

**Душан Дубајић\***, М.А.  
Студент докторских студија,  
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1775275D

UDK: 339.727.22

Рад примљен: 24.01.2017.  
Рад прихваћен: 15.03.2017.

## **ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ И ПОНОВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У УГОВОРИМА О СТРАНИМ ИНВЕСТИЦИЈАМА\*\***

**Апстракт:** Страни инвеститори, били они и моћне мултинационалне компаније, суочавају се са значајним ризицима по сигурност свог капитала увек када инвестирају у иностранству. Постоји више начина за алокацију и ублажавање тих ризика, а један од могућих је закључење дугорочних уговора о инвестирању са владом државе пријема инвестиције, тзв. дијагоналних споразума. Дијагонални споразуми имају значај инструмента алокације инвестиционих ризика, при чему њихов учинак може бити умањен. Конкретно, у поступку реализације стране инвестиције, на позиције уговорних страна делују променљиве економске, политичке, социјалне и друге околности. Дејство тих околности је толико изражено да доводи у питање целисходност останка при уговору, како за страног инвеститора тако и за државу пријема инвестиције. Немогућност уговорних страна да на прихватљив начин амортизују промене околности током реализације уговора генерише конфликт који доводи у питање опстанак уговора и инвестиције, уз наговештавање будућег судског или арбитражног спора. Инструмент есенцијалног значаја за опстанак уговора између страног инвеститора и државе пријема инвестиције је ревизиона клаузула или клаузула поновног преговарања (енг. *renegotiation clause*). Активирањем ревизионе клаузуле покрећу се поновни преговори између страног инвеститора и државе пријема инвестиције. У овом раду пажња је посвећена околностима које покрећу поновне преговоре, обавезама уговорних страна током поновних преговора, као и резултатима поновних преговора.

**Кључне речи:** стране инвестиције; уговор; поновно преговарање; ревизиона клаузула; промењене околности; окидач за преговоре; добра вера.

\* [dusandubajic90@gmail.com](mailto:dusandubajic90@gmail.com)

\*\* 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.

## 1. Уводна разматрања

Ревизиона клаузула и питање шта представља и како се активира окидач за преговоре у уговорима о страним инвестицијама, тзв. дијагоналним споразумима, побуђују живу дискусију. У оквиру те дискусије реномирани аутори сучељавају мишљења у жељи да унапреде ову област и пруже потенцијалним уговорним странама најефикасније решење које ће усагласити њихове интересе. Тако, на пример, Готанда сматра да ревизиона клаузула не би требало да буде укључена у уговор уколико се догађај који представља окидач за преговоре налази под контролом једне од уговорних страна (Gotanda, 2003: 1462). Супротно претходном, присутна су мишљења респектабилних аутора који сматрају да одређивање околности које се налазе у домену утицаја државе пријема инвестиције за окидач не представља препреку за успешно вођење преговора, нити прилику за злоупотребе неких споредних процеса (Berger, 2003: 1351).

Чињеница која покреће преговарачки механизам и чини легитимним захтев једне или обе уговорне стране да се са преговорима започне кључни је елемент избалансиране ревизионе клаузуле, а следствено томе и уговора о страним инвестицијама у целини. Може се рећи да је уобличавање окидача за преговоре најважнији и најделикатнији тренутак у предуговорном преговарачком процесу, с обзиром на то да одређује судбину ревизионе клаузуле и судбину уговора о страним инвестицијама. Стабилност конструкције уговора о страним инвестицијама почива на квалитету и стручности дефинисања чињеница, чијим наступањем суштинско преговарање уговорних страна може да започне.

## 2. Промењене околности као окидач за поновне преговоре

На уважавање промењених околности као разлога за покретање преговора о модификацији уговора о страним инвестицијама, поред осталог, утиче и схватање појма уговора у различитим пословним културама. За прихватање адаптације уговора услед промене околности под којима се реализује, од значаја је пословна култура којој припада страни инвеститор, односно пословни менталитет и етика у држави пријема инвестиције. За пример се могу навести америчка и јапанска култура као парадигме ширих западних и источних цивилизацијских блокова. Док за Американце потписивање уговора представља тзв. „затварање“ посла, за Јапанце потписивање уговора има другачије значење, а то је почетак или отварање новог односа (Salacuse, 1991: 60). Уколико уговорне стране сматрају да приступањем уговору долази до даље еволуције истог односа, тада ће околности које наступе након склапања уговора за њих имати исти значај

као и било која околност пре тога, због чега ће оне представљати и сасвим легитимни покретач преговора.

Уговори о страним инвестицијама представљају пример уговора код ког је неопходно уважити принцип „*gebus sic stantibus*“, односно чињеницу да се не може тражити извршење уговора онако како гласи уколико су се од момента закључења околности битно измениле. Оправдање за примену поменутог принципа представља дугорочни карактер уговора о страним инвестицијама. Што је дужи период спровођења уговора, то је теже да се у време закључења уговора обави алокација будућих ризика (McKendrick, 1995: 307). Поред тога, уговори о страним инвестицијама се закључују у области пружања јавних услуга, водоснабдевања или снабдевања струјом, као и у сектору истраживања и коришћења природних ресурса. Поменуте области су веома специфичне и осетљиве на најмање екстерне поремећаје, политичке утицаје и тржишне потресе. Дугорочна природа уговора о страним инвестицијама, различити интереси јавног и приватног сектора, као и широк распон несигурности које погађају очекивани износ добити и трошкова остварују стресан утицај на уговорни однос између страног инвеститора и државе (Johnson, Volkov, 2013: 363).

