

PRAVIČAN I POŠTEN TRETMAN ULAGANJA U MEĐUNARODNOM INVESTICIJSKOM PRAVU

Prof. dr. sc. Davor Babić*

UDK 339.727.22:347.918

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: listopad 2011.

Pravičan i pošten tretman (fair and equitable treatment) ulaganja najvažniji je standard zaštite u suvremenom međunarodnom investicijskom pravu. Odredbe međunarodnih ugovora o tom standardu zaštite dolaze do primjene u velikoj većini međunarodnih investicijskih arbitraža, samostalno ili s drugim standardima. Istodobno, među svim standardima zaštite pravičan i pošten tretman odlikuje se najvećom razinom općenitosti. Premda su, osobito u proteklim dvama desetljećima, mnogobrojni pravorijeci međunarodnih arbitražnih sudova u velikoj mjeri rasvijetlili sadržaj tog pravnog standarda, praksa o njemu još je u formativnom razdoblju tako da su mnoga ključna pitanja u vezi s tim standardom otvorena. U ovom radu uvodno se daje kratak prikaz osnovnih obilježja međunarodnopravne zaštite ulaganja. Zatim se razmatra položaj pravičnog i poštenog tretmana u sustavu međunarodnog investicijskog prava. Analiziraju se metode tumačenja odredaba međunarodnih ugovora koje uređuju taj standard. U središnjem dijelu rada razmatraju se četiri osnovna elementa ovog standarda zaštite: zaštita opravdanih očekivanja ulagača, transparentnost u donošenju i provođenju odluka, zaštita proceduralnih prava te zabrana zlonamjernog postupanja.

Ključne riječi: međunarodno investicijsko pravo, međunarodno arbitražno pravo, zaštita stranih ulaganja, pravičan i pošten tretman ulaganja

1. UVOD

Pravičan i pošten tretman (*fair and equitable treatment*) ulaganja najvažniji je standard zaštite u suvremenom međunarodnom investicijskom pravu. Odredbe

* Dr. sc. Davor Babić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trig maršala Tita 14, Zagreb

međunarodnih ugovora o tom standardu zaštite dolaze do primjene u velikoj većini međunarodnih investicijskih arbitraža, samostalno ili s drugim standardima. Istodobno, među svim standardima zaštite pravičan i pošten tretman odlikuje se najvećom razinom općenitosti. Dok se sadržaj drugih standarda, kao što su zabrana izvlaštenja, načelo najpovlaštenijeg tretmana, zabrana diskriminacije i sl. u određenoj mjeri unaprijed ograničenog domašaja, određivanje dosega standarda pravičnog i poštenog tretmana u najvećoj je mjeri prepušteno arbitražnoj praksi. U proteklim dvama desetljećima mnogobrojni pravorijeci međunarodnih arbitražnih sudova u znatnoj su mjeri su rasvijetlili sadržaj tog pravnog standarda. No, međunarodno investicijsko pravo u ovom pogledu još je u formativnom razdoblju tako da mnoga pitanja u vezi s primjenom ovoga standarda ostaju otvorena.

U ovom se radu najprije uvodno iznosi kratak prikaz osnovnih obilježja međunarodne zaštite ulaganja (2). Zatim se razmatra položaj standarda pravičnog i poštenog tretmana u sustavu međunarodnog investicijskog prava (3). Nakon toga se analiziraju metode tumačenja odredaba međunarodnih ugovora koje uređuju taj standard (4.) te elementi koji čine pravičan i pošten tretman stranih ulaganja (5.). Na kraju rada iznose se neka zaključna razmatranja (6).

Prof. dr. sc. Krešimir Sajko među prvima je u hrvatskoj pravnoj znanosti istraživao međunarodno investicijsko pravo i prije mnogo godina nagovijestio razvoj tog danas vrlo dinamičnog i važnog područja prava.¹ Posvećujem mu ovaj rad u znak zahvalnosti za sve što sam od njega, kao svojega mentora i učitelja, imao prilike naučiti.

2. OPĆENITO O MEĐUNARODNOJ ZAŠTITI ULAGANJA

Međunarodni pravni okvir za zaštitu inozemnih ulaganja sastoji se od mreže međunarodnih ugovora o zaštiti ulaganja te pravila običajnog prava i drugih

¹ Vidi npr. Sajko, K., *Arbitration Under Bilateral Treaties on Promotion and Protection of Investments Concluded Between Croatia and Other States*, 5 Croatian Arbitration Yearbook, 1998., str. 123 - 138; Sajko, K., *Settlement of Disputes by Bilateral Investment Treaty: the Croatian Experience*, Uniform Law Review (Revue de droit uniforme), 1998., 2/3, str. 657 - 669; Sajko, K., *Washington Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 6 Croatian Arbitration Yearbook, 1999., str. 129 - 140; Sajko, K., *Napomene o arbitražnom rješavanju sporova na osnovi ugovora o poticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja između Hrvatske i Italije*, 42 Pravo u gospodarstvu, 2003., 2, str. 7 - 17.

