

**Prof. dr Maja STANIVUKOVIĆ\***  
**Prof. dr Sanja ĐAJIĆ\***

## **TUŽBENI ZAHTEVI ZASNOVANI NA UGOVORU U INVESTICIONOJ ARBITRAŽI**

### **Sažetak**

*Proces ulaganja stranog kapitala po pravilu podrazumeva zaključivanje ugovora kojim se između ugovornih strana stvaraju dugoročni pravni odnosi uz veći rizik od nastanka spora, nego što je to slučaj u običnim ugovorima međunarodnog privatnog i trgovačkog prava. Jedna od specifičnosti ovih pravnih odnosa i sporova koji iz njih proističu je posebna uloga i značaj države u koju se kapital ulaže. Ugovor o ulaganju izložen je snažnom uticaju države prijema. Ona po pravilu određuje uslove pod kojima je ulaganje u domaću privredu moguće. U toku trajanja ugovora o ulaganju, država može zakonodavnim, upravnim i sudskim merama uticati na prava i obaveze ugovornih strana. Ukoliko je neposredni saugovarač stranog ulagača država, njen organ, ili lokalna jedinica samouprave, uticaj države je još neposredniji i naglašeniji. Država prijema kao ugovorna strana, koristeći svoj suvereni položaj, može svojim jednostranim radnjama izmeniti ili čak ukinuti međusobna prava i obaveze iz ugovora o ulaganju, naročito ako je kao merodavno određeno njeno pravo i ugovorena nadležnost njenih sudova. Sporovi koji proističu iz ugovora o stranim ulaganjima mogu se pojaviti između različitih subjekata, na različitim nivoima. To mogu biti sporovi iz ugovora između privatnih ugovarača, koji se rešavaju na isti način kao i sporovi međunarodne trgovine, pred državnim sudom, na osnovu zakonske ili ugovorene nadležnosti, ili u međunarodnoj trgovinskoj arbitraži na osnovu arbitražnog sporazuma. U drugu kategoriju spadaju sporovi koji proističu iz ulaganja ili su u vezi sa njima, a vode se između privatne stranke sa jedne strane i države prijema sa druge strane. Ovi sporovi mogu takođe da uzmu oblik ugovornog spora, kada je država bila jedna od ugovornih strana u ugovoru o stranom ulaganju, ali najčešće uzimaju oblik vanugovornog,*

---

\* Profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, email: [maja@stanivukovic.rs](mailto:maja@stanivukovic.rs);  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0803-9191>

\* Profesor, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, email: [s.djajic@pf.uns.ac.rs](mailto:s.djajic@pf.uns.ac.rs);  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5997-9714>

*takozvanog investicionog spora, kada tužilac, strani ulagač, tvrdi da je država svojom intervencijom narušila njegova prava na osnovu međunarodnog ugovora koji vezuje državu prijema sa njegovom državom porekla. U ovom radu autorke se bave pitanjima nadležnosti i odgovornosti koja se javljaju u investicionim sporovima između privatnog ulagača i države prijema. To su sporovi koji se formalno vode zbog povreda garancija iz međunarodnog ugovora o zaštiti stranih ulaganja, ali imaju stvarnu i suštinsku podlogu u ugovoru o ulaganju sa državom ili njenim agencijama, organima i jedinicama lokalne samouprave. Razmatraju se osnovi nadležnosti kao što su kišobran klauzula i široko formulisana arbitražna klauzula, te osnovi odgovornosti kao što su klauzula o zabrani eksproprijacije, povreda poštenog i pravičnog tretmana i kišobran klauzule.*

**Ključne reči:** *ugovorni spor, investicioni spor, arbitraža, nadležnost, raskid ugovora*

## I Uvod

Ulaganje stranog kapitala po pravilu podrazumeva zaključivanje ugovora o ulaganju.<sup>1</sup> Budući da su često u pitanju kapitalna ulaganja, strani ulagač zaključuje ugovor sa državom domaćinom, njenim ministarstvom, agencijom ili sa privrednim društvom u državnoj svojini.

Takvim ugovorima se stvaraju dugoročni odnosi koji po prirodi stvari, zbog stalnih promena, nose veći rizik od nastanka spora nego što je to slučaju u običnim ugovorima međunarodnog privatnog i trgovačkog prava.<sup>2</sup>

Ovoj vrsti ugovora često prethodi zaključivanje investicionih sporazuma – međunarodnih ugovora o zaštiti i podsticanju ulaganja. Investicione sporazume zaključuju država domaćin i država kojoj pripada ulagač.

U prvom slučaju država istupa kao privatno lice, *iure gestionis*, a u drugom kao nosilac suvereniteta, *iure imperii*. Na osnovu ugovora sa stranim ulagačem, država ima obaveze regulisane odredbama merodavnog ugovornog

<sup>1</sup> Salacuse Jeswald W, *The Three Laws of International Investment—National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, OUP 2013, pp. 158-170; Djajic Sanja, Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses, *International Arbitration Law Review*, 5/2011, 162-170; SGS v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, pasus 132 d).

<sup>2</sup> Stanivuković Maja, Rešavanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja, *Pravni život*, Vol. 46, 12/1997, 229-245.

prava, a na osnovu investicionog sporazuma ona ima međunarodne obaveze koje se sastoje u pružanju pravičnog i poštenog tretmana ulagaču druge države ugovornice, u obezbeđivanju nacionalnog tretmana, tretmana najpovlašćenije nacije, uzdržavanju od nezakonite eksproprijacije i plaćanju naknade u slučaju zakonite eksproprijacije ulaganja itd.<sup>3</sup>

Obe vrste ugovora, po pravilu, sadrže arbitražne klauzule na osnovu kojih strani ulagač može da pokrene arbitražu protiv države domaćina ili protiv privrednog društva u državnoj svojini. Ugovorom o ulaganju se ugovara klasična međunarodna trgovinska arbitraža koju može da pokrene bilo koja od ugovornih strana. Investicionim sporazumom pravo na pokretanje investicione arbitraže dato je trećem licu – ulagaču jedne od država ugovornica, dok je za drugu državu ugovornicu rezervisana uloga tuženog. Prema tome, ulagač može imati pravo na arbitražu na osnovu ugovora o ulaganju koji je zaključio sa državom i pravo na arbitražu na osnovu međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja; u tom slučaju može da pokrene obe vrste sporova.

## **II Investicioni arbitražni sud u principu nije nadležan za ugovorne sporove**

Razlika između ugovornog spora i spora na osnovu investicionog sporazuma prvi put je formalno konstatovana 2000.g. u predmetu Vivendi protiv Argentine.<sup>4</sup> Razlika se zasniva, između ostalog, na formalnopavnom kriterijumu, odnosno na formulisanju tužbenog zahteva od strane tužioca : da li se tužilac (po pravilu ulagač) poziva na povredu ugovora o ulaganju ili na povredu investicionog sporazuma.<sup>5</sup> Arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma u principu nije nadležan da rešava sporove iz ugovora o ulaganju. On je nadležan da rešava samo sporove koji proističu iz povrede investicionog sporazuma. Sporovi iz ugovora su u načelu isključeni iz nadležnosti investicionog arbitražnog suda.<sup>6</sup> Na primer, arbitražni sud u

<sup>3</sup> Stanivuković Maja, „Kišobran klauzula u bilateralnim investicionim sporazumima (BIT)“, *Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora* (ur. Maja Kostić-Mandić), Pravni fakultet, GTZ Nemačka organizacija za tehničku saradnju, Podgorica, 2008, 33.