Поједини аутори наглашавају значај промењених околности и указују на обавезу арбитража да воде рачуна о њима. Конкретно, Велс и Ахмед износе озбиљне критике на рачун арбитраже између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, мерејући управо велику ригидност и недостатак осећаја за чињеницу да су се промениле околности уговора и политичке околности (Wells, Ahmed, 2007: 283–298). Даље наводе да арбитраже не узимају у обзир ни морални хазард који стварају таквим арбитражним одлукама, обесхрабрујући тиме покушаје страних инвеститора да обезбеде стабилност својих уговора са домаћим државама (Wells, Ahmed, 2007: 283–298).

### ***2.1. Промењене економске околности***

Области у којима су стране инвестиције најучесталије као што је енергетика или инфраструктура су капитално захтевне и често за њихово потпуно финансирање нису довољна финансијска средства којима инвеститор располаже, већ је неопходно ослањање на позајмљене изворе. Из наведеног произилази ослањање инвеститора на банке код којих аплицирају за кредите или банкарске гаранције, што се поставља као услов за квалификовање инвеститора за извођење инфраструктурних радова. Након отпочињања инвестиције за страног инвеститора је кључно да остварује добит, како би био у стању да сервисира дуговања према

финансијерима. Међутим, остваривање добити није унапред одређено и крајње је неизвесно, управо због деловања различитих економских фактора.<sup>1</sup>

Код уговор о страним инвестицијама, као и код свих других уговора који се реализују у дужем временском периоду, од посебног је значаја очување тзв. „економског еквилибријума“. Комисија Уједињених нација за транснационалне компаније је израдила Нацрт кодекса о мултинационалним корпорацијама,<sup>2</sup> који у члану 12 поставља обавезу поновног вођења преговора у случају када је уговорни еквилибријум, који је постојао у време закључења уговора, нарушен фундаменталном променом околности. Преговарање које се обавља након закључења уговора сматра се много осетљивијом техником избегавања спорова и обезбеђења да уговорни однос опстане у контексту промењених економских околности (Sornarajah, 2010: 244).

Очување економског еквилибријума за стране инвесторе постаје значајније и од очувања правне стабилности. Из тог разлога се у поједине дијагоналне споразуме, уместо термина „поновно преговарање“, уноси термин „успостављање економског еквилибријума“.<sup>3</sup>

## **2.2. Промењене политичке околности**

Без обзира што се у први план истичу околности економског карактера, потенцијално већи ризик по опстанак уговора између државе пријема инвестиције и страног инвеститора стварају промене у политичким околностима. Ово из разлога што уговори о страним инвестицијама имају

1 Конкретно, када је реч о страним инвестицијама у енергетском сектору, које су дуго времена биле доминантан облик страних инвестиција, поједини аутори указују да на њихову исплативост утичу околности на екстерном, макро, мезо и микро нивоу. Дејство економских околности доминантно је присутно на екстерном и макро нивоу, док на мезо и микро нивоу значајно већи утицај имају политичке и законодавне околности. Екстрени ниво обухвата колебање цена нафте, чији низак износ у дужем временском периоду чини инвестицију неисплативом. На макро нивоу под дејство економских околности подводе се промене стопе инфлације и валутног курса, као и радње које држава пријема инвестиције предузима ради очувања стабилности платног биланса. Наведено у Bhattacharyya S.C. (2011). *Energy Economics: Concepts, Issues, Markets and Governance*. London: Springer – Verlag. 496, 497.

2 UNCTC. (1988). *Proposed Text of the Draft Code on Transnational Corporations*. E/1988/39/Add.1.

3 Модел уговор о истраживању и производњи нафте Катарa, усвојен 1994. године, у члану 34.12 који је насловљен са „Уговорни еквилибријум“, инсистира на очувању економског еквилибријума. Видети Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. 77.

своју политичку димензију. Нису ретки случајеви када представници новоизабране власти настоје да промене уговоре које су представници претходне државне власти закључили са страним инвеститорима, наводећи као разлог корупцију при закључењу уговора или просто оспоравајући легитимитет претходне власти да предузима такве мере (Sornarajah, 2010: 75). Обећање да ће „преиспитати“ уговоре које је претходна власт закључила често се налази у агенди представника нове политичке власти, нарочито уколико се ради о уговорима којима се располаже националним добрима у корист страног инвеститора или уколико је реч о уговорима велике вредности у области инфраструктуре.

Поред тога, околности политичког карактера се од тренутка закључења уговора о страним инвестицијама могу драматично изменити у том погледу да нестане ентитет са којим је страни инвеститор уговор закључио. Такав случај постоји када се формира нова држава на територији на којој се уговор спроводи. Тада се може отворити простор за конфликт уколико нова држава одбије да прихвати било какву сукцесију уговорних обавеза владе која је претходно имала контролу над том територијом (Sornarajah, 2010: 75).