normi međunarodnog prava koja se primjenjuju *in subsidio*. Najvažniji izvor prava u međunarodnoj arbitražnoj praksi su dvostrani međunarodni ugovori o poticanju i zaštiti ulaganja (*bilateral investment treaties* - BIT's) čiji broj danas, na globalnoj razini, premašuje 2800. Osim dvostranih ugovora, sklopljen je i manji broj višestranih ugovora od kojih su neki sektorske (npr. Ugovor o Energetskoj povelji), a drugi regionalne naravi (npr. NAFTA, ASEAN).

Međunarodni ugovori o zaštiti ulaganja s jedne strane propisuju materijal-nopravne standarde zaštite ulaganja stranih državljana i društava, a s druge strane procesnopravne mehanizme za ostvarenje te zaštite u arbitražnom ili sudskom postupku.

Standardi zaštite ulaganja su materijalna pravila koja uređuju pravni položaj stranog ulaganja. Konkretni standardi zaštite koje uživa pojedino ulaganje ovise o konkretnom dvostranom međunarodnom ugovoru koji je za to ulaganje mjerodavan. Najvažniji standardi zaštite pritom su pravičan i pošten tretman, nacionalni tretman i tretman najpovlaštenije nacije, puna zaštita i sigurnost ulaganja, zabrana ugrožavanja ulaganja samovoljnim ili diskriminirajućim mjerama te zabrana izvlaštenja. Premda se definicije standarda zaštite u pojedinim međunarodnim ugovorima razlikuju, postoji značajna konvergencija u tekstu odredaba o pravičnom i poštenom tretmanu te u tumačenju tih odredaba u međunarodnoj arbitražnoj praksi.

Republika Hrvatska sklopila je oko 60 dvostranih ugovora o poticanju i zaštiti ulaganja kojima se jamči zaštita ulaganja hrvatskih državljana i društava u drugim državama te zaštita ulaganja iz tih država u Republici Hrvatskoj.² Velika većina tih ugovora propisuje pravičan i pošten tretman kao jedan od središnjih standarda zaštite stranog ulaganja.

U pogledu ostvarenja prava na zaštitu ulaganja dvostrani ugovori u pravilu predviđaju dvije vrste postupaka.

Prvi je arbitraža između država ugovornica (*state-to-state arbitration*). Ulagáč se može obratiti svojoj državi i tražiti da ona pokrene arbitražu protiv države primateljice ulaganja zbog povrede nekog standarda zaštite propisanog ugovorom. Taj sustav rješavanja sporova razvio se iz diplomatske zaštite ulaganja koja svoj korijen ima u običajnom međunarodnom pravu. Druga mogućnost, koja se u suvremenoj praksi mnogo češće koristi, jest da sam ulagač pokrene arbitražu protiv države primateljice ulaganja zbog povrede ugovora (*investor-to-state arbitration*). Nadležnost arbitražnog suda za spor između ulagača i države

² ING Registar, 2011., 10, P³⁵.

ugovornice temelji se na pristanku objiju strana da spor riješe arbitražom. Pristanak države na arbitražu sadržan je u odredbi mjerodavnog međunarodnog ugovora o zaštiti ulaganja koja predviđa pravo ulagača da protiv države pokrene arbitražu. Sklapanjem međunarodnog ugovora država zapravo daje trajnu ponudu zaštićenim ulagačima da sporove s državom iznesu pred arbitražu prema ugovoru. Pristanak ulagača na arbitražu očituje se u samom činu podnošenja tužbe u arbitražnom postupku.

Prema podacima UNCTAD-a, od 1990., kada je provedena prva arbitraža na temelju tužbe ulagača, do konca 2007. provedeno je ukupno oko 300 investicijskih arbitražnih postupaka.³

Premda arbitražni sudovi dakako nisu vezani pravorijecima drugih arbitražnih sudova, zbog konvergencije odredaba dvostranih ugovora o zaštiti ulaganja u praksi je uobičajeno da se pravorijeci iz prethodnih arbitraža citiraju kao autoritativni. Premda je judikatura međunarodnog investicijskog prava još u razvoju i po mnogim pitanjima nedosljedna, raniji pravorijeci znatno olakšavaju tumačenje i primjenu ugovora o zaštiti ulaganja u praksi.⁴

Većina investicijskih arbitraža provodi se pri ICSID-u - Međunarodnom centru za rješavanje investicijskih sporova (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*). ICSID je međunarodna ustanova koja djeluje u okrilju Svjetske banke. Osnovana je Konvencijom o rješavanju ulagačkih sporova između država i državljana drugih država (ICSID Konvencija) koja je potpisana u Washingtonu 18. ožujka 1965.⁵ Ukupno 144 države su ugovornice te Konvencije.⁶ Na dan 30. lipnja 2009. broj predmeta registriranih pred ICSID-om od njegova osnivanja je 292, od čega su čak 154 administrirana u prethodnoj godini. Tijekom fiskalne godine 2009. registrirana su 24 nova arbitražna predmeta, od čega je u 20 predmeta arbitraža bila pokrenuta na temelju dvostranih ugovora o zaštiti ulaganja. U istom razdoblju dovršeno je 35 postupaka, od čega 20 donošenjem arbitražnog pravorijeka.⁷ ICSID nije arbitražni sud, već arbitražna institucija

³ www.unctad.org.