<sup>4</sup> Ho Jean, “[Contract Claims: Investment Arbitration](#)” *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (ed. Hélène Ruiz-Fabri), Oxford University Press, Oxford, 2020, pasus 4; K Konstantin Christie, “Treaty Claims vs. Contractual Claims in ISDS”, 12 March 2024, *Ius mundi*, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds>, pristup 25. X 2024, pasus 2.

<sup>5</sup> Ho J, 2020, pasus 3.

<sup>6</sup> Djajic S, 2011, 162.

investicionom sporu protiv Jemena, prihvatio je nadležnost za rešavanje spora na osnovu investicionog sporazuma, ali se oglasio nenadležnim za ugovorna pitanja.<sup>7</sup> Jedan od razloga za isključenje nadležnosti za ugovorne sporove može biti i taj što druga ugovorna strana (država) po pravilu ne može da tuži ulagača zbog povrede ugovora u sporu koji se vodi na osnovu investicionog sporazuma. Tužba države je prekludirana jer joj investicioni sporazum u većini slučajeva ne daje pravni zahtev, a ponekad ni *ius standi* za podnošenje tužbe protiv ulagača.<sup>8</sup>

Ipak, potpuno isključenje sporova vezanih za ugovor u praksi bi dovelo do paralize investicione arbitraže, jer su sporovi koji proističu iz kršenja ugovora od strane države najzastupljenija vrsta sporova u investicionoj arbitraži.<sup>9</sup> Postoje izuzeci kada investicioni arbitražni sud prihvata nadležnost da rešava i o ugovornom sporu. Najčešći su postojanje „kišobran klauzule“ ili široko formulisane arbitražne klauzula u investicionom sporazumu.<sup>10</sup>

### A. Kišobran klauzula

Noviji investicioni sporazumi sve ređe sadrže „kišobran klauzulu“,<sup>11</sup> ali budući da je na snazi i veliki broj starijih sporazuma, kišobran klauzula se još uvek dosta često sreće u praksi.<sup>12</sup>

Reč je o odredbi kojom se država obavezuje da će poštovati sve obaveze koje je preuzela prema ulagaču iz druge države ugovornice. Kao primer možemo navesti klauzulu iz člana 9 Sporazuma između Srbije i Crne Gore i Švajcarske Konfederacije o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja iz 2005.g. koji predviđa : „Svaka Strana ugovornica će poštovati sve druge

<sup>7</sup> Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/7, Award, February 6, 2008, pasus 214, *Ibid*, 167.

<sup>8</sup> Ho J, 2020, pasus 2.

<sup>9</sup> *Ibid*, pasus 1; SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, pasus 132 d).

<sup>10</sup> Alexandrov Stanimir A, “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction?”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, 376-377.

<sup>11</sup> Ho J, pasus 34. Carroll Lee, “What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?”, *Journal of International Arbitration*, 2/2023, 128. Yannacca Small Katia, “The Umbrella Clause: Is the Umbrella Closing?”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2<sup>nd</sup> ed, Oxford University Press, Oxford, 2018 396.

<sup>12</sup> Prema podacima UNKTAD-a, od 2592 investiciona sporazuma koji su indeksirani u njegovoj investicionoj bazi podataka, 1110 sadrži kišobran klauzulu. [Mapping of IIA Content | International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub.](#)

obaveze koje je preuzela u vezi sa određenim ulaganjem ulagača druge Strane ugovornice, na koje se ulagač može u dobroj veri osloniti prilikom osnivanja, sticanja ili povećanja ulaganja”.<sup>13</sup>

Postoji mogućnost da ugovorne obaveze budu obuhvaćene kišobran klauzulom; međutim, to zavisi od njenog tumačenja.<sup>14</sup> Arbitražni sudovi su zauzimali protivrečne stavove o zaštiti koju sadrži ova klauzula.<sup>15</sup> U doktrini identifikovano je čak četiri pristupa tumačenju kišobran klauzule.<sup>16</sup> Ipak, u jurisprudenciji prevladavaju dve teorije: uža, funkcionalistička i šira, ekspanzionistička koja se još naziva i teorija „elevacije“.<sup>17</sup>

Prema funkcionalnoj teoriji svrha kišobran klauzule je da zaštiti prava i interese stranog ulagača iz ugovora zaključenog sa organom javne vlasti (državnim organom) od državne intervencije u ugovorni odnos. Ta klauzula ne može biti osnov za ostvarivanje prava i interesa iz ugovora na osnovu međunarodnog sporazuma o zaštiti stranih ulaganja samo zbog činjenice da je druga strana organ javne vlasti države ugovornice koji nije ispunio svoju ugovornu obavezu. Da bi se aktivirala kišobran klauzula potrebno je da je reč o radnji vršenja javne vlasti (*acta de jure imperii*), a ne bilo kojoj radnji koja predstavlja povredu ugovora. Tek kada se država umeša u ugovorni odnos koristeći svoja suverena ovlašćenja tako da naruši jednakost ugovornih strana, aktivira se zaštita iz kišobran klauzule jer su autonomija volje strana u ugovoru i njihova jednakost narušeni zbog radnje na koju država nema pravo na osnovu ugovora. Kišobran klauzula tada služi da povрати ravnotežu poremećenu državnom intervencijom.<sup>18</sup>

Za razliku od funkcionalne teorije, prema teoriji „elevacije“, svaka ugovorna obaveza koju država preuzima u odnosu na stranog ulagača automatski se uzdiže na nivo međunarodne obaveze države, internacionalizuje se, te postaje utuživa na osnovu investicionog sporazuma.<sup>19</sup> Prema teoriji elevacije, strani ulagač ima pravo da bira da li će svoja ugovorna

---

<sup>13</sup> Sporazum je još uvek na snazi kako u Srbiji tako i u Crnoj Gori. Zaključen je u tri autentična teksta: na srpskom, francuskom i engleskom jeziku.

<sup>14</sup> Dj Djajic S, 2011, 162, 169.

<sup>15</sup> Carroll L, 130.

<sup>16</sup> Crawford James, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, The 22<sup>nd</sup> Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007, 18-19.

<sup>17</sup> Yannaca Small K, 401.

<sup>18</sup> Douglas Zachary, “The Umbrella Clause Revisited“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2023, 474.

