нарушени. Повезаност уговора о страним инвестицијама и поновних преговора је препозната и од стране релевантних међународних институција. У циљу опстанка закљученог уговора о страним инвестицијама, усвојени су међународни акти који захтевају од уговорних страна да воде поновне преговоре. Као пример се може навести Нацрт кодекса УН о поступању са транснационалним компанијама (енгл. *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*) из 1983. године⁵ и Нацрт кодекса УН о трансферу технологије (енгл. *Draft United Nations Code on the Transfer of Technology*) из 1985. године. Другопоменути Нацрт садржи нешто детаљнију обавезу уговорних страна да у циљу очувања уговора „учествују у поновним преговорима, покажу одговорност према економским и социјалним развојним циљевима државе пријема технологије, очувају правичну и часну пословну праксу, доставе затражене релевантне информације, као и да очувају поверљивост информација током преговора“.⁶

Како би ревизиона клаузула заиста остварила своју функцију очувања уговора о страним инвестицијама, неопходно је да буде адекватно састављена. Ревизиона клаузула мора бити прецизна, а уједно и довољно широко постављена, како би обухватила све околности које настану. Формулисање ревизионе клаузуле која поседује ове квалитете тражи време, стручност, сарадњу и координисано деловање појединаца који раде на састављању уговора. Велика вредност уговора тражи улагање великих временских и људских ресурса. Из тог разлога, у изради уговора о страним инвестицијама учествују тимови правних експерата, ангажовани од обеју уговорних страна. Током свог рада они могу произвести више на-

5 У члану 11. се наводи да: „Преговори о уговорима између влада и транснационалних компанија би требало да се воде, а њихово тумачење обавља у доброј вери. У таквим уговорима, нарочито оним дугорочним, ревизиона или клаузула поновног преговарања би требало да буде укључена у сваком случају. У одсуству такве клаузуле и када дође до суштинске промене околности на којима је уговор заснован, транснационалне компаније би требало да, у доброј вери, сарађују са владом државе пријема инвестиције на ревизији и поновном преговарању уговора.“

6 Поглавље 5.

црта уговора, да би се на крају, заједно са представницима уговорних страна, определили за онај који највише одговара њиховим жељама и потреби очувања уговора.⁷

Као пример добро структуриране ревизионе клаузуле, која остварује функцију очувања уговора о страним инвестицијама, може послужити међудржавни инвестициони споразум закључен 1999. године између Азербејџана, Грузије и Турске, а којим је уређен инвестициони подухват изградње и одржавања Баку – Тбилиси – Цејхан гасовода.⁸ Чланом 6. анализаног споразума најпре се образује мешовита Међувладина Комисија за спровођење уговора (енгл. *Intergovernmental Implementation Commission*). Према 2. ставу предметног члана, задатак Комисије је да „створи консултативни простор за владе држава учесница и инвеститоре пројекта, затим да пружи брзу и ефикасну асистенцију при имплементацији гасоводног пројекта, као и да у доброј вери решава сваку компликацију, питање, проблем или спор који могу настати у вези са споразумом или да размотри било које питање повезано са тумачењем, применом и спровођењем споразума.“ Ова одредба је значајна и може послужити као водич за друге уговараче, с обзиром да је довољно широко дефинисана тако да омогући ревизију и поновне преговоре о одређеним елементима уговора.⁹

Поновни преговори се код уговора о страним инвестицијама могу искористити и као средство којим се отклањају озбиљни недостаци уговора. Постоје виђења према којима се поновним преговорима омогућава опстанак уговора о страним инвестиција, тешко оштећеног корупцијом. Овакво становиште заступају Решке-Кеслер и Готвард¹⁰ као и Фернандез-Арместо¹¹ и Кулик.¹² Санкционисање уговорне стране која је нудила мито, поништење уговора и одређивање правичне накнаде штете за уговор-

7 Elmer Doonan, Charles Foster, *Cavendish Legal Skills Series: Drafting*, 2nd edition, Cavendish Publishing, London, Sydney, 2000, 44–47.

8 Текст споразума доступан је на: <http://www.caspiandevlopmentandexport.com/Downloads/BTC/Eng/amt4/amt4.PDF>, на дан 17. 01. 2017. године.