⁴ Paulsson, J., *International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law*, ICCA CONGRESS SERIES, Den Haag, 2007., str. 13; Commission, J., *Precedent in Investment Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, 24 *Journal of International Arbitration*, 2007., str. 129.

⁵ Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 2/1998, 13/1998.

⁶ <http://icsid.worldbank.org>.

⁷ Vidi Izvještaj ICSID-a za 2009., <http://icsid.worldbank.org>. Svi pravorijeci arbitražnih sudova dostupni su na internetskoj stranici <http://www.worldbank.org/icsid>.

koje pruža pravni i organizacijski okvir za arbitražu i mirenje između država ugovornica i ulagača koji su državljani drugih država ugovornica. ICSID Konvencija ne uređuje sadržaj zaštite stranih ulaganja već samo postupovni okvir za rješavanje ulagačkih sporova arbitražom i mirenjem. Materijalna pravila uglavnom su sadržana u ugovorima o zaštiti ulaganja i, u manjoj mjeri, drugim izvorima međunarodnog prava (ponajprije u običajnom pravu).⁸

Pri ICSID-u se ukupno rješava oko dvije trećine svih ulagačkih sporova. Ostali sporovi rješavaju se uglavnom *ad hoc* (neinstitucionalnom) arbitražom, arbitražom pri Arbitražnom institutu Trgovačke komore Stockholma (*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*) te pri Međunarodnom arbitražnom sudištu Međunarodne trgovačke komore (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*).

3. PRAVIČAN I POŠTEN TRETMAN ULAGANJA U SUSTAVU MEĐUNARODNOG INVESTICIJSKOG PRAVA

Kako je pravičan i pošten tretman najopćenitiji standard zaštite prema međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja, on u arbitražnoj praksi dolazi do primjene uglavnom onda kada nisu ispunjene pretpostavke za primjenu posebnih standarda zaštite kao što su npr. pravila o izvlaštenju ili sigurnosti ulaganja. Ipak, norme dvostranih međunarodnih ugovora o pravičnom i poštenom tretmanu nisu samo rezidualne naravi: one se primjenjuju i onda kada dolaze do primjene i posebna pravila o zaštiti ulaganja.

Većina prvih odluka međunarodnih tribunala o pravičnom i poštenom tretmanu odnosila se na postupanje sudbene vlasti država primateljica prema ulagačima, zato što je vrijedilo pravilo da je ulagač morao iscrpiti sva pravna sredstva u državi ulaganja prije negoli može tražiti međunarodnu zaštitu. Kako je u suvremenom sustavu dvostranih međunarodnih ugovora to pravilo napušteno, u novijoj praksi ulagači uglavnom traže od arbitražnih sudova da utvrde da su tijela izvršne, upravne ili zakonodavne vlasti države primateljice ulaganja povrijedila pravila o pravičnom i poštenom tretmanu.⁹

⁸ O nadležnosti ICSID-a vidi npr. Kunštek, E., *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država)*, Rijeka, 2002.

⁹ McLachlan, C.; Shore, L.; Weiniger, M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, 2007., str. 226.

Pravičan i pošten tretman u smislu međunarodnih ugovora o zaštiti ulaganja ima autonomno značenje u odnosu na minimalne standarde diplomatske i druge zaštite koje ulaganja uživaju prema međunarodnom običajnom pravu. Običajno pravo, koje se primjenjuje onda kada ulaganje nije zaštićeno međunarodnim ugovorom, pruža manju razinu zaštite od one osigurane međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja.¹⁰

“Pravičan i pošten tretman” (“*fair and equitable treatment*”) sintagma je koja ima jedinstveno pravno značenje. Riječima “pošten” i “pravičan” ne treba pripisivati zasebne, međusobno različite konotacije.¹¹

Pravičan i pošten tretman pravni je standard. Kriteriji o tome što se smatra pravičnim i poštenim tretmanom nisu unaprijed određeni, već se uobličuju u sudskoj i arbitražnoj praksi. Prema ocjeni arbitražnog vijeća u predmetu *Mondev*, “odluka o tome je li neko postupanje pošteno i pravično ne može se donijeti apstraktno; ona ovisi o činjenicama konkretnog slučaja”.¹² Pri tumačenju toga