<sup>19</sup> Carroll L, 126, 133.

prava da zaštiti u međunarodnoj investicionoj arbitraži ili na način koji je predviđen ugovorom.<sup>20</sup> Ukoliko se strani ulagač opredeli za prvu opciju, druga strana u ugovoru gubi svoja prava jer nije stranka u investicionom sporu i lišena je mogućnost da koristi i zaštiti ona prava koja ima na osnovu ugovora i merodavnog prava, uključujući i pravo da istakne zahteve protiv saugovarača.<sup>21</sup>

Arbitražni sud u predmetu *Noble Ventures v. Romania*, morao je da odluči da li je nadležan da rešava o tužbenom zahtevu zasnovanom na ugovoru o privatizaciji. Prihvatio je nadležnost zasnovavši odluku na kišobran klauzuli sadržanoj u BIT-u između SAD i Rumunije. Ova odluka je primer za široko tumačenje kišobran klauzule.<sup>22</sup> Međutim, u drugim odlukama usvojeno je uže tumačenje<sup>23</sup> ili je pružena prednost ugovornoj klauzuli o rešavanju sporova (*forum selection clause*) i postupak na osnovu investicionog sporazuma je suspendovan dok se ugovorni spor ne reši pred ugovorenim forumom.<sup>24</sup>

## **B. Široko formulisana arbitražna klauzula**

Široko formulisana arbitražna klauzula u investicionom sporazumu obuhvata sve sporove koji proističu iz ulaganja ili koji su u vezi sa ulaganjima, pa i ugovorne sporove. Citirani sporazum između Srbije i Crne Gore i Švajcarske sadrži arbitražnu klauzulu koja se odnosi na „rešavanje sporova vezanih za ulaganja između Strane ugovornice i ulagača druge Strane ugovornice”.

Često se navode tri uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se navedena klauzula tumačila na taj način : ugovor mora biti zaključen između države i

<sup>20</sup> *Ibid*, 144-145.

<sup>21</sup> Douglas Z, 480.

<sup>22</sup> Djajic S, 2011, 166. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 1 October 20025. Vidi takođe *Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005, pasus 246. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, pasus 170.

<sup>23</sup> *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, pasusi 163-173. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICISD Case No. ARB-03-11, Award, 6 August 2004, pasus 79.

<sup>24</sup> *SGS v. Republic of the Philippines*, pasus 126. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, Bivac BV v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009, pasusi 160-162(c), Further Decision on Objections to Jurisdiction, 9 October 2012, pasus 287-290.

ulagača, ne sme biti ugovorena nadležnost drugog (trgovinskog) arbitražnog suda i ugovorni zahtev mora biti u direktnoj vezi sa ulaganjem.<sup>25</sup>

Na primer, u predmetu Siemens protiv Argentine, arbitri su se saglasili o tome da član 10, stav 1 sporazuma između Nemačke i Argentine obuhvata i ugovorne sporove (predviđao je nadležnost arbitražnog suda za „sporove u vezi sa ulaganjem”), ali ugovor nije bio zaključen između države i ulagača.<sup>26</sup>

### C. Uticaj ugovorne odredbe o rešavanju sporova

Ukoliko je ugovoren način rešavanja sporova u ugovoru između države i ulagača, arbitražni sud nadležan za ugovorni spor na osnovu međunarodnog investicionog sporazuma može (ne mora) uputiti stranke da (prvo) reše ugovorni spor na ugovoreni način. U velikom broju investicionih sporova istaknuta je važnost prigovora da ugovor sadrži „*forum selection clause*”.<sup>27</sup> Arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma ipak zadržava nadležnost da odluči o svakoj eventualnoj povredi tog sporazuma na koju se tužilac poziva.<sup>28</sup> Prilikom odlučivanja, arbitražni sud konstituisan na osnovu investicionog sporazuma može da uzme u obzir odredbe ugovora i da ih i sam tumači.<sup>29</sup>

Neki autori smatraju da *forum selection clause* nema značaja ukoliko se investicioni spor vodi zbog povrede kišobran klauzule.<sup>30</sup> Ističu da su arbitražni sudovi u većini slučajeva kada je investicioni sporazum sadržao kišobran klauzulu, prihvatili nadležnost za rešavanje investicionog spora, bez obzira na postojanje *forum selection clause*.<sup>31</sup> Kritikuju odluku arbitražnog suda u SGS protiv Filipina, gde su arbitri, mada su odlučili da imaju

<sup>25</sup> Djajic S. 2011, 168-169.

<sup>26</sup> Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, pasusi 205 i 260. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, pasusi 59-64.

<sup>27</sup> SGS v. Republic of the Philippines, pasus 134. Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, pasus 89. Malicorp Limited v. the Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, pasus 103(c).

<sup>28</sup> Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie General des Eaux v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97-3, pasus 53.

<sup>29</sup> Biwater Gauf Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, pasusi 471-472.

<sup>30</sup> Carroll L, 142-146.

<sup>31</sup> Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008), Partial Award on Jurisdiction and Liability, pasusi 158-159. SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, pasusi 138-139 i 142.

nadležnost za ugovorni spor na osnovu kišobran klauzule u investicionom sporazumu između Švajcarske i Filipina, odlučili da ipak tu nadležnost ne vrše zbog postojanja klauzule o isključivoj nadležnosti za rešavanje ugovornih sporova (*exclusive forum selection clause*) u ugovoru. Smatraju da se takvim postupanjem na mala vrata uvodi obaveza iscrpljivanja lokalnih pravnih lekova, koja najčešće nije uslov za pokretanje investicionog spora.

Nasuprot tumačenju o fakultativnosti prigovora “*forum selection clause*”, ima i mišljenja da ulagač nema pravo da pred investicionim tribunalom ističe tužbeni zahtev iz ugovora o ulaganju ukoliko u ugovoru postoji klauzula o isključivoj nadležnosti za rešavanje ugovornih sporova.<sup>32</sup>

#### D. Čisto ugovorni zahtevi

Povreda ugovora o ulaganju može istovremeno da predstavlja i povredu investicionog sporazuma, te tako tužbeni zahtevi iz jednog i drugog mogu paralelno postojati.<sup>33</sup> Često su ti zahtevi toliko isprepleteni da ih je teško razgraničiti.<sup>34</sup>

U tom smislu, autori i tribunali razlikuju čiste ugovorne zahteve (*pure contract claims*) i ugovorne zahteve koji se preklapaju sa zahtevima zasnovanim na investicionom sporazumu (*contract claims that overlap with treaty claims*).<sup>35</sup> Priroda spora ima posledice na nadležnost arbitražnog tribunala konstituisanog na osnovu investicionog sporazuma. Kvalifikovanje zahteva kao “purely contractual” vodi ka oglašavanju nenadležnosti<sup>36</sup>. U takve se svrstavaju zahtevi koji se pozivaju na neispunjenje ugovora, nesaobrazno ispunjenje i jednostrani raskid ugovora.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Ho J, pasus 10. Autorka se poziva na predmet SGS protiv Filipina.

<sup>33</sup> Ho J, pasus 3.

<sup>34</sup> Videti Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, pasus 75. Vidi takođe, Ho J, pasus 2.

<sup>35</sup> Djajic S, 162: “*purely or essentially contractual claims*”. Ho J, pasus 12 et seq. Gustav FW Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 Jun 2010, pasus 329. Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB-07-5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011, pasus 318.

<sup>36</sup> Djajic S, 164) Joy Mining v. Egypt, Award, pasus 82. Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Hashemite Kingdom of Jourdan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 15 November 2004, 127. Alexandrov S, 391 smatra da je ovakav pristup tribunala problematičan jer se pravna priroda zahteva može suštinski utvrditi tek u fazi merituma, dok je ocena činjenične podloge zahteva u fazi utvrđivanja nadležnosti samo preliminarna, prima facie.