9 UNCTAD, *State Contracts*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 2004, 26.

10 Hilmar Raeschke-Kessler, Dorothee Gottwald, „Corruption“, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (eds. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer), 2008, 584–616.

11 Juan Fernández-Armesto, „The Effects of Positive Finding of Corruption“, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (eds. Domitille Baizeau, Richard H. Kreindler), ICC Publication No. 768E, International Chamber of Commerce, 2015, 167–174.

12 Andreas Kulick, „*Global Public Interest in International Investment Law*“, Cambridge University Press, 2012, 331, 332.

ну страну која није одговорна, уобичајено је решење чија примена се практикује у случајевима корупције. Међутим, уговори о страним инвестицијама су у овом погледу посебни, имајући у виду да се њима уређују односи уговорних страна у оквиру пројектно специфичне инвестиције. Проналажење начина на који би инвестиција била одржана, било би пожељно због важности уговора за ширу друштвену заједницу, као и због спречавања покушаја државе пријема инвестиције, одговорне за корупцију, да буде изузета од одговорности.¹³ Поновни преговори или директна адаптација коју би обавио суд, у оваквим случајевима могли би да се искористе у наведену сврху.¹⁴

Законитост адаптације уговора о страним инвестицијама од стране арбитраже може бити доведена у питање. Адаптација уговора о страним инвестицијама може бити законита уколико су испуњена два услова. Први услов односи се на дозвољеност адаптације оваквог уговора према одредбама меродавног права за уговор.¹⁵ Други услов се тиче могућности да се идентификују прецизни елементи и услови, који су могли бити уговорени, да није било корупције.¹⁶ Уколико претпоставимо да су оба услова испуњена, адаптација уговора од стране арбитражног трибунала, представља корисно средство којим се одстрањују ефекти корупције за убудуће, уз задржавање корисних ефеката уговора.¹⁷ Уколико меродовано право не дозвољава арбитражи да изврши адаптацију уговора, или уколико арбитража није у стању да то учини, поновни преговори су једини механизам кроз који уговор може опстати. Уговорна страна која није одговорна за корупцију, може од арбитражног трибунала да тражи да досуди новчану надокнаду, а да након тога започне поновне преговоре са другом страном. Преговори би се у том случају обављали изван арбитражног поступка или у оквиру неког од савремених поступака, које нуде Међународна трговинска комора (ICC) и Комисија УН за међународно трговинско право (UNCITRAL).¹⁸

III Усклађивање интереса уговорних страна

Уговорне стране су носиоци уговорног односа и његови су примарни модератори. Свака од њих покушава да, током трајања уговора,

13 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 597.

14 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 598, 599, 600.

15 J. Fernández-Armesto, 171.

16 J. Fernández-Armesto, 171.

17 J. Fernández-Armesto, 171.

18 H. Raeschke-Kessler, D. Gottwald, 599.

успостави примат својих интереса и виђења како би уговор требало да изгледа. Када се говори о равноправности интереса уговорних страна и потреби њиховог усклађивања, мисли се на јавни и приватни интерес који су ангажовани. Уговори о страним инвестицијама су специфични због учешћа државе или неког другог јавно–правног тела као уговорне стране. Задатак државе је да се стара о заштити и пуном афирмисању јавног интереса, као интереса шире друштвене заједнице. Наспрам јавног интереса постоји приватни интерес страног инвеститора. Дуализам интереса уговорних страна, представља примарну разлику између уговора о страним инвестицијама и класичних трговинских уговора.