¹⁰ Vidi npr. *Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), međupravorijek od 26. lipnja 2000., 7 ICSID Rep. 69; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, pravorijek od 1. srpnja 2004., točke 188 - 190; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*; ICSID, ARB/01/08, pravorijek od 12. svibnja 2005., točke 282 - 284; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, djelomični pravorijek od 17. ožujka 2006., točke 286 - 295; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v. Argentina*, ICSID, ARB/012/1, pravorijek od 3. listopada 2006., članci 125 - 131; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID, ARB/05/22, pravorijek od 24. srpnja 2008., točka 591. UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements, 1999.; Newcombe, A.; Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties*, Den Haag, 2009., str. 264 *et seq.*, Schreuer, C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 *Journal of World Investment and Trade*, 2005., str. 359 - 364; Ianaca-Small, K., *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments* u: Reinisch, A. (ur.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008., str. 113 - 118. Iznimno, prema praksi po Sjevernoameričkom ugovoru o slobodnoj trgovini (*North American Free Trade Agreement*) odredbe o poštenom i pravičnom postupanju propisuju minimalni standard zaštite koji postoji i prema običajnom pravu (vidi npr. Schreuer, *ibid.*; Ianaca-Small, K., *U.S. Interpretation of Core NAFTA Investment Standards*, 95 *American Journal of International Law*, 2001., 4, str. 881 - 885).

¹¹ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 276 - 277.

¹² *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)99/2 (NAFTA), pravorijek od 11. listopada 2002., 6 ICSID Rep 192, točka 118. U tom smislu i odluka u predmetima, *Saluka*, *op. cit.* u bilj. 10, točka 285 i *Waste Management, Inc. v. Mexico (Waste Management I)*, ICSID ARB(AF)/98/2 (NAFTA), pravorijek od 2. lipnja 2000., točka 99.

standarda nije dovoljno uzeti u obzir pojedine dramatične incidente u izolaciji, već ih treba razmotriti u gospodarskom i političkom kontekstu u kojemu su nastale.¹³

Pravičan i pošten tretman elastično je pravilo koje nema jasnih razgraničenja. U mnogim se slučajevima bez pomne činjenične analize ne može unaprijed pouzdano utvrditi je li došlo do povrede tog standarda. Ipak, na temelju dvostranih i višestranih ugovora o zaštiti ulaganja razvila se znatna arbitražna praksa koja omogućuje da se njegov sadržaj donekle konkretizira.¹⁴

Premda odlučivanje o povredi načela pravičnog i poštenog tretmana ovisi prije svega o okolnostima slučaja, taj standard ima objektivno, a ne subjektivno značenje. Pravilo o pravičnom i poštenom tretmanu ne može se izjednačiti sa suđenjem *ex aequo et bono* ili kao *amiable compositeur*.¹⁵ Od arbitražnog ili drugog suda nadležnog za primjenu tog pravila ne traži se da dade vlastitu, subjektivnu ocjenu kakvo bi ponašanje države bilo pravično, već da primijeni normu međunarodnog prava.¹⁶

Načelo pravičnog i poštenog tretmana ne odnosi se samo na proceduru u kojoj država donosi odluke koje se tiču stranog ulagača, već i na njihov sadržaj. Riječ "tretman" u ovom pravnom standardu treba shvatiti u najširem smislu. Donošenje odluka u skladu s primjerenom zakonodavnom, sudskom, odnosno upravnom procedurom samo je jedan od elemenata pravičnog i poštenog tretmana.¹⁷ Taj pravni standard krši se aktom države koji je prema svojem sadržaju nepošten, odnosno nepravičan prema ulaganju čak i onda kada je donesen u transparentnom i zakonitom postupku.¹⁸

Zaštita prava na pravičan i pošten tretman prema međunarodnim ugovorima nije uvjetovana time da ulagač dokaže da je ulaganje u stvarnosti ugroženo. U

¹³ *Gami Investments, Inc v. Mexico*, UNCITRAL, pravorijek od 12. studenoga 2004., točka 103.

¹⁴ *Saluka, op. cit.* u bilj. 10, točka 284; Schreuer, *op. cit.* u bilj. 10, str. 365.

¹⁵ Schreuer, *op. cit.* u bilj. 10, str. 365; Ianaca-Small, *Fair and Equitable Treatment, op. cit.* u bilj. 10, str. 118.

¹⁶ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada (NAFTA)*, UNCITRAL, djelomični pravorijek od 13. studenoga 2000., točka 261; *Saluka, op. cit.* u bilj. 10, točka 284.

¹⁷ Schreuer, *op. cit.* u bilj. 10, str. 374.