<sup>37</sup> Ho J, pasus 13.



Ponekad se čisti ugovorni zahtevi kombinuju sa zahtevima zasnovanim na povredi investicionog sporazuma<sup>38</sup> ili se čak smišljeno „prerušavaju“ u tužbene zahteve na osnovu investicionog sporazuma kako bi se izdejstvovala nadležnost investicionog arbitražnog suda. Doduše, takvu zloupotrebu postupka teško je dokazati.<sup>39</sup>

### **III Povrede privatnopravnog ugovora o ulaganju koje mogu predstavljati povrede investicionog sporazuma**

Povreda privatnopravnog ugovora o ulaganju ne predstavlja automatski povredu međunarodnog investicionog sporazuma.<sup>40</sup> Da bi postojala odgovornost države za povredu investicionog sporazuma, mora da postoji nešto više. Mora da postoji neki oblik mešanja države u ugovorni odnos u svojstvu suverene vlasti.<sup>41</sup> Država mora da postupa u svojstvu suverena (*iure imperii*), njene radnje i propuštanja moraju biti radnje i propuštanja suverene vlasti (fr. *puissance publique*).<sup>42</sup> Pomoću ovog kriterijuma vrši se razlikovanje: takvo mešanje mora da postoji kod zahteva na osnovu investicionog sporazuma, dok ne postoji kod čisto ugovornih zahteva.<sup>43</sup>

Treba napomenuti da ne postoji dosledna arbitražna praksa o ovom pitanju. Kako su to tautološki objasnili arbitri u nekoliko predmeta, povreda ugovora može predstavljati povredu investicionog sporazuma “u slučaju kada povređeni standard i prava koja su ugrožena takvom povredom ulaze u opseg zaštite BIT-a”.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Djajic S., p. 162. Kao primer, navodi se predmet Toto Costruzioni, Djajic S., 166.

<sup>39</sup> Jedan od retkih predmeta u kojem je arbitražni sud odbio nadležnost smatrajući da je tužbeni zahtev tužilaca „ugovorni zahtev prerušen u zahtev na osnovu investicionog sporazuma“ (*contractual claim [...] dressed up as a Treaty case*) je *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID CaseNo. ARB/10/6, Award of December 10, 2010, pasusi 7.3.6.-7.3.7. Videti, Stanivuković Maja, “Investment arbitration – effects of an arbitral award rendered in a related contractual dispute“, *Yearbook on International Arbitration* (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), Vol. IV, NWV Verlag GmbH, Vienna, 2015, 176.

<sup>40</sup> *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, pasus 457.

<sup>41</sup> Djajic S, 164.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 162. *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB-09-02, Award, 31 October 2012, pasus 559. *Biwater Gauff Ltd. v. Tanzania*, Award, pasus 458. *Vigotop Limited v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, pasus 317.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 164. Aleksandrov S, 385.

<sup>44</sup> *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2. AES protiv Kazahstana, Award, pasus 192.

Povrede privatnopravnog ugovora tako se u tužbi protiv države označavaju kao jedna od sledećih povreda investicionog sporazuma: eksproprijacija, povreda poštenog i pravičnog tretmana i povreda kišobran klauzule.<sup>45</sup>

### A. Eksproprijacija ugovornih prava

Preduslov da se neka povreda ugovora označi kao eksproprijacija je da ugovor predstavlja imovinu koja se može eksproprijisati. U investicionoj arbitraži, ova pretpostavka je malo izmenjena, bar terminološki: potrebno je da ugovor predstavlja zaštićeno ulaganje.<sup>46</sup> U definicijama zaštićenog ulaganja u investicionim sporazumima među nabrojanim vrstama ulaganja navode se i potraživanja iz ugovora. Na primer, sporazum Srbije i Crne Gore sa Švajcarskom iz 2005.g. u članu 1 kao ulaganje definiše između ostalog “novčana potraživanja ili ostala potraživanja po osnovu ugovora koja imaju ekonomsku vrednost”. Moguće je da budu ugovoreni ili pretpostavljeni i dodatni uslovi da bi se jedan ugovor ili potraživanje iz ugovora smatrali investicijom u smislu BIT-a.<sup>47</sup>

U predmetima SGS protiv Pakistana, Suez protiv Argentine<sup>48</sup>, Parkerings protiv Litvanije,<sup>49</sup> Malicorp protiv Egipta<sup>50</sup> i Biwater Gauff protiv Tanzanije, pokrenuto je pitanje da li je raskid ugovora predstavljao eksproprijaciju na osnovu investicionog sporazuma, ali ni u jednom od njih nije došlo do utvrđivanja odgovornosti države za eksproprijaciju.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Pored ova tri standarda, ponekad povredom ugovora može da se prekrši i klauzula pune zaštite i sigurnosti i klauzula o zabrani arbitrarnog i diskriminatornog postupanja. Aleksandrov S, 374.

<sup>46</sup> Videti Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasus 267. Ho J, pasus 22.

<sup>47</sup> Na primer „Salini test“ u investicionoj arbitraži na osnovu Konvencije ICSID-a.

<sup>48</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30 July 2019, pasusi 144-145.

<sup>49</sup> Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

<sup>50</sup> Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

<sup>51</sup> U predmetu SGS protiv Pakistana nije odlučeno o meritumu spora. Arbitražni sud je samo utvrdio da je nadležan za rešavanje o zahtevima zasnovanim na investicionom sporazumu, ali ne i o zahtevima zasnovanim na ugovoru. U predmetu Biwater Gauff protiv Tanzanije, arbitražni sud je u pasusima 491-491 odlučio da nije bilo eksproprijacije ugovora, ali je u pasusu 708 utvrdio da je ukidanje izuzeća od obaveze plaćanja PDV-a jedan od događaja koji je pretvorio postupak raskida ugovora u eksproprijaciju.

Jednostrani raskid ugovora može da predstavlja eksproprijaciju ugovornog ulaganja, pod uslovom da je država delovala u svojstvu nosioca vlasti i da je usled tog delovanja ugovor prestao.<sup>52</sup> Primenjuje se test „da li je država izula ugovornu obuću“ (eng „*stepping out of the contractual shoes-test*“):<sup>53</sup> radnje države moraju da budu drukčijeg karaktera od radnji koje bi mogla da preduzme obična ugovorna strana.<sup>54</sup>

Pored ovoga kriterijuma većina arbitražnih sudova u investicionim sporovima smatra da je za postojanje eksproprijacije relevantno i pitanje da li je država raskinula ugovor u skladu sa uslovima ugovora i sa merodavnim pravom.<sup>55</sup>

Delovanje u svojstvu nosioca vlasti najlakše je utvrditi kada je raskid ugovora posledica zakonodavne mere.<sup>56</sup> Kada zakonodavne mere nema, teže je odrediti da li je država raskinula ugovor u tom svojstvu.<sup>57</sup>

Test za utvrđivanje da li je do toga došlo, formulisan je u predmetu Vigotop protiv Mađarske iz 2014.g. koji je proistekao iz raskida ugovora o koncesiji za izgradnju i poslovanje jednog turističkog odmarališta i kazina u Mađarskoj.<sup>58</sup> Prema ugovoru, projekat je trebalo da se gradi na zemljištu koje je tužilac, kiparski ulagač, obezbedio ugovorom o zameni.<sup>59</sup> Međutim, u trenutku zaključenja ugovora o koncesiji bila je u toku parnica o punovažnosti ugovora o zameni. Tužilac nije uspeo da putem suda ostvari svoje pravo svojine na zemljištu do isteka ugovorenog roka, te je država raskinula ugovor.