Држава пријема инвестиције јесте најчешће уговорна страна у уговорима о страним инвестицијама. Поред ње то могу бити органи јединица локалне самоуправе и привредни субјекти у већинском или значајном државном или јавном власништву. Поред своје улоге уговорне стране, поменути ентитети остварују улогу заштитника јавног интереса. Њихов задатак је да се руководе оним што је у најбољем интересу шире заједнице грађана које представљају и пред којима носе одговорност за своје поступке. Старање о заштити јавног интереса у области страних инвестиција превазилази појединачне државе и све више постаје карактеристично за регионалне и међународне организације. Тако су, уз позивање на циљеве социјалне правде, кохезије и заштите права потрошача, у прописима у овој области, донетим на нивоу Европске уније, инкорпорисана ограничења либерализације страних инвестиција.¹⁹ Ограничења служе остваривању циљева јавних политика.²⁰ Упоредо са стварањем идеје о потреби увођења ограничења за стране инвестиције, сличних трговинским ограничењима у систему Светске трговинске организације, Европска унија подржава развој и примену средства којима се остварује равнотежа између инвестиционих циљева и захтева јавних политика.²¹ Функционални систем неприсилног, стручног и равноправног адаптирања закључених уговора о страним инвестицијама, Европска унија види као средство успостављања поменуте равнотеже и подстиче његову изградњу.

Требало би имати у виду да се иза изјава о потреби одржавања равнотеже интереса, крије чињеница да, тако жељену равнотежу није лако остварити.²² Једном када предузме заштитне мере у јавном интересу,

19 Angelos Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford University Press, 2011, 234.

20 A. Dimopoulos, 234.

21 A. Dimopoulos, 236.

22 M. Sornarajah, 223.

држава пријема инвестиције почиње да умањује значаја начела заштите страних инвестиција.²³ Под оваквим околностима, главну конкуренцију поновним преговорима између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, као средству уравнотежења јавног и приватног интереса, представља арбитражно поступање. Поред несумњивих предности, арбитражно решавање конфликта носи одређене недостатке, када је реч о проналажењу праве мере између различитих интереса. Препуштање арбитражима да пронађу неопходну равнотежу не ствара потпуну сигурност. Наведено с обзиром на чињеницу да би арбитражни трибунали, требало да се ослањају на субјективну перцепцију тога да ли се заштитне мере државе пријема инвестиције могу применити.²⁴ Субјективни доживљаји неких апстрактних вредности, као што је јавни интерес, стварају ситуације у којима има доста прилика да се арбитражи оптуже за пристрасност.²⁵ Уговорним регулисањем страних инвестиција и вођењем поновних преговора када је то неопходно, искључују се прилике за изношење оваквих оптужби, оптужби које подривају саме темеље међународног арбитражног система. Током поновних преговора, свака од уговорних страна је свесна чињенице да се друга страна руководи својим субјективним виђењем околности и да је пристрасна када је реч о својим интересима. Поновни преговори не стварају никакву сумњу, они су транспарентни, у њима се зна да свака од уговорних страна највише цени своје интересе и то је управо оно што страну инвестицију може да одржи. Представници државе пријема инвестиције су свесни да за страног инвеститора, не постоји ништа важније од заштите капитала који је уложио. Са друге стране, заступници страних инвеститора су веома добро упознати са тим, да је за државу пријема инвестиције очување јавног интереса апсолутни приоритет. Обострана свест о значају субјективних циљева уговорних страна, прераста у логичан закључак да је неопходно постићи компромис и да се не може до краја истрајавати на максималном задовољењу сопствених захтева.

IV Координација деловања уговорних страна

Вођење поновних преговора у уговорима о страним инвестицијама промовише координисано деловање државе пријема инвестиције и страних инвеститора. Неопходно је да координација постоји од самог

23 M. Sornarajah, 223.

24 M. Sornarajah, 223.

25 M. Sornarajah, 224.

формирања уговора, како би се ревизиона клаузула уопште нашла у уговору о страним инвестицијама. Започета координација се наставља иницирањем поновних преговори, када стране уговорнице морају постигнути сагласност како би поновни преговори били покренути. Координација достиже врхунац током поновних преговора, када је обавезна како би се постигао договор уговорних страна. Након постизања договора креће се са његовом имплементацијом, опет уз подразумевану координацију деловања уговорних страна. Ревизиона клаузула захтева координацију између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, током четири ступња адаптације уговора. Њен изостанак на неком од ова четири ступња адаптације уговора, онемогућава успех преговора и води судском или арбитражном решавању спора.