¹⁸ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 278. U međunarodnoj arbitražnoj praksi nema temelja za manjinsko stajalište da se ovaj standard odnosi samo na postupak donošenja odluka, a ne na zaštitu materijalnih prava (McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 260 - 261); Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 278.

tom pogledu taj se standard bitno razlikuje od standarda pravičnog i poštenog tretmana kako je uređen običajnim pravom te od zaštite od samovoljnih i diskriminirajućih mjera.¹⁹ Npr. u predmetu *Pope & Talbot* arbitražni sud našao je da su nejasne i proturječne izjave upravnih tijela dane prema ulagaču te netransparentnost u postupanju predstavljale povredu prava na pravičan i pošten tretman premda konkretnih nepovoljnih posljedica za ulaganje nije bilo.²⁰ Slično tome, povreda prava na zaštitu postoji i onda kada država nepošteno i nepravično postupaju prema ulaganju koje više nema nikakvu tržišnu vrijednost.²¹

4. METODE TUMAČENJA

Tumačenje standarda pravičnog i poštenog tretmana te tumačenje drugih standarda zaštite u međunarodnim ugovorima provodi se prema odredbama članaka 31. i 32. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora iz 1969. (Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 12/1993, 16/1993, 9/1998).²²

Prema čl. 31. st. 1. Konvencije međunarodni ugovor tumači se u dobroj vjeri prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.

Prema toj odredbi tumačenje međunarodnog ugovora počinje gramatičkom interpretacijom kojom se utvrđuje uobičajeni smisao teksta ugovora. Zbog općenitosti izraza "pravičan i pošten tretman" ova metoda u praksi investicijske arbitraže daje samo ograničene rezultate.²³

Tumačenje odredaba o pravičnom i poštenom tretmanu u njihovu kontekstu (sistematsko tumačenje) uglavnom polazi od usporedbe načela pravičnog i poštenog tretmana s drugim pravnim standardima sadržanima u odgovarajućem ugovoru o zaštiti ulaganja kao što su načelo najpovlaštenije nacije, zabrana diskriminacije, osiguranje potpune zaštite i sigurnosti itd. Primjerice, uspoređujući odredbe Ugovora o zaštiti ulaganja između Republike Hrvatske i SR Njemačke koje se odnose na pravičan i pošten tretman (čl. 2. st. 1.) s odred-

¹⁹ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 275.

²⁰ *Pope & Talbot*, *op. cit.* u bilj. 10.

²¹ Odluka Međunarodnog suda pravde u predmetu *ELSI (United States v. Italy)*, 20. travnja 1989., ICJ Reports 4).

²² *MTD v. Republic of Chile*, pravorijek od 25. svibnja 2004. Schreuer, *op. cit.* u bilj. 10, str. 366; McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 221.

²³ McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 221.

bama o nacionalnom tretmanu i položaju najpovlaštenije nacije (čl. 3.), vidljivo je da je pravičan i pošten tretman apsolutni standard, koji se primjenjuje nezavisno od toga kako država postupa prema svojim državljanima ili državljanima trećih država, dok su potonja dva standarda relativna.²⁴ Iz usporedbe s odredbom čl. 2. st. 3., koji uređuje zabranu narušavanja ulaganja samovoljnim ili diskriminirajućim mjerama, vidljivo je da se standard pravičnog i poštenog tretmana primjenjuje bez obzira na to je li u stvarnosti došlo do narušavanja ulaganja.

Međunarodni arbitražni sudovi koji primjenjuju ugovore o zaštiti ulaganja najčešće se usredotočuju na njihovu svrhu ili cilj (metoda svrhovitog ili teleološkog tumačenja).²⁵ Pritom se, prema izričitoj odredbi čl. 31. Bečke konvencije, znatna pozornost posvećuje preambulama ugovora u kojima je ta svrha najčešće pobliže opisana. U preambulama se najčešće navodi da se ugovor sklapa zbog želje država ugovornica da prodube gospodarsku suradnju i stvore povoljne uvjete za ulaganja državljana ili društava jedne ugovorne stranke na teritoriju druge ugovorne stranke. Tumačeći preambulu ugovora o zaštiti ulaganja između Nizozemske i Češke Republike, arbitražno vijeće u predmetu *Saluka* napomenulo je da cilj ugovora nije samo zaštita ulaganja, već i unapređenje gospodarskih odnosa između država ugovornica koja može biti ugrožena i pretjeranom zaštitom ulaganja. Stoga prema stajalištu tog vijeća teleološko tumačenje ugovora traži od arbitražnog suda vaganje interesa zaštite ulaganja i interesa promicanja gospodarske suradnje.²⁶

Prema članku 32. Bečke konvencije, dopunska sredstva tumačenja, uključujući pripreme radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, mogu se koristiti ako su druga tumačenja dvosmislena ili nejasna ili ako dovode do očito besmislenog ili nerazumnog ishoda.