<sup>52</sup> Ho J, pasus 26. Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award 30 April 2004, pasusi 174-175. Vigotop Limited v. Hungary, Award, pasus 317.

<sup>53</sup> Vigotop Limited v. Hungary, Award, pasus 318.

<sup>54</sup> Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, pasus 260. Vannessa Ventures Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, 16 January 2013, pasus 209. Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, pasus 248.

<sup>55</sup> Vigotop Limited v. Hungary, pasus.319.

<sup>56</sup> Jedan od retkih slučajeva kada je arbitražni sud utvrdio eksproprijaciju jeste Siemens protiv Argentine, u kome je argentinska vlada donela Uredbu (Decree 669/01) kojom je raskinula ugovor sa ulagačem. Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasus 271.

<sup>57</sup> Ho J, pasusi 26-27.

<sup>58</sup> Vigotop Limited v. Hungary, pasusi 328-331. Interesantno je da je jedan od sponzora projekta bio Ronald Lauder, poznat od ranije iz predmeta Lauder v. Czech Republic, UNCITAL, Award, 3. septembar 2001.

<sup>59</sup> Jedan od sponzora projekta je zamenio sa državom zemljište čiji je vlasnik bio i koje je državi bilo potrebno za izgradnju auto puta. Međutim, ispostavilo se da državi u tu svrhu nije trebala celokupna površina njegovih parcela, već samo jedan njihov manji deo, te je Vrhovni sud proglasio ugovor o zameni ništavim usled nepostojanja javnog interesa za zamenu.

Do toga je došlo 2011, posle promene vlasti u Mađarskoj.<sup>60</sup> Raskidu je prethodila istraga nezakonite privatizacije državnog zemljišta tokom vladavine socijalista, koja je obuhvatala i ulaganje tužioca. Prema Vigotopu, raskid ugovora je u ovom slučaju mogao da se izjednači sa nezakonitom indirektnom eksproprijacijom koja je zabranjena sporazumom o zaštiti ulaganja iz 1989. g. između Kipra i Mađarske.<sup>61</sup> Ulagrač je tvrdio da je Vlada Fidesa raskinula ugovor sledeći „skrivenu političku agendu“.<sup>62</sup>

Mađarska se branila navodima da je postupala u skladu sa ugovorom i mađarskim pravom jer tužilac nije ispunio svoju osnovnu obavezu iz ugovora, da obezbedi lokaciju za projekat iz razloga na koje država nije uticala.

Arbitražni sud je zasnovao analizu na tri pitanja. Prvo, da li je Mađarska raskinula ugovor kao nosilac suverene vlasti, odnosno da li je raskinula ugovor radi sprovođenja neke javne politike.<sup>63</sup> Ukoliko bi odgovor na ovo pitanje bio negativan, samim tim bi postojanje eksproprijacije bilo isključeno i tužbeni zahtevi bi se morali odbiti.<sup>64</sup>

Drugo, da li je država, mada je delovala kao nosilac suverene vlasti, sprovodeći javnu politiku, po ugovoru imala pravo na raskid.<sup>65</sup> Raskid ugovora koji država izvrši kao nosilac suverene vlasti ne mora nužno da predstavlja eksproprijaciju, ukoliko su postojali ugovorom predviđeni razlozi za raskid<sup>66</sup>. Ukoliko nijedan od razloga koji su navedeni ne bi bio osnovan, postojale bi indicije za utvrđivanje eksproprijacije.<sup>67</sup>

Treće, ukoliko bi se utvrdilo da ugovorni razlozi i razlozi javne politike paralelno postoje, da li je raskid bio u skladu sa načelom dobre vere ili je država zloupotrebila svoje ugovorno pravo na raskid kako bi izbegla plaćanje naknade za eksproprijaciju ugovornog ulaganja.<sup>68</sup>

<sup>60</sup> Dr Orban, lider partije Fidesz stupio je na funkciju predsednika vlade 29. maja 2010.

<sup>61</sup> Agreement between the Government of the Hungarian People's Republic and the Government of the Republic of Cyprus on Mutual Promotion and Protection of Investment, koji je stupio na snagu 24. maja 1989. Karakteristika ovog, kao i nekih drugih bilateralnih sporazuma Mađarske jeste da su države pristale na arbitražu samo u slučaju povrede klauzule o zabrani eksproprijacije, a ne i drugih standarda zaštite ulagača.

<sup>62</sup> Vigotop Limited v. Hungary, pasus 361.

<sup>63</sup> *Ibid*, pasusi 332 et seq.

<sup>64</sup> Pusztaí Dávid, “Vigotop Limited v Hungary: (Re)defining the threshold of expropriatory contract termination“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2015, 368. Ho J, 164–65.

<sup>65</sup> Vigotop Limited v. Hungary, pasusi 443 et seq.

<sup>66</sup> *Ibid*, pasus 328.

<sup>67</sup> *Ibid*, pasus 329.

<sup>68</sup> *Ibid*, pasusi 544 et seq.

Ispitavši ciljeve koji su rukovodili Mađarsku da raskine ugovor, arbitražni sud je utvrdio da je motiv bila promena turističke politike i politike zaštite životne sredine, kao i sumnje novih vlasti da je zaključenje ugovora o zameni zemljišta bilo rezultat korupcije.<sup>69</sup> To znači da su postojali javnopolitički motivi i time i uslovi za prelazak na drugo pitanje.<sup>70</sup>

U drugom koraku, arbitražni sud je detaljno analizirao odredbe ugovora i merodavnog nacionalnog ugovornog prava. Utvrdio je da je najviši sud u Mađarskoj oglasio ugovor o zameni zemljišta ništavim, te da je država imala pravo da raskine ugovor budući da zemljište za izgradnju turističkog centra nije obezbeđeno u ugovorenom roku.<sup>71</sup>

Na kraju je, u trećem koraku, odbio tvrdnju tužioca da je ugovor raskinut zloupotrebom prava i da nije bio u srazmeri sa povredom ugovora koju je tužilac učinio.<sup>72</sup>

Tako je Mađarska u ovom slučaju dokazala da nije odgovorna za kršenje prava ulagača jednostranim raskidom ugovora, iako je motiv za raskid ugovora bila zaštita životne sredine, odnosno, zaštita javnog interesa. To ipak nije bilo dovoljno da promeni prirodu i položaj države kao jednakog saugovarača koji je u dobroj veri koristio svoja prava iz ugovora. Možemo zaključiti da motiv za raskid ugovora može biti i zaštita javnog interesa, ali to neće dovesti do odgovornosti države ako se država ponaša savesno kao ugovorna strana.<sup>73</sup>

Na eksproprijaciju se odnosi i „satelitski spor“ Devas protiv Indije u kojem se Indija, poništivši u svojstvu nosioca vlasti ugovor koji je državno privredno društvo Antrix zaključilo sa ulagačem, pozvala na klauzulu zaštite osnovnih interesa bezbednosti u BIT-u između Indije i Mauricijusa. Arbitražno veće je većinom glasova prihvatilo pozivanje tužene države na pomenutu klauzulu kao osnov oslobođenja od odgovornosti, ali samo delimično, u odnosu na 60% S-band satelitskog spektra, dok je za preostalih

---

<sup>69</sup> *Ibid*, pasusi 417-441.