Када је реч о односу између мултинационалних компанија и држава, теорија „промене равнотеже снага“ или теорија „превазиђености преговора“, како се још назива, умањује значај координације током поновних преговора. Поменута теорија, која се развила почетком 1970–их година, уочава да је дошло до дистрибуције преговарачке снаге од мултинационалних компанија према државама пријема инвестиција.²⁶ Суштина наведене теорије састоји се у уочавању специфичног трансфера преговарачке снаге, коју на почетку реализације инвестиције поседује мултинационална компанија.²⁷ Током развоја инвестиције, развојни процес повећава могућности државе пријема инвестиције да приступи иностраним тржиштима и новим технологијама.²⁸ Овим се подижу капацитети домаћих компанија и оне се доводе у позицију у којој су у стању да врше притисак на стране инвеститоре.²⁹ Из наведеног разлога, компаније које инвестирају на страним тржиштима, не могу бити отворене за координисано деловање заједно са владом државе пријема инвестиције. Мања преговарачка снага којом ови субјекти располажу у односу на државу пријема инвестиције, према становишту поменуте теорије, искључује успостављање координације. Теорија „превазиђености преговора“ не види поновне преговоре као средство остваривања координације, због подређеног положаја мултинационалних компанија у односу на државе пријема инвестиције.

26 Thomas Andersson, *Multinational Investment in Developing Countries: A Study of Taxation and Nationalization*, Routledge, 1991, 39.

27 T. Andersson, 39.

28 T. Andersson, 39.

29 T. Andersson, 39.

Становишта према којима координација деловања уговорних страна у уговорима о страним инвестицијама није могућа, због неједнаког распореда преговарачке снаге, морају бити узета са резервом. Решење за нарушене уговорне односе између државе пријема инвестиције и страног инвеститора, не може бити примена радикалне Калво доктрине и њој случајних, које државе у развоју настоје да реafirмишу. Такође, време је показало да није могуће наставити са бескомпромисним спровођењем неолибералних идеја и апсолутном заштитом интереса доминантних мултинационалних компанија. Све наведено указује на то да се идеални режим страних инвестиција, уколико заиста постоји, може пронаћи негде између претходно наведених режима, можда у тзв. „трећем путу“ у међународном инвестиционом праву.³⁰ Поред две могућности које се састоје у допуњавању постојећих либералних билатералних инвестиционих споразума (даље и BITs), нормама о правима држава пријема инвестиција и обавезама страних инвеститора (комплентарни приступ), односно о одговорности страних инвеститора (консолидовани приступ),³¹ постоји и трећа могућност. Ради се о враћању на уговорно регулисање страних инвестиција,³² и његову афирмацију, али овога пута засновану на другим премисама. Једна од основних јесте перманентна координација уговарача која би се обављала на редовној бази, уз потпуну размену информација,³³

30 Wenhua Shan, „Calvo Doctrine, State Sovereignty and the Changing Landscape of International Investment Law“, *Redefining Sovereignty in International Economic Law* (eds. Wenhua Shan, Penelope Simons, Dalvinder Singh), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, 303.

31 W. Shan, 303.

32 Уговорно регулисање страних инвестиција је дуго била пракса и једини облик нормативног уређења прекограничног инвестирања капитала. Са порастом броја, интензитета и вредности страних инвестиција, закључивање појединачних уговора са страним инвеститором, бива све више потиснуто BITs – овима, закљученим између државе пријема капитала и државе порекла капитала. Пораст боја закључених BITs – ова, у односу на појединачне уговоре о страним инвестицијама, узроковала је чињеница да уговорни спорови нису покривени BITs–ом, осим уколико држава пријема инвестиције не предузме противправну радњу која превазилази кршење саме уговорне обавезе. Наведено у Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010, 347. Непридржавање уговора о страним инвестицијама од државе пријема инвестиције, не представља уједно и кршење закљученог BITs–а, осим ако BITs не садржи тзв. „кишобран клаузулу“ (енгл. *umbrella clause*), која сваку повреду уговора о страним инвестицијама изједначава са повредама меродавног BITs–а.

33 Информациона асиметрија представља велику препреку успостављања пуне координације уговорних страна. Непоседовање кључних информација ствара код једне уговорне стране погрешну представу о позицији друге стране, што се одражава на сам уговорни однос. Долази до стварања неповерења и преиспитивања веродостојности сваког податка, добијеног од друге уговорне стране.