Ova odredba dopušta primjenu metode historijskog tumačenja koja traži od tijela primjene da uzme u obzir/prihvati genezu međunarodnog ugovora, prije svega pripreme radove (*travaux préparatoires*) na temelju kojih je međunarodni ugovor sastavljen. Kod dvostranih međunarodnih ugovora o zaštiti ulaganja ova metoda ima vrlo ograničenu vrijednost jer u pravilu nisu dostupni pripremni materijali koji bi mogli poslužiti kao odgovarajuće interpretativno sredstvo.²⁷

²⁴ Vasciannie, S., *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70 British Yearbook of International Law, 1999., str. 100 - 104.

²⁵ Npr. *MTD*, *op. cit.* u bilj. 22, točke 112. i 113; *Saluka*, *op. cit.* u bilj. 10, točka 300.

²⁶ *Saluka*, *op. cit.* u bilj. 10, točka 300.

²⁷ McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 224 i tamo citirana literatura.

5. ELEMENTI PRAVIČNOG I POŠTENOG TRETMANA

Sadržaj standarda pravičnog i poštenog tretmana ne može se odrediti jednoznačnom definicijom dovoljno konkretnom da obuhvati sve slučajeve njegove povrede. Umjesto toga, iz postojeće arbitražne prakse mogu se izvesti određene opće osobine pravičnog i poštenog tretmana. U komentariističkoj literaturi, koja nastoji sistematizirati postojeću međunarodnu praksu, navode se njihove različite podjele i kategorizacije. Postoji međutim suglasnost da pravni standard pravičnog i poštenog tretmana podrazumijeva: 1) zaštitu opravdanih očekivanja ulagača, 2) transparentnost u donošenju i provođenju odluka, 3) zaštitu proceduralnih prava ulagača, 4) zabranu zlonamjernog postupanja.

1. Opravdana očekivanja

Zaštita ulagačevih opravdanih očekivanja prema postojećoj je arbitražnoj praksi najvažniji element pravičnog i poštenog tretmana (*legitimate expectations*).²⁸ U praksi se u tom pogledu najčešće citira odlomak pravorijeka arbitražnog vijeća u predmetu *Tecmed v. Mexico* prema kojemu taj pravni standard "traži od država ugovornica da osiguraju međunarodnim ulaganjima tretman koji ne krši temeljna očekivanja koja je strani ulagač imao u vrijeme ulaganja."²⁹

Ta opravdana očekivanja uglavnom se, prema međunarodnoj praksi, odnose na određenu pravnu sigurnost i stabilnost regulatornog režima ulaganja.³⁰ Riječima arbitražnog vijeća iz predmeta *CMS*, "pravičan i pošten tretman neodvojiv je od stabilnosti i predvidljivosti."³¹

²⁸ *Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. Mexico*, ICSID, ARB(AF)/00/2, pravorijek od 29. svibnja 2003., točka 154; *Waste Management Inc. v. Mexico (Waste Management II)*, pravorijek od 30. travnja 2004., točka 98; *Occidental, op. cit.* u bilj. 10, točka 183; *Saluka, op. cit.* u bilj. 10, točka 302; *Schreuer, op. cit.* u bilj. 10, str. 374; *Newcombe, op. cit.* u bilj. 10, str. 279; *Ianaca-Small, Fair and Equitable Treatment, op. cit.* u bilj. 10, str. 124; *McLachlan, op. cit.* u bilj. 9, str. 235 *et seq.*

²⁹ *Tecmed, op. cit.* u bilj. 28, točka 154.

³⁰ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID, ARB(AF)/97/1 (NAFTA), pravorijek od 30. kolovoza 2000., točka 99; *CMS, op. cit.* u bilj. 10, točka 276; *Occidental, op. cit.* u bilj. 10, točka 183; *Tecmed, op. cit.* u bilj. 28; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador*, ICSID, ARB/04/19, 18. kolovoza 2008., točka 339; *Newcombe, op. cit.* u bilj. 10, str. 286.

³¹ *CMS, op. cit.* u bilj. 10, točka 276.

Prema ocjeni arbitražnog suda u predmetu *Saluka*, standard pravičan i pošten tretman treba shvatiti kao “ponašanje koje, ako već proaktivno ne potiče ulazak stranog kapitala, barem ne sprečava strana ulaganja time što obeshrabruje strane ulagače. Odluka o ulaganju temelji se na procjeni stanja prava te ukupnosti poslovnog okruženja u vrijeme ulaganja kao i na očekivanju ulagača da će ponašanje države u koju ulaže nakon ulaganja biti pošteno i pravično.”³²

S druge strane, međunarodni ugovori o zaštiti ulaganja ne jamče apsolutnu stabilnost i nepromjenjivost pravnog sustava. Oni ne dokidaju prerogative država da suvereno uređuju pravni okvir za strana ulaganja na svojem području. Prema arbitražnom pravorijeku u predmetu *Parkerings*, kako svaka država ima neotuđivo pravo i privilegij provoditi svoju suverenu zakonodavnu vlast, ulagači moraju očekivati da će pravo države u kojoj ulažu evoluirati, ali država ne smije pritom djelovati nepošteno, nerazumno ili nepravično.³³