<sup>70</sup> Puztai D, 387.

<sup>71</sup> *Vigotop Limited v. Hungary*, pasusi 508-543.

<sup>72</sup> *Ibid*, pasusi 581-

<sup>73</sup> Valavanidou Anastasia, “*Vigotop Limited v. Hungary*, Award, ICSID Case No ARB/11/22, IIC 721 (2014)”, *Oxford Reports on International Law*, 18 November 2015. pasus A1. Videti takođe Puztai D, 1-7.

40% zaključilo da je reč o nezakonitoj eksproprijaciji i dosudilo ulagaču odgovarajuću naknadu.<sup>74</sup>

## **B. Povreda poštenog i pravičnog tretmana**

Pošten i pravičan tretman je opšti standard koji u sebi obuhvata više obaveza države: da ne povredi legitimna očekivanja ulagača, da obezbedi zakonitost postupanja prema ulagaču, da isključi arbitrarnost i nedoslednost itd. Tužbeni zahtev na osnovu eksproprijacije često se kombinuje sa tužbenim zahtevom na osnovu povrede poštenog i pravičnog tretmana. Ukupnost radnji i propuštanja države u odnosu na ugovor zaključen sa ulagačem koji kulminiraju u prestanak ugovora, mogu da budu proglašeni za povredu poštenog i pravičnog tretmana i da dovedu do odgovornosti države.

Jedan od novijih primera je arbitraža kanadskog rudarskog društva Eko Oro protiv Kolumbije koja je okončana arbitražnom odlukom u julu 2024. Eko Oro je 1994. ugovorom o ustupanju stekao prvu licencu za istraživanje i eksploataciju rudnika zlata i srebra u Andima, na lokaciji koja je jednim delom obuhvatala ekosistem paramo.<sup>75</sup> Kasnije je stekao i druge licence koje su objedinjene ugovorom o koncesiji koji je Eko Oro zaključio 2007. g. sa državnim rudarskim institutom Kolumbije. Koncesija je proglašena projektom od nacionalnog interesa i prava na istraživanje su nekoliko puta produžavana. Inicijalno, plan društva je bio da izgradi rudnik površinskog kopa, te je 2009.g. podnelo zahtev za odobrenje radova na izgradnji rudnika, zajedno sa studijom o uticaju na životnu sredinu. U to vreme nije bilo ekoloških ograničenja za rudarenje u toj oblasti. Međutim, Zakonom o zaštiti životne sredine od 2010.g. koji je usvojio princip predostrožnosti, zabranjeno je rudarenje u zaštićenom ekosistemu paramo. Nadležni organi zatražili su od društva da podnese novu studiju o uticaju na životnu sredinu koja bi uzela u obzir tu zabranu. Eko Oro je povukao zahtev za izdavanje dozvole za površinski kop, da bi zatim, 2013.g. zahtevao suspenziju svojih obaveza na

---

<sup>74</sup> CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Emplouzees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 25 July 2016, pasus 373.

<sup>75</sup> Paramo su visinski ekosistemi šuma i livada sa specifičnom vegetacijom koja apsorbuje vodu iz magle, kondenzuju je i omogućava snabdevanje nizija vodom. U Kolumbiji, oko dva miliona ljudi u gradovima zavisi od ovog izvora snabdevanja vodom. Prema tvrdnjama ekoloških organizacija, rudnik zlata bi u vodu iz paramoa ispuštao velike količine cijanida i arsena. AIDA: Protecting the Santurban Paramo from minings damages. <https://aida-americas.org/en/protecting-santurban-p-ramo-minings-damages>.

osnovu vremenski ograničene koncesije, posebno obaveze da podnese novi zahtev za izdavanje ekološke dozvole i odobrenja za izgradnju rudnika, sve dok se ne odrede tačne granice zaštićenog ekosistema. Suspenzija je odobrena. Do demarkacije je došlo tek 2014.g., pri čemu je preko 50 % koncesije stavljeno van snage. Mada su uredbom prvobitno bili predviđeni određeni izuzeci od opšte zabrane rudarenja, uredba je ukinuta odlukom ustavnog suda 2016.g.<sup>76</sup> Mada neizvesnost u vezi sa tačnim granicama oblasti paramo nije otklonjena, nadležni organi su odbili zahtev društva da se produži suspenzija njegovih ugovornih obaveza. Stoga je Eko Oro 2016.g. pokrenuo investicioni spor protiv Kolumbije. Prema tužbi, njegovo ulaganje tokom dvadesetogodišnjeg perioda trajanja koncesije, iznosilo je oko 250 miliona dolara.

U odluci od preko 400 strana, arbitražni sud je većinom glasova<sup>77</sup> našao da bi oduzimanje prava na eksploataciju više od polovine koncesionog područja koje je odlukom arbitražnog suda priznato kao stečeno pravo na osnovu ugovora o koncesiji (mada je zavisilo od izdavanja ekološke dozvole)<sup>78</sup>, moglo da predstavlja indirektnu eksproprijaciju, ali da je preuzeto kao legitimno vršenje vlasti, nediskriminatorskim merama koje su primenjene u cilju zaštite životne sredine. Istakao je značaj paramo ekosistema i činjenicu da rudarenje predstavlja pretnju po njegov opstanak.<sup>79</sup>

S druge strane, arbitražni sud je većinom glasova utvrdio povredu minimalnog standarda tretmana stranih ulagača, uključujući i pošten i pravičan tretman,<sup>80</sup> jer je Kolumbija odobrila ovu koncesiju znajući da se područje koncesije preklapa sa ekosistemom paramo i svesna svoje obaveze da zaštititi to područje od eventualne ekološke štete. Uprkos zakonskoj obavezi da odredi granice područja paramo, Kolumbija to nije blagovremeno učinila. Time je prekršila legitimna očekivanja ulagača na nepravičan i arbitraran

---

<sup>76</sup> Ovom odlukom Ustavnog suda suspendovano je 347 dozvola za rudarenje u ekosistemu paramo.

<sup>77</sup> Arbitražni sud je po pitanju odgovornosti bio podeljen i oba ko-arbitra su pisala odvojeno mišljenje.

<sup>78</sup> *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, pasusi 439-440.

<sup>79</sup> *Ibid.*, pasus 642.