редуковање максималистичких захтева, развој обостраног поверења и превазилажење антагонизма између држава у развоју и мултинационалних компанија. Уговори о страним инвестицијама који поседују наведене карактеристике, могу подједнако штити интересе државе пријема инвестиција и страног инвеститора, чак и више него ВITs–ови.³⁴ Поред тога, формулисање уговора о страним инвестицијама на принципу координације деловања уговорних страна шири области у којима се ови уговори закључују, а самим тим шири и области сарадње страних инвеститора и држава пријема инвестиција.³⁵ Све наведено указује на то да је коришћење отворених прилика за ревизију уговора, први корак ка успостављању координације и њеној изградњи, а самим тим и формирању „трећег пута“ у међународном инвестиционом праву.

У Промоција сарадње уговорних страна

Ниво сарадње који ће уговорне стране испољити током поновних преговора, условљен је тиме шта представља алтернативу поновним преговорима. Колики ће степен сарадње уговорне стране током поновних преговора показати, зависи и од тога које су алтернативе уговарача у односу на успех поновних преговора. Очекивања уговорних страна од поновних преговора су у значајној мери обликована тзв. „најбољом алтернативом испреговараном уговору“ (енгл. *Best Alternative To a Negotiated Agreement – BATNA*), коју свака уговорна страна има претходно конструисану.

34 Овакви уговори могу бити прихватљивији облик заштите права страних инвеститора у односу на ВITs–ове, с обзиром да пружају гаранције да ће бити остварена обећања специфичног правног посла, у односу на уопштену заштиту, по принципу „једна величина одговара свима“ (енгл. *one-size-fits-all*), која је типична за ВITs–ове. Наведено према: Jason Yackee, „Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment“, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows* (eds. Karl P. Sauvant, Lisa E. Sachs), Oxford University Press, 2009, 382.

35 Одговарајући квалитет уговора о страним инвестицијама утиче на то да се они не закључују само у областима као што су експлоатација природних ресурса и инфраструктурне концесије. Све више их користе страни инвеститори који послују у области високотехнолошке производње. Тако на пример компанија „Интел“ (енгл. *Intel*) инсистира на закључењу писаног уговора о страним инвестицијама са државом пријема инвестиције пре реализације инвестиције. Видети: Debora Spar, *Attracting High Technology Investment: Intel's Costa Rican Plant*, Foreign Investment Advisory Service Occasional Paper No. 11, The World Bank, Washington D.C., 1998, 11.

Да ли ће уговор бити и очуван зависи од тога каква је *BANTA*. Ову кованицу су формулисали теоретичари права, Фишер и Ури.³⁶ Упростиће-но речено, представља мере које ће уговорне стране предузети, у случају уколико не постигну договор.³⁷ Поменути теоретичари користе фразу „најбоља алтернатива“, из разлога што у већини ситуација постоји пуно алтернатива, а преговарачка стратегија зависи од упознатости са тим која је од њих најбоља.³⁸ У суштини, свака уговорна страна која се припрема за рунде поновних преговора, мора размотрити најмање три питања:

1. „најбољу алтернативу испреговараном уговору“ (*BATNA*);
2. оно што представља најгори могући договор, тзв. „резервисана цена“ или „цена одустанка од даљих преговора“ (енгл. „*reservation*“, „*walk away price*“);
3. шта представља најбољи могући договор?³⁹

„Цена одустанка од даљих преговора“ и „најбољи могући договор“ уско су повезани са *BATNA*. „Цена одустанка од даљих преговора“ представља минимум до којег је једна уговорна страна у поновним преговорима спремна да иде.⁴⁰ Одражава доњу границу користи коју једна уговорна страна очекује да оствари од уговора, након завршетка поновних преговора. Што се ова корист приближава „цени одустанка од преговора“, пропорционално се смањује степен сарадње који је уговорна страна у преговорима вољна да испољи. Сваки резултат поновних преговора који је испод поменуте „цене“, према мишљењу уговорних страна, сматра се лошим и као такав их не обавезује.