Приступање држава различитим политичким блоковима такође има значајан утицај на позиције уговорних страна из дијагоналних споразума. Директан пример за то је процес придруживања држава Европској унији и статус билатералних инвестиционих споразума. Билатерални инвестициони споразуми од велике су важности за стране инвеститоре и државу пријема инвестиције. Приказано на примеру Европске уније, усвајањем Лисабонског споразума закључење ових споразума се преноси у надлежност Европске уније, а државама чланицама може бити наложено да уђу у преговоре о измени споразума или њиховог укидања.<sup>4</sup> Тиме се отвара простор за отпочињање преговора државе пријема инвестиције и страног инвеститора, с обзиром да може доћи до измене или укидања билатералног инвестиционог споразума на бази којег је закључен уговор државе и страног инвеститора. Билатерални инвестициони споразуми између двеју држава се јављају као претходница потоњег закључења појединачних уговора са инвеститорима који имају порекло једне од држава чланица споразума. С обзиром да је важан део одлуке страног инвеститора да уђе

---

4 Више о томе видети у Ђирић, А. Цветковић, П. (2014). Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 (LIII). 679 – 696; Burgstaller, M. (2011). The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In Bungenberg, M. Griebel, J. Hindelang, S. (Eds.). European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU Law. Berlin, Heidelberg: Springer – Verlag. P. 55–77.

у уговор, захтев да се приступи преговорима о модификацији уговора услед измене или укидања билатералног инвестиционог споразума био би основан.

За претходно наведену промену околности политичког карактера, непосредну одговорност сноси орган државне власти са којим страни инвеститор има уговорни однос. Страном инвеститору је лакше да се на промењене околности позове, имајући у виду да постоји уговорни однос са субјектом који је директно одговоран за настале промене. Међутим, политичке околности се још драстичније могу променити када је реч о политичким немирима, побунама, револуцијама, актима тероризма, ратовима и другим актима насиља који наступају мимо воље државе пријема инвестиције.<sup>5</sup>

Под оваквим изменама политичких околности, одговорност државе пријема инвестиције и даље постоји, а материјализује се кроз обавезу придржавања начела пуне заштите и сигурности страних инвестиција. Поменуто начело подразумева обавезу државе у коју се улаже да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем, уз дужну пажњу, разумних мера (Ћирић, Цветковић, 2016: 163, 164). Из праксе форума пред којима су решавани инвестициони спорови могу се апстраховати критеријуми разумног поступања и дужне пажње као део обавезе државе да обезбеди пуну заштиту и сигурност страних инвестиција (Ћирић et al. 2016: 168). Непредузимање разумних мера и непостојање дужне пажње код државе пријема инвестиције, током горе поменутих ванредних политичких догађаја на њеној територији, ствара одговорност државе која ће бити потврђена пред било којим трибуналом пред који страни инвеститор изнесе спор. Из тог разлога је за државу пријема инвестиције повољније да уважи разлоге политичког карактера као основ за покретање преговора о измени уговора.

### **2.3. Законодавне промене**

Законодавне промене могу бити учестале и остварују велик утицај на инвестициони пројекат. Без утицаја су уобичајене законске промене које

---

<sup>5</sup> Вероватноћа наступања ових догађаја је данас веома изражена и страни инвеститори је морају уважити. Услед тога се поставља питање, колико су заправо ове околности изненадне и непредвидиве, да би биле узрок поновних преговора. Са све већим економским и друштвеним раслојавањем, утицајем невладиних организација и борбом за очување основних људских права, тензије и конфликти у вишеструким релацијама постају правило, а не изузетак. Видети Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. 318, 415.

су део предвидивог и следљивог правца који је заузет у законодавству. За стране инвеститоре су релевантне законодавне промене које се могу окарактерисати као изненадне, ненајављене, оне којима се одступа од основних постулата на којима је утемељен привредни систем и организација државе. Поред тога и области у којима се врше законодавне промене немају подједнаку важност за стране инвеститоре. Као пример се могу навести две области чије недоследно законско уређивање највише погађа позицију страног инвеститора у уговору са државом пријема инвестиције. Ради се о области заштите конкуренције, те области опорезивања.

Законодавни напори учињени у циљу смањења дејства конкурентског механизма могу имати изузетно негативне ефекте по пословање страног инвеститора. Држава пријема инвестиције може након њене реализације предузети законске мере у области преузимања друштава или у области дефинисања картелизације и монополског положаја. Поменуте промене могу настати под притиском домаћих компанија како би могле да се, кроз удруживање и међусобно договарање, супротставе иностраној конкуренцији. Под тим околностима поновни преговори имају за циљ заштиту конкуренције и успостављање правичне равнотеже у регулисању конкуренције.

Уколико поновни преговори не дају резултат, страни инвеститор се може обратити држави свог порекла како би извршила притисак на државу пријема инвестиције, а у одређеним случајевима проширила дејство својих прописа о заштити конкуренције и на територију државе пријема инвестиције. Тзв. „екстратериторијално“ дејство прописа у области заштите конкуренције подржавају САД кроз „Иницијативу за уклањање структуралних препрека“, као и Европска унија кроз одлуке Суда правде у случајевима „Dyestuffs“ (Case 48/69. ICI v Commission [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557) и „Wood Pulp“ (Case 114/85. A Ahlström Oy v Commission [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901).<sup>6</sup>

Друга крупна тема која се тиче измене законодавства обухвата област опорезивања. Област опорезивања је веома озбиљна и њено неодговорно законско уређење може резултовати одустанком страног инвеститора од даљег пословања. Неодговорност се може манифестовати у два правца. Први представља нестабилност пореског законодавства које прате честе и непредвидиве измене пореских стопа и укидање пореских ослобођења, а у циљу прикупљања средстава неопходних за финансирање јавних потреба и реализацију политичких обећања.