Iz navedenog slijedi da utvrđivanje povrede tog standarda zahtijeva “vaganje tužiteljevih opravdanih i razumnih očekivanja s jedne strane i tuženikovih regulatornih interesa s druge.”³⁴ Arbitražni sud ili drugo tijelo koje primjenjuje međunarodni ugovor o zaštiti ulaganja treba, prilikom odlučivanja o tome je li došlo do povrede standarda pravičnog i poštenog tretmana, ispitati opravdanost interesa države ulaganja da uvede neku mjeru kojom se remeti strano ulaganje.

Arbitražno vijeće u predmetu *Saluka* postavilo je primjenu tog elementa standarda pravičnog i poštenog tretmana na sljedeći način:

*Strani ulagač zaštićen međunarodnim ugovorom u svakom slučaju ima pravo očekivati da će [država] implementirati svoje politike u dobroj vjeri, ponašanjem koje se u pogledu tog ulaganja može razumno opravdati javnim interesom države te da takvo ponašanje neće očito vrijeđati standarde konzistentnosti, transparentnosti, ujednačenog pristupa i zabrane diskriminacije. Poseban tretman stranog investitora osobito se ne smije temeljiti na nerazumno izdvajanju ili zahtjevima i mora se opravdati razumnom vezom s racionalnim politikama čiji cilj nije pogodovanje drugim ulaganjima.*³⁵

Arbitražna praksa pokazuje da je ispitivanje javnih interesa zbog kojih je određena mjera donesena iznimno važan element odlučivanja o standardu

³² *Saluka*, op. cit. u bilj. 10, str. 301.

³³ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID, ARB/05/8, pravorijek od 11. rujna 2007., točka 332.

³⁴ *Saluka*, op. cit. u bilj. 10, točke 303 - 306.

³⁵ *Saluka*, op. cit. u bilj. 10, točka 307.

pravičnog i poštenog tretmana. Ako je država imala objektivnog razloga uvesti određenu mjeru, to upućuje na zaključak da nema povrede standarda pravičnog i poštenog tretmana, osobito ako ta mjera nije imala nerazmjern učinak na ulagača koji traži zaštitu.³⁶

Pri ocjenjivanju jesu li promjenom pravnog režima povrijeđena opravdana očekivanja ulagača arbitražni sudovi uzimaju u obzir relevantne političke i gospodarske okolnosti u državi ulaganja. Arbitražna praksa uvažava da ulagači koji ulažu u države u tranziciji ili u razvoju ne mogu očekivati jednak stupanj stabilnosti i pravne sigurnosti koji se može očekivati u razvijenim državama.³⁷ U arbitražnoj se praksi katkada izrijeком i naglašava da ulaganje u tržišta u razvoju donosi određene veće prinose koje u pravilu prati i veći rizik od promjena regulatornog okvira te da to ulagači moraju uzeti u obzir.³⁸

Arbitražna praksa uvažava da u uvjetima nužde država može donijeti mjere koje bi inače bile protivne standardima zaštite koje predviđaju ugovori o zaštiti ulaganja. Svi investicijski arbitražni postupci koji se tiču tog pitanja pokrenuti su protiv Argentine u kontekstu mjera koje je Argentina provela u energetskom sektoru u uvjetima ekonomske i financijske krize koja je počela 1999. U tim predmetima tužbe su podnijela strana društva koja su uložila u poduzeća za distribuciju plina u Argentini na temelju očekivanja da će tarife za obračun cijena plina prema potrošačima biti obračunane u dolarima uz dodatnu indeksaciju. Radi suzbijanja krize Argentina je kasnije uvela tarifni režim u pesosima i zabranila distributerima povećanje cijena. Arbitražna vijeća ICSID-a zauzela su različita stajališta o tome jesu li te mjere bile nužne s obzirom na krizu. U predmetima *CMS*³⁹, *Enron*⁴⁰ i *Sempra*⁴¹ arbitri su ocijenili da Argentina nije uspjela dokazati da su te mjere bile nužne, a u predmetu *LG&E*⁴² da jest. Ostali arbitražni postupci o tom pitanju još su u tijeku.

³⁶ McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 234.

³⁷ *Parkerings, op. cit.* u bilj. 33, točka 335; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID, ARB/00/9 od 16. rujna 2003., točka 20.37; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Estonia*, ICSID, ARB/99/2, pravorijek od 18. lipnja 2001., str. 348; *Duke Energy, op. cit.* u bilj. 30, točka 340.

³⁸ *Generation Ukraine, op. cit.* u bilj. 37.

³⁹ *CMS, op. cit.* u bilj. 10.