„Најбољи могући договор“ између државе пријема инвестиције и страног инвеститора би требало тражити у оквиру „зоне могућег договора“ (енгл. the „*zone of possible agreement*“ – *ZOPA*).⁴¹ Реч је о распону могућих уговорних модификација, које задовољавају очекивања уговорних страна, с тим што је степен тог задовољства различит. Негде у тој зони се налази „најбољи могући договор“, као и договор који у мањој мери одго-

36 R. Fisher, W. L. Ury, *Getting to Yes: Negotiating an agreement without giving in*, Penguin Books, New York, 1991, наведено у: Jeanne M. Brett, *Negotiating Globally*, 2nd edition, John Wiley and Sons, 2007, 11.

37 J. M. Brett, 11.

38 J. M. Brett, 12.

39 Klaus Peter Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Vol. II: Handbook*, Kluwer Law International, 2006, 63.

40 K. P. Berger, 65.

41 K. P. Berger, 65.

вара очекивањима уговорних страна, али је ипак прихватљив. У овој зони је простор за остваривање сарадње уговорних страна највећи. Било би пожељно да уговорне стране испоље максимум својих напора на постизању договора, када процене да су поновни преговори ушли у ову зону.

Ослањање на доступне алтернативе поновним преговорима није увек могуће. Веровање у припремљену BATNA је оправдано докле год је она независна у односу на BATNA друге уговорне стране. Када се каже да су њихове BATNA независне, мисли се на ситуацију у којој ни једна уговорна страна не може негативно да утиче на BATNA друге стране.⁴² Одустанак државе пријема инвестиције или страног инвеститора од даљих преговора, јесте пример независне алтернативе. Међутим постоје случајеви у којима уговорне стране немају слободу да се окрену својој најбољој алтернативи, која би се састојала од простог одустанка од даљих преговора.⁴³

Алтернатива поновним преговорима може бити: покретање судског или арбитражног поступка пред надлежним форумом; коришћење услуга медијатора; дипломатска заштита и интервенција државе порекла инвеститора; активирање купљене полисе осигурања; и друго. Неке од наведених алтернатива се могу спровести уз одржање уговора на снази, док улазак у друге алтернативе подразумева и привремено суспендовање даље реализације инвестиције, а можда и трајну обуставу спровођења инвестиционог пројекта. Поред тога расположиве алтернативе нису савршени инструменти заштите интереса, нити државе пријема инвестиције нити страног инвеститора. Оне поседују бројне недостатке и у својој основи траже од уговорних страна да модификују или чак редукују своје захтеве. Ради се о самој суштини ових алтернатива, која одговара суштини поновних преговора. Уз то, поновни преговори, уколико нису резултат притисака, поседују извесну предност, која се не може приписати наведеним алтернативама. Предност се огледа у томе што поновни преговори и сама динамика преговарачког процеса, стварају повољну атмосферу међу учесницима да је договор могућ и да се до њега може доћи, уколико се обострано испољи виши ниво сарадње.

42 J. M. Brett, 12.

43 J. M. Brett, 12.

Dušan DUBAJIĆ, M.A.

PhD candidate at the Faculty of Law University of Niš

THE FUNCTIONS OF RENEGOTIATION CLAUSE IN FOREIGN INVESTMENT CONTRACTS

Summary

Foreign investments as the main form of cross-border movement of capital are usually implemented on the basis of the contract. Contract forms used for normative shaping of foreign investments vary from concession contracts, then the contract for the exploration and exploitation of oil, gas and ores up to a joint venture contract. The variety of contractual forms point out the fact that the area of contracting regulation of foreign investment is very extensive and varied. For this reason, scientifically based and reliable overview of mentioned area can be achieved, if attention is paid to its partial parts. Consequently, the subject of analysis in this paper is the renegotiation clause and its functions exercised in the foreign investment contract. The paper points to several basic functions of the renegotiation clause, which can be characterized as its primary functions. In this connection, it should be borne in mind that quality worded renegotiation clause can fullfile other functions as a minor character. The aim of this study is that, throught functional view, point to the importance of the renegotiation clause, not just for foreign investment contracts, but also for the international investment law in its entirety.

Key words: *foreign investments, contracts, renegotiation clause, renegotiation, function.*