---

<sup>6</sup> Више о томе видети у Whish, R. Bailey, D. (2012). *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press. 487–501.

Други правац чине директни законодавни напори који резултирају у драстичном повећању пореских стопа, ван граница легитимног захватања дела профита који страни инвеститор остварује или дела економске вредности имовине коју поседује. Пореске стопе које се обрачунавају тада у себи обједињују уобичајени и нормални износ сврсисходног пореза, али и много већу додатну накнаду чији циљ се не подудара са циљем опорезивања. Циљ ове накнаде, која се само формално подводи под појам пореза и као таква обрачунава, јесте да се страни инвеститор натера на одустанак од своје инвестиције услед неисплативости. Тиме се заправо остварује тзв. „тиха експропријација“.<sup>7</sup>

Инвестициона област која најчешће бива погођена дискриминаторним опорезивањем и у којој је процес „тихе експропријације“ најучесталији је област експлоатације и производње нафте и природног гаса. Државно власништво, национализација, подељено власништво могу да промене перцепцију и створе илузију о државној контроли над нафтним сектором, али када се дође до кључних економских показатеља инвестиције, види се да је систем опорезивања тај кроз који се остварује права државна контрола, без обзира на власништво (Nakhle, 2008: 163). Оно што промену пореског законодавства чини још опаснијом од поступка национализације је то што код опорезивања изостаје чак и одређена компензација, која је код првог облика одузимања имовине страног инвеститора присутна.

Коришћење пореског законодавства у циљу провоцирања одлуке инвеститора да својевољно напусти област у којој је започео своју инвестицију неки би могли оправдати потребом државе да оствари контролу над својим ресурсима. Уз уважавање наведене легитимне потребе државе, непримерено је злоупотребљавати национално законодавство. Потврда таквог виђења су и ставови арбитража које усвајају захтеве страних инвеститора лишених власништва над својим подухватом на овакав начин. Недостатак стабилности и предвидивости пореског законодавства, арбитраже подводе под кршење принципа правичног и једнаког третмана страних инвестиција.<sup>8</sup>

7 Како би поступак „тихе експропријације“ кроз опорезивање био заустављен, државе успостављају механизам скрининга пре неголи случај буде изнет пред арбитражу. Механизам скрининга се састоји у одржавању састанка пореских власти државе увознице и извознице капитала, на којем се одлучује о томе да ли је државна пореска моћ прекорачена у конкретном случају, те уколико се договор не постигне, предмет се износи пред надлежну арбитражу (Sornarajah, 2015: 408). Поменути механизам може бити пренет на све друге типове спорова државе и страног инвеститора (Sornarajah, 2015: 408).

8 Такав став је заузет у случају пред трибуналом ОПЕЦ – а (LCIA Case No. UN 3467. Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador. Award 1 July 2004), којом приликом је



## 2.4. Промењене околности животне средине

Околности животне средине дуго времена нису биле у фокусу интересовања нити компанија нити националних држава. Њихова временска учесталост није била изражена, а последице дејства нису биле разорне. Дужна пажња није посвећивана ризику климатских промена, а томе је допринио велики јаз између краткорочног хоризонта реализације инвестиције и дугорочног хоризонта материјализације ризика климатских промена (Ewing, Weller, 2014: 741). Из тог разлога нису ни могле бити узимане у обзир као релевантан фактор који би могао бити уважен као разлог за ревизију уговора о страним инвестицијама.

Међутим како је њихова фреквенција расла и како су износи проузрокованих материјалних штета достигли рекорде, околности које се тичу промена животне средине добиле су на значају. Стране инвестиције су допринеле умањењу квалитета животне средине, али данас оне и трпе услед тога. Страни инвеститори подносе велике материјалне губитке који настају као директна последица наступилих климатских промена. Као последица тих губитака, нису у стању да обезбеде економску исплативост своје инвестиције, као ни испуњење обавезе из закљученог дијагоналног споразума са државом. Финални резултат овог повратног процеса уништавања животне средине јесте предлог страног инвеститора упућен држави да се изврши ревизија уговора о страним инвестицијама услед немогућности испуњења обавеза, за шта се као узрок наводи дејство екстремних временских прилика.

Климатске промене су у толикој мери преузеле утицај на позицију страних инвеститора, да су износи њихових споредних улагања која нису везана за непосредну намену њиховог пословног подухвата, а која се тичу задовољења строгих прописа о заштити животне средине, достигли огромне размере. Строге обавезе очувања животне средине за стране инвеститоре намећу првенствено високоразвијене државе својим националним законодавством, за случајеве када се инвестиције реализују на њиховој територији. То утиче да трошкови страних инвеститора

---

наведено да „конфузија и нејасноћа (пореског законодавног ситета Еквадора) су довели до одређене форме арбитрности, чак иако то није била намера тужене Пореске управе Еквадора. Релевантно питање за међународно право у овој дискусији је да ли правни и пословни оквир прати потребе за стабилношћу и предвидљивошћу у међународном праву“. Више о наведеном предмету и његовом утицају на арбитражно резонување о законодавним променама у области опорезивања видети у Montt, S. (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing. 137, 322, 337.

константно расту, исплативост инвестиције опада, а потреба за изменом уговора постаје ургентна.