<sup>80</sup> Klauzula o minimalnom standardu tretmana iz člana 805 Sporazuma o slobodnoj trgovini između Kanade i Kolumbije, sadržala je pozivanje na pošten i pravičan tretman.

način<sup>81</sup> i nanela mu štetu bez neke očigledne potrebe. Arbitražni sud je takođe primetio da je Kolumbija odbila da produži rok društvu za izvršenje njegovih ugovornih obaveza, dok je istovremeno sama više puta odlagala svoju obavezu da opredeli opseg zaštićenog područja. Postojala su razmimoilaženje i protivrečni potezi u kolumbijskim ministarstvima u vezi sa potrebom da se sa jedne strane zaštiti paramo, a da se sa druge strane ostvare ekonomski benefiti od eksploatacije rudnika.<sup>82</sup>

Iz ovog primera vidimo kako i sprovođenje legitimnih mera za zaštitu životne sredine kojima se narušava ugovorna ravnoteža može da dovede do povrede investicionog sporazuma ukoliko je država kao ugovorna strana delovala nedosledno, neblagovremeno i protivno legitimnim očekivanjima druge ugovorne strane. Ipak, Kolumbija u ovom slučaju nije obavezana da plati ulagaču traženih 700 miliona dolara naknade, jer arbitražni sud u kasnijoj odluci u kojoj se rešavalo samo o visini naknade nije dosudio ulagaču ni jedan jedini dolar. Naime, prema mišljenju većine arbitara, ulagač nije uspeo da dokaže da je pretrpeo štetu usled radnji države koje su bile protivne pravičnom i poštenom tretmanu, dok su radnje koje su mu prouzrokovale štetu bile legitimno preduzete radi zaštite životne sredine i označene od arbitražnog suda kao zakonite.<sup>83</sup>

### C. Povreda kišobran klauzule

Suština funkcionalne teorije je ograničenje domašaja kišobran klauzule na osnovu prirode i svrhe međunarodnih investicionih sporazuma, ali i prirode i značaja ugovora između stranog ulagača i organa javne vlasti. Prema uobičajenoj formulaciji ove klauzule država ima obavezu da „poštuje“ (eng. *observe*) obaveze preuzete prema stranom ulagaču što treba razlikovati od obaveze da se ugovor „ispuni“ ili „izvrši“ (eng. *perform*) jer ovaj drugi izraz označava ispunjenje obaveza na način na koji su strane ugovorile. U ugovoru sa stranim ulagačem država nije ugovorna strana u svojstvu subjekta međunarodnog prava, čak ni onda kada je njen organ zaključio taj ugovor, kao što ni taj ugovor zbog ove činjenice ne obavezuje sve državne organe i

<sup>81</sup> Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, pasus 804.

<sup>82</sup> *Ibid*, pasusi 820-821.

<sup>83</sup> Moody Susannah, “Columbia avoids damages in high-mountain mining dispute”, *Global Arbitration Review*, 16 July 2014, <https://globalarbitrationreview.com/article/colombia-avoids-damages-in-high-mountain-mining-dispute>, pristup 25. X 2024.



institucije. Država mora da „poštuje“ takav ugovor u smislu da ima negativnu obavezu da ne osujeti izvršenje ugovora vršenjem suverenih ovlašćenja, ali nije dužna i da ga „izvrši“.<sup>84</sup>

Nasuprot tome, prema prostom jezičkom tumačenju štuorg teksta kišobran klauzule koje zagovaraju zastupnici teorije elevacije, sve obaveze iz ugovora zaštićene su ovom klauzulom, zbog čega svaka povreda obaveza iz ugovora postaje automatski i povreda međunarodnog investicionog sporazuma. Teorija elevacije u suštini posmatra kišobran klauzulu kao garanciju izvršenja ugovora uređenog privatnim pravom koji je sa stranim ulagačem zaključio organ javne vlasti države ugovornice. Moglo bi se reći da je reč o apsolutnoj odgovornosti jer država, po ovom tumačenju, preuzima odgovornost za svaku povredu privatnopravnog ugovora koja nastupi u okvirima njene teritorijalne ili personalne nadležnosti.<sup>85</sup> Pristalice teorije elevacije ne prihvataju uslov koji ističu zastupnici funkcionalne teorije tumačenja, da radnje kojima država krši ugovor moraju da budu radnje izvršene u vršenju suverene vlasti.<sup>86</sup>

Ne tako retko, kišobran klauzula je poslužila kao osnov odgovornosti države za kršenje ugovornih obaveza<sup>87</sup>. Jedan od uslova da bi do toga došlo jeste da su upravo država i ulagač koji se pojavljuje kao tužilac u

<sup>84</sup> Douglas Z, 473-474.

<sup>85</sup> *Ibid*, 482.

<sup>86</sup> Carroll L, 141. Autorka navodi odluke u predmetima *Duke Energy Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, pasusi 317-325. *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICDIS Case No. ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, pasus 190. *Eureko B.V. v. Poland*, Partial Award, pasus 130; *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award, pasus 82. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, Award, pasus 72 i novija odluka u predmetu *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, pasus 164. S druge strane, stav da mora biti reč o aktima suverene vlasti da bi se kišobran klauzula primenila i dovela do odgovornosti države zauzet je u sledećim odlukama: *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, pasus 81, *Sempre Energy International v. Republic of Argetnina*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, pasus 310. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12 2005, pasus 299 itd.

<sup>87</sup> *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Award, pasus 54. *Bivac BV v. Republic of Paraguay*, Decision on Jurisdiction, pasusi 141-142. *Eureko BV v. Republic of Poland*, Partial Award, pasus 260. *Duke Energy Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, pasus 325. *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of Paraguay*, Award, pasusi 168-169. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, Award, pasus 299.

investicionom sporu, ugovorne strane u spornom ugovoru.<sup>88</sup> Ovo je značajan uslov budući da se često kao ugovorna strana javlja drugo pravno lice povezano sa tužiocem – na primer, njegovo društvo kći. Ipak, bilo je odluka u kojima je ustanovljena odgovornost države za kršenje ugovornih obaveza zasnovana na kišobran klauzuli, mada ugovor nije bio zaključen sa tužiocem. Obrazloženje za takvu odluku arbitri su našli u formulaciji kišobran klauzule koja je govorila o obavezama preuzetim „u vezi sa investicijom”. Na osnovu te formulacije, smatrali su da nije bitno da li je tužilac bio ugovorna strana u ugovoru ukoliko je obaveza države bila u vezi sa njegovom investicijom.<sup>89</sup>

Država najčešće neće biti odgovorna ni onda kada se kao druga ugovorna strana javlja neko pravno lice koje je odvojeno od države.<sup>90</sup> Ovde takođe „odskaku” određene odluke u kojima su arbitri na osnovu pravila o pripisivanju, zaključili da se kišobran klauzula primenjuje mada nije država, već neko pravno lice čije su se radnje mogle pripisati državi bila strana u spornom ugovoru.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Carrol L, 133 et seq. Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, pasus 384. Siemens A.G. v. Argentine Republic, Award, pasusi 204. CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, pasus 95. Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, Award, 17 December 2015, pasus 368. Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012, pasusi 228, 231-234. WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017, pasus 339.

<sup>89</sup> Supervisión y Control S.A. v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/12/4, Award, pasus 287. Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, pasus 297. EDF International SA, SAUR International SAD and Leon Participaciones Argentinas SA v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, pasusi 938-940.