⁴⁰ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID, ARB/01/3, pravorijek od 22. svibnja 2007.

⁴¹ *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID, ARB/02/16, pravorijek od 28. rujna 2007.

⁴² *LG&E, op. cit.* u bilj. 10.

Prema međunarodnoj praksi, ulagač će u arbitražnom postupku lakše dokazati da su njegova očekivanja bila opravdana ako se temelje na izričitim izjavama ili uvjerenjima koje je primio od države. Primjenu dvostranih ugovora o zaštiti ulaganja u ovom smislu povezuju se s međunarodnopravnom odgovornosti država za njihove jednostrane akte.⁴³

Takve izjave ili uvjerenja mogu biti dani u kojem obliku. Oni se najčešće pojavljuju u obliku ugovora između države i ulagača, koncesije, dozvole ili odobrenja za obavljanje neke djelatnosti, premda mogu biti dani i usmeno. Povredu pravnog standarda pravičnog i poštenog tretmana lakše je dokazati onda kada su te izjave sasvim određene i nedvosmislene i kada su upućene određenoj osobi ili skupini osoba.⁴⁴

Primjerice, u predmetu *Metalclad* ulagač je primio izričita uvjerenja od savezne vlade Meksika da je njegovo namjeravano ulaganje u odlagalište opasnog otpada bilo u skladu s meksičkim propisima o zaštiti okoliša i komunalnim propisima. Unatoč tome, tijela lokalne samouprave odbila su izdati ulagaču građevinsku dozvolu zbog zaštite okoliša. Arbitražni sud našao je da je ulagač mogao opravdano očekivati da lokalna samouprava zbog tog razloga neće odbiti izdavanje potrebnih dozvola.⁴⁵ U predmetu *CMS* i drugim sličnim predmetima⁴⁶ očekivanje ulagača temeljilo se na tarifnom režimu koji je bio uređen posebnom vladinom uredbom i naveden u licencama društava za distribuciju plina.

Ako se ulagač razumno pouzdao u uvjerenja koja je primio od državnih tijela, tada postupanje države protivno tim uvjerenjima krši ugovor o zaštiti ulaganja i onda kada je uvjerenje bilo dano protivno unutarnjem pravu te države. Npr. u predmetu *Southern Pacific Properties* arbitražni sud ocijenio je da su radnje određenih egipatskih dužnosnika bile "odjevene u ruho državne vlasti i prenesene stranim ulagačima koji su se na njih oslonili prilikom ulaganja. Bez obzira na to jesu li te radnje bile zakonite prema egipatskom pravu, one su stvorile očekivanja koja su zaštićena međunarodnim pravom."⁴⁷ Slično tome, u predmetu

⁴³ Reisman, W. M.; Arsanjani, M. H., *The Question of Unilateral Government Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, 19 ICSID Rev, 2004., str. 32; Barsalou, O., *Les actes unilatéraux étatiques en droit international public: Observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques*, 44 Canadian Yearbook of International Law, 2006., str. 395.

⁴⁴ *Metalclad*, op. cit. u bilj. 30, točka 148; *GAMI*, op. cit. u bilj. 13, točka 76.

⁴⁵ *Metalclad*, op. cit. u bilj. 30.

⁴⁶ Vidi *supra* 4. c) 1.

⁴⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, pravorijek, 20. svibnja 1992., 3 ICSID REP., točke 82. i 83.

MTD Odbor za strana ulaganja Čilea odobrio je ulaganje malezijskog investitora koji je namjeravao sagraditi novo naselje u Čileu, premda je ulaganje bilo protivno čileanskim urbanističkim propisima. Nakon što je tužitelj izdvojio znatna sredstva za kupnju zemljišta i gradnju, nije uspio ishoditi građevinsku dozvolu. Arbitražno vijeće utvrdilo je da je time povrijeđen standard pravičnog i poštenog tretmana predviđen mjerodavnim dvostranim ugovorom o zaštiti ulaganja.⁴⁸

Ako država primateljica nije dala izričite izjave na koje se ulagač mogao osloniti, teže je dokazati da je očekivanje ulagača bilo opravdano.⁴⁹ Ipak, zaštita na temelju standarda pravičnog i poštenog tretmana može se ostvariti i onda kada takvih izjava nema.⁵⁰ Ilustrativan je u tom pogledu predmet *Saluka* u kojemu je tužitelj, većinski dioničar jedne češke banke, tvrdio da je Češka Republika povrijedila načelo pravičnog i poštenog tretmana kada je toj banci odbila pružiti financijsku pomoć koju je pružila četirima velikim bankama tijekom krize bankarskog sektora. Arbitražno vijeće utvrdilo je da nije bilo razumnog opravdanja za različito postupanje prema tužitelju i utvrdilo da je Češka Republika povrijedila ugovor o zaštiti ulaganja. Prema stajalištu arbitražnog suda