### 3. Иницирање преговора

Да би ревизиона клаузула остварила свој основни задатак, а то је измена уговора у циљу уравнотежења права и обавеза уговорних страна, од суштинске важности је да се означи уговорна страна која може да предложи отпочињање преговора и какве околности дају овлашћење за упућивање таквог предлога.

Два приступа фигурирају као полазна тачка у формулисању параметара чијим испуњењем се поновни преговори могу започети. Ћирић и Ђуровић истичу да се уговорне стране могу одредити за примену неодређених стандарда попут „суштинске измене уговора“, односно „потребе одржања правичног ефекта“ који отварају простор за различите интерпретације (Ћирић, Ђуровић, 2005: 342). Како би се простор за различита тумачења употребљених стандарда ограничио, могу се користити заједно са одређеним објективним појмовима који се могу квантификовати и бројчано изразити. Поменути аутори у том смислу истичу да би било пожељно да примена наведених стандарда има потпору у примени одређених објективних критеријума који су подложни квантификацији, као што је „поновно успостављање баланса финансијских обавеза страна“ (Ћирић et al. 2005: 342). Овим путем се ствара прилика да се финансијском анализом користи и трошкова које свака од уговорних страна у уговору остварује, меродавно утврди математичка пројекција кретања профита обеју уговорних страна од тренутка закључења уговора до критичног тренутка када је модификација уговора постала неопходна.

Поновне преговоре између уговорних страна могуће је и аутоматски покренути, прецизирањем јасних критеријума чијим наступањем за уговорне стране настаје обавеза да поново преговарају. Најчешће се овако дефинисана ревизиона клаузула користи у уговорима о грађењу. Самим тим се може применити и у области страних инвестиција, имајући у виду да изградња објеката инфраструктуре или других грађевинских објеката може бити предмет уговора о страним инвестицијама уколико је извођач радова инострана компанија.<sup>9</sup> Поред тога што постоји могућност

---

<sup>9</sup> Када се говори о дефинисању околности чијим наступањем аутоматски настаје обавеза вођења преговора, требало би правити разлику у односу на ситуације у којима се аутоматски врши прилагођавање уговорних обавеза. Преговорима, у смислу дејства ревизионе клаузуле, не сматрају се стандардна тарифна прилагођавања, проистекла из незнатног померања стопе инфлације. Тада се врше аутоматске измене

аутоматске адаптације, уговори о страним инвестицијама који за предмет имају извођење грађевинских радова (најчешће инфраструктурних) поседују тзв. „вариационе клаузуле“ које остварују исту функцију коју остварује и ревизиона клаузула, с тим што је у њима веома флексибилно дефинисано овлашћење за покретање преговора.<sup>10</sup>

У правној теорији је присутан став да је повремена анализа уговора благотворна и у складу са тим се препоручује уговорним странама да окидач за преговоре дефинишу према временском критеријуму. То значи да би уговорне стране имале обавезу да приступе преговорима у тачно одређеним временским интервалима. Сходно томе, један од уговора о страним инвестицијама у рударству предвиђа да уговорне стране имају обавезу да се састану сваких седам година „са задатком да размотри, у доброј вери, да ли уговор правично делује према свакој од уговорних страна и са задатком да, у будућности и у доброј вери, разматрају сваки проблем који произилази из практичног спровођења уговора“ (Peter, 1995: 79).

Питање се поставља да ли је за поновно преговарање неопходно да у уговору о страним инвестицијама буде изричито стипулирана ревизиона клаузула или је могуће покренути и поново водити преговоре без постојања поменутих клаузула? Бернардини указује да су у овом погледу присутна два опречна схватања (Bernardini, 2008: 99). Једно заступа тезу према којој сваки дугорочни уговор, чије се извршење реализује током дужег временског периода, по самој својој природи захтева адаптацију у случају да наступе промењене околности. Принцип „*rebus sic stantibus*“ остаје инхерентан за сваки такав уговор, као и принципи правичности и поступања у доброј вери.<sup>11</sup>

Схватање потпуно супротно претходном износи противљење, наводећи аргумент да су уговорне стране у уговорима о страним инвестицијама обично професионалци, богатог личног и стручно-професионалног искуства. Они су у стању да уграде ревизиону клаузулу у уговор, уколико сматрају да ће њена активација током трајања уговора бити неопходна.

---

уговора, али се аутоматски не покрећу преговори. Преговарању би аутоматски требало приступити у случају када дође до суштинских материјалних измена оригиналног уговора чије дејство утиче на његову супстанцу и у битном делу је мења. Наведено према Guasch, J.L. (2004). *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*. Washington D.C: The World Bank. 34.

10 Више о вариационим клаузулама видети у Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. John Wiley & Sons. 165, 166.

11 Мишљење садржано у одлуци арбитражног суда Међународне трговинске коморе ICC Award No. 2291. (1975).

Из тог разлога одсуство ревизионе клаузуле из уговора значи да уговорне стране, у границама аутономије воље, бирају да осигурају стабилност уговорних односа, пре неголи да прилагођавају одредбе уговора у случају да дође до промене околности.<sup>12</sup>

#### **4. Дужност преговарања у доброј вери**

Поступање у доброј вери је један од основних постулата на којима су саздани темељи пословних односа. То је квалитет понашња учесника у пословној сарадњи који је очекиван и који се сматра за достигнути цивилизацијски стандард. У погледу конкретне садржине принципа преговарања у доброј вери веома је важно нагласити да се ради о правном стандарду. Правне стандарде одликује неодређеност садржине. Неодређеност садржине постоји у том смислу да, када се уговором предвиди дужност поступања у складу са принципом добре вере, то се чини на један генералан начин, без детаљног образлагања и појединачног навођења конкретних обавеза. Упркос томе што није јасно одређено шта је конкретно обухваћено овим принципом, постоји генерална сагласност о томе каквим понашањем се манифестује добра вера током преговора.

Како би олакшали разумевање принципа поступања у доброј вери и установили одређене смернице при тумачењу активности преговарача које се могу подвести под овај стандард, у теорији постоје предлози носећих елемената принципа поступања у доброј вери. Томас је понудио виђење састава принципа поступања у доброј вери, према којем постоји пет значења овог принципа:

1. нечасност ствара лошу веру;
2. уговорна страна би требало да одржи своју реч;
3. једна уговорна страна не би требало да погоршава позицију друге стране својим понашањем;
4. уговорне стране морају бити ослобођење апсурдних последица које произилазе из уговора;
5. кршење уговора сматра се нечасним (Thomas, 1999: 66–69).

Преговарање у доброј вери се тиче и односа према поверљивим информацијама добијеним од друге стране. Током поновних преговора једна уговорна страна може доћи у посед поверљивих информација од значаја за другу уговорну страну. Уговорна страна која проузрокује

<sup>12</sup> Видети одлуку арбитражног суда Међународне трговинске компе (Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ICC Arbitration Case No. 6281. (1989).

штету другој уговорној страни откривањем поверљивих информација у чији посед је дошла током преговора о измени уговора обавезна је да надокнади проузроковану штету (Lo, Tian, 2009: 138). Поред тога, одговорност носи свако вођење преговора у лошој вери, што се може испољити кроз намерно прикривање материјалних чињеница везаних за измену уговора или намерно достављање погрешних информација, као и кроз друге радње којима се повређује принцип добре вере и ствара губитак за другу страну (Lo et al. 2009: 138). Поред опрезног поступања са поверљивим информацијама ради очувања интегритета преговарачког процеса, уговорним страна се препоручује уздржавање од јавних иступа кроз давање изјава медијима током поновних преговора (Griffin, Daggatt, 1990: 154–156).

За однос између страног инвеститора и државе као уговорних страна из уговора о страним инвестицијама и као учесника у преговорима који се реализују услед активације ревизионе клаузуле, значајно би било указати на повезаност појмова поступања у доброј вери (лат. „bona fides“) и забране злоупотребе права (фр. „L’abus de droit“). Принцип забране злоупотребе права везан је за међународно–правни контекст, а са интернационализацијом уговора о страним инвестицијама могао би да буде примењен и на њих. Суштински се овај принцип састоји из три ситуације које доносе ново значење за појам добре вере. Реч је о правичној међузависности права и обавеза, затим санкционисању намере да се проузрокује штета и коначно забрани злоупотребе дискреционих права без намере да се друга страна оштети (Panizzon, 2006: 30, 31). Трипартитни концепт забране злоупотребе права, изворно настао у праву Светске троговнискe организације,<sup>13</sup> сведен на ниво модификације уговора о страним инвестицијама, конституише одређене обавезе за државу као носиоца суверених овлашћења. Због специфичности државе и атрибута власти којима располаже, у односу на њу је неопходно извршити модификацију принципа поступања у доброј вери. Потребно је нагласити да се поступање у доброј вери односи како на држање њених представника током преговора са страним инвеститором, тако и на њено вршење власти. Ово из разлога што држава и током преговора наставља да врши своју власт чиме може, противно принципу добре вере, нашкодити позицији страног инвеститора.

---

13 Више о дејству принципа понашања у доброј вери у међународном праву, кроз систем Светске троговнискe организације и постојању двоструке забране понашања држава „contra legem“ и „contra utile“ видети у Ђирић, А. Цветковић, П. (2010). Принцип добре вере у праву Светске троговнискe организације. Зборник радова Правног факултета у Нишу. (LV). 29–46.

## 5. Дужност вођења преговора или дужност постизања договора?

Ефекти ревизионе клаузуле и целисходност њеног имплементирања у уговор о страним инвестицијама могу се видети тек по окончању преговора. Сасвим се логичним чини условљавање повољне оцене учинка ревизионе клаузуле очувањем уговора и наставком извршавања, сада већ модификованих, обавеза уговорних страна. На први поглед, може се сматрати исправним уверење према којем ревизиона клаузула мора да обезбеди опстанак уговора о страним инвестицијама ма колико он био неповољан по неку од уговорних страна.

Међутим, било каква искључивост не доприноси рационалном сагледавању сложених правних проблема, а такав је случај и са карактером ревизионе клаузуле у уговорима о страним инвестицијама. Конкретно, не може се очекивати од било ког субјекта који је својом слободно формираном и израженом вољом ступио у одређени уговорни однос, да остане у њему уколико за тако нешто код њега више не постоји економски или неки други интерес. Слобода уговарања обухвата и слободу да се у уговор ступи, али и да се из уговора иступи, уз све последице које то иступање са собом носи.

Пренето на ревизиону клаузулу из уговора о страним инвестицијама, значи да од уговорних страна зависи како ће одредити степен обавезности преговора. Уговорне стране имају начелну слободу да у уговору о страним инвестицијама предвиде да ће, у случају активирања преговора по ревизионој клаузули, представници уговорних страна имати само обавезу да се одазову позиву на преговоре, као и да у преговорима учествују у доброј вери. Формулисањем ревизионе клаузуле на овакав начин, страни инвеститор и држава пријема инвестиција су се сагласили већ при закључењу уговора да, не знајући да ли ће у будућности бити неопходно да се преговори активирају, нови преговори за њих немају изванредан значај. Оваквом формулацијом уговорне стране јасно стављају до знања да за њих није од нарочите важности то да ли ће договор бити постигнут или не. Без обзира на резултате преговора, а следећи принцип „*in favorem contractus*“, пожељно је да постоје допунски механизми за опстанак уговора уколико уговорне стране немају обавезу постизања договора.<sup>14</sup>

Са друге стране, држава и инострана компанија могу изричито дефинисати обавезу да, наступањем тачно или уопштено одређених околности, представници уговорних страна организују састанке на којима ће

---

<sup>14</sup> Пример допунског механизма ревизије уговоре, могу бити „одбори за решавање спорова“, који учествују у поступку ревизије уговора о извођењу грађевинских радова. Више о томе у Chern, C. (2015). *Dispute Boards: Practice and Procedure*. 3. ed. Taylor & Francis.

пронаћи решење за превазилажење околности које угрожавају уговор. Опредељивањем за обавезу резултата, уговорне стране саме себи стављају у задатак да у преговорима морају бити кооперативне и спремне на компромисе. Све дотле док се поменути проактивни приступ преговорима захтева од обе уговорне страна подједнако, и овакав обавезујући начин дефинисања ревизионе клаузуле је прихватљив. Међутим, проблем настаје у ситуацији у којој је постизање договора обавезно, а једна од уговорних страна је у стању да намеће своју вољу другој, тзв. „hold – up“ ситуација или ситуација задржавања.<sup>15</sup>

С обзиром на њене основне карактеристике и негативне ефекте које остварује једностраним наметањем измена уговора, потребно је пронаћи ефикасан начин да се кроз процес поновног преговарања елиминише „hold – up“ ситуација. Неопходно је уважити потребе државе пријема инвестиције, чија је позиција, наступањем „hold – up“ ситуације, знатно отежана.<sup>16</sup> Из тог разлога се државе пријема инвестиције често опредељују за ревизиону клаузулу према којој немају обавезу постизања договора.

## 6. Закључак

Промењене околности и поновно преговарање у уговорима о страним инвестицијама представљају комплексно питање које је предмет живе полемике. Недовољно јасно и прецизно одређивање окидача за преговоре

---

15 Проблем задржавања нарочито долази до изражаја у уговорима о јавно – приватном партнерству. Као последица промењених околности приватни партнер је у стању да захтева измену уговора и да услед постојања „hold – up“ ситуације јавном партнеру практично наметне планиране измене уговора. Цветковић у том смислу истиче да: *„Најчешћа манифестација ограничења избора јесте управо саглашавање јавног партнера са предложеним изменама уговора. Ову сагласност квалификује чињеница да сагласност јавног партнера није резултат тржишно вођене евалуације његових интереса. Дата сагласност консеквенца је чињенице да је јавни партнер без суштинске могућности избора у погледу остваривања свог права кроз заштиту првобитне погодбе (погодбе садржане у немодификованом уговору).“* (Цветковић, 2015: 184). У склопу разматрања аспекта обавезности вођења преговора и резултата преговора у области страних инвестиција, „hold – up“ проблем у великој мери може отежати преговарачки капацитет државе пријема инвестиције. Поменути проблем се јавља у случају када страни инвеститор и држава пријема инвестиција уђу заједнички у инвестицију, која се, уколико не буде окончана, не може користити за друге намене осим за оне које су изворно предвиђене. Дејством „hold – up“ проблема одређује се унапред обавеза уговорних страна да постигну договор, кроз принудну позицију у којој се налази држава пријема инвестиције. Држава пријема инвестиције нема могућности замене уговорног партнера и нема други избор, осим да прихвати захтеве страног инвеститора, ма колико неповољни били.

16 О могућим излазима из „hold – up“ ситуације видети Holden, R. Malani, A. (2014) Renegotiation Design by Contract. The University of Chicago Law Review. Vol. 81. 153, 154.

отвара простор за тумачења, која собом увек носе проблем недостатка уједначености. Са друге стране, опредељивање за приступ којим се окидач за преговоре лимитира на тачно одређене околности показује своје недостатке. Они су садржани у реалној ограничениости људског ума да предвиди потенцијалне ризике који би могли да наруше еквилибријум уговора.

Немогућност уговорних страна да детерминишу да ли је наступила околност која покреће преговоре – захтева ангажовање надлежног арбитражног трибунала. Како би арбитрама било олакшано доношење одлуке, уговорним странама се препоручује да обрате пажњу на две ставке (Gotanda, 2003: 1472, 1473). Важно је да ли меродавно право дозвољава арбитрама да сами адаптирају одредбе уговора уколико уговорне стране то не постигну. Поред тога, суштински значај носи и критеријум којим се арбитражни трибунал води при адаптирању уговора.

Интересовање које и данас влада за дијагоналне споразуме, а у склопу њих за ревизиону клаузулу и окидач поновних преговора, не може се сматрати изненађујућим. Све су учесталији гласови који истичу да је међународно инвестиционо право доживело врхунац свог развоја. Могу се чути позиви да се приступи свеобухватној реформи основних принципа на којима су устројени односи између држава, друштва и моћних мултинационалних корпорација. Као један од стубова захтеване реформе промовише се повратак на заштиту страних инвестиција кроз уговоре, с обзиром да ће арбитражна заштита у будућности све више зависити од случајности него извесности (Sornarajah, 2015: 409). Постављањем уговора у центар реформе система страних инвестиција и сви његови саставни елементи морају бити конструисани тако да омогуће остваривање улоге која му је у том процесу намењена. Ревизиона клаузула може бити функционална потпора реформског капацитета уговора.

## Литература

Berger, K. (2003). Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts:

The Role of Contract Drafters and Arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36. 1347–1383.

Bernardini, P. (2008). Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 1. No. 1. Oxford: Oxford University Press. 98–112.



Burgstaller, M. (2011). The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In Bungenberg, M. Griebel, J. Hindelang, S. (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU Law*. Berlin, Heidelberg: Springer – Verlag. 55–77.

Case 48/69. *ICI v Commission* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.

Case 114/85. *A Ahlström Oy v Commission* [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901.

Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

Ewing, K.A. Weller, M. (2014). *Climate Change and Environmental Law*. In Sullivan, T.F.P.

(Edit.). *Environmental Law Handbook*. 22. Ed. Bernan Press. 695–750.

Gotanda, J. (2003). Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36. 1461–1473.

Griffin. T, Daggatt, R. (1990). *The Global Negotiator*. Harper Collins Publishers.

Guasch, J.L. (2004). *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*.

Washington D.C: The World Bank.

Holden, R. Malani, A. (2014) *Renegotiation Design by Contract*. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 81. 151–178.

ICC Arbitration Case No. 6281. (1989).

ICC Award No. 2291. (1975).

Johnson L. Volkov O. (2013) *Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law*. *The American Review of International Arbitration*. Vol. 24. No. 3. 361 – 415.

Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. John Wiley & Sons.

LCIA Case No. UN 3467. *Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador*. Award 1 July 2004.

Lo, V.I. Tian, X. (2009). *Law for Foreign Business and Investment in China*. London and New York: Taylor & Francis.

McKendrick, E. (1995). *The Regulation of Long-term Contracts in English law*. In Beatson, J. Friedmann, D. (Eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press. 305-333.

Montt, S. (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

Nakhle, C. (2008). *Petroleum Taxation: Sharing the oil wealth – a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*. London and New York: Taylor & Francis.

Panizzon, M. (2006). *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*. Oxford and Portland. Oregon: Hart Publishing and Schulthess.

Peter, W. (1995). *Arbitration and Renegotiation in International Investment Agreements*, The Hague. Boston. London: Kluwer Law International.

Salacuse, J. (1991). *Making Global Deals: Negotiating in the International Marketplace*. Boston: Houghton Mifflin.

Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Thomas, J.M. (1999). *Good Faith in Contracting: A Sceptical View* In Forte, A.D.M. (Edit.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford and Portland. Oregon: Hart Publishing. 63–76.

UNCTC. (1988). *Proposed Text of the Draft Code on Transnational Corporations*. E/1988/39/Add.1.

Wells, L.T. Ahmed, R. (2007). *Making Foreign Investment Safe*. Oxford: Oxford University Press.

Whish, R. Bailey, D. (2012). *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press.

Ђирић, А. Ђуровић, Р. (2005). *Међународно трговинско право – посебни део*. Ниш: Правни факултет у Нишу.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2016). *Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције*. Право и привреда. Број 7–9.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2014). *Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 (LIII). 679–696.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2010). Принцип добре вере у праву Светске трговинске организације. Зборник радова Правног факултета у Нишу. (LV). 29–46.

Цветковић, П. (2015). Право јавно приватних партнерстава. Правни факултет у Нишу.

**Dušan Dubajić, LL.M,**

*PhD Student,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### **CHANGED CIRCUMSTANCES AND THE RENEGOTIATION OF FOREIGN INVESTMENT CONTRACTS**

#### **Summary**

*Today's world is shaped by the processes of globalization and economic liberalization, which dominantly determine the social, economic, environmental and political conditions. As part of these processes, there is an increasing rhetoric about the activities of the state to build a legal system "ideal for attracting" foreign investment, to establish state institutions in charge of "attracting foreign investment", and to create a business environment conducive to "attract" foreign investment. Faced with citizen requests and pressure to create conditions for employment, in initial negotiations with foreign investors state, authorities articulate their willingness to meet these requests. The affirmative stance of governments towards the investments of multinational companies easily can be changed. Once the investment begins, the pledges made by one contracting party to the other may prove to be unrealistic and economically unjustified. The tensions generated between the host state and foreign investors jeopardize the foreign investment contract concluded by the contracting parties.*

*Further fulfillment of contractual obligations from foreign investment contracts will be possible if the contracting parties resolve the resulting conflict through mutual negotiations. Through negotiations, the contracting parties can depreciate the impact of the changed circumstances, including a range of economic, political, legislative and environmental conditions. Initiating negotiations at the right time and conducting them in good faith may lead to a solution. Even if an agreement is not reached, the renegotiation may contribute to a better understanding of contractual partners and redefining the positions of the contracting parties.*

**Keywords:** *foreign investments, contract, renegotiation, renegotiation clause, changed circumstances, trigger for renegotiation, good faith.*