<sup>90</sup> Limited Liability Company AMTO v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, pasus 110. Gustav FW Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana, Award, pasus 348. Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, pasus 223. Bosh International Inc. and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11, Award, 25 October 2012, pasusi 245. Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 25 July 2018, pasus 1159.

<sup>91</sup> Carroll L, 139. Na primer, Noble Ventures, Inc. v. Romania, Award, pasus 86. Bivac BV v. Republic of Paraguay, Decision on Jurisdiction, pasus, 141. Primena pravila o pripisivanju je prihvaćena i u predmetu Bosh International Inc. and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine, ali je arbitražni sud odlučio da se radnje Univerziteta u tom predmetu ne mogu pripisati državi. Vid. Yannacca Small K, 414.

## IV Zaključak

Postupci države vezani za ugovore o ulaganjima mogu postati predmet preispitivanja u investicionoj arbitraži i dovesti do odgovornosti države za povredu klauzule o zabrani nezakonite eksproprijacije, klauzule o poštenom i pravičnom tretmanu i kišobran klauzule. Prava ulagača na osnovu investicionog sporazuma lako se konstituišu, ponekad bez obzira na interno pravna ograničenja.

Da bi se rizik od međunarodne odgovornosti države umanjio potrebno je da državni organi posvete izuzetnu pažnju sadržini investicionih sporazuma i ugovora o ulaganju sa stranim ulagačima, da angažuju kompetentne pregovarače kada ih zaključuju, i da u njima predvide izuzetke koji će im omogućiti da sprovedu mere potrebne za zaštitu životne sredine, borbu protiv korupcije i za ostvarivanje drugih važnih društveno-političkih ciljeva čak i kada se tim merama potencijalno krše ranije preuzete ugovorne obaveze.<sup>92</sup> U komercijalnim ugovorima koje zaključuje država, treba unaprediti transparentnost i sistem odgovornosti u fazi pregovaranja i zaključenja ugovora, da bi se izbegla korupcija. Treba uneti u ugovor opravdane razloge za raskid i uputiti na pravo države na zaštitu životne sredine i ljudskih prava.

---

<sup>92</sup> O unošenju direktnog pozivanja na klauzulu dobre vere u novijim investicionim sporazumima Evropske unije, videti opširnije: Djajić Sanja, *Renaissance of the Good Faith Principle in Recent International Investment Arbitration and Treaty-Making, Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law*, vol. 8, University of Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2022, 145-162.

**Maja STANIVUKOVIĆ, PhD\***  
**Sanja ĐAJIĆ, PhD\***

## **CONTRACTUAL CLAIMS IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION**

### Summary

*The process of foreign capital investment generally involves the conclusion of contracts that create long-term legal relations between the contracting parties, with a greater risk of disputes arising than in ordinary contracts of private international and commercial law. One of the specific features of these legal relations and the disputes arising from them is the special role and importance of the host state in which the capital is invested. The investment contract is subject to strong influence from the host state which typically determines the conditions under which investment in the domestic economy is possible. During the duration of the investment contract, the state may, through legislative, administrative, and judicial measures, affect the rights and obligations of the contracting parties. If the direct counterparty of the foreign investor is the state, its body, or a local government unit, the influence of the state becomes even more direct and pronounced. The host state, as a contracting party, using its sovereign position, can unilaterally alter or even revoke the mutual rights and obligations from the investment contract, especially if its law is designated as applicable and its courts are agreed upon as competent.*

*Disputes arising from foreign investment contracts can occur between different entities and at different levels. These disputes can take the form of contractual disputes when the state was one of the contracting parties in the foreign investment contract, but they can also take the form of non-contractual, so-called investment disputes, where the plaintiff, a foreign investor, claims that the state, through its intervention, violated their substantive rights based on an international treaty between the host state and*

---

\* Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law, email: [maja@stanivukovic.rs](mailto:maja@stanivukovic.rs);  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0803-9191>

\* Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law, email: [s.djajic@pf.uns.ac.rs](mailto:s.djajic@pf.uns.ac.rs);  
ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-5997-9714>

*the investor's state. The authors discuss the prerequisites for jurisdiction of the investment tribunal for contractual claims and the potential grounds for the host state's liability for breaches of investor's contractual rights under investment treaties.*

**Keywords:** *contract claims, treaty claims, arbitration, umbrella clause, termination of contract*

## Literatura

Alexandrov Stanimir A, “Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction?”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yanacca-Small Katia), 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, Oxford, 2018, 370-394.

Carroll Lee, “What Place Does an Umbrella Clause Have in the New Generation of Bilateral Investment Treaties?”, *Journal of International Arbitration*, 2/2023, 125-154.

Crawford James, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, The 22<sup>nd</sup> Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007.

Djajic Sanja, “Contractual Claims in Treaty-Based Arbitration – With or Without Umbrella and Forum Selection Clauses”, *International Arbitration Law Review*, 5/2011, 162-170.

Djajić Sanja, “Renaissance of the Good Faith Principle in Recent International Investment Arbitration and Treaty-Making” *Harmonisation of Serbian and Hungarian law with the European Union law*, vol. 8, University of Novi Sad Faculty of Law, Novi Sad, 2022, 145-163.

Douglas Zachary, “The Umbrella Clause Revisited“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2023, 472–483.

Ho Jean, “[Contract Claims: Investment Arbitration](#)” *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (ed. Hélène Ruiz-Fabri), Oxford University Press, Oxford, 2020.

Konstantin Christie, “Treaty Claims vs. Contractual Claims in ISDS”, 12 March 2024, *Ius mundi*, <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-claims-vs-contractual-claims-in-isds>, pristup 25. X 2024.

Moody Susannah, “Columbia avoids damages in high-mountain mining dispute”, *Global Arbitration Review*, 16 July 2014, <https://globalarbitrationreview.com/article/colombia-avoids-damages-in-high-mountain-mining-dispute>, pristup 25. X 2024.

Pusztai Dávid, “Vigotop Limited v Hungary: (Re)defining the threshold of expropriatory contract termination“, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2/2015, 384–390.

Salacuse Jeswald W, *The Three Laws of International Investment—National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Stanivuković Maja, “Investment arbitration – effects of an arbitral award rendered in a related contractual dispute“, *Yearbook on International Arbitration* (eds. Marianne Roth, Michael Geistlinger), Vol. IV, NWV Verlag GmbH, Vienna, 2015, 150-179.

Stanivuković Maja, “Rešavanje sporova koji proističu iz stranih ulaganja“, *Pravni život*, 12/1997, 229-245.

Stanivuković Maja, „Kišobran klauzula u bilateralnim investicionim sporazumima (BIT)“, *Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora* (ur. Maja Kostić-Mandić), Pravni fakultet, GTZ Nemačka organizacija za tehničku saradnju, Podgorica, 2008, 32-56.

Valavanidou Anastasia, “Vigotop Limited v. Hungary, Award, ICSID Case No ARB/11/22, IIC 721 (2014)“, *Oxford Reports on International Law*, 18 November 2015.

Yannacca Small Katia, “The Umbrella Clause: Is the Umbrella Closing“, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Yannacca-Small Katia), 2<sup>nd</sup> ed, Oxford University Press, Oxford, 2018, 395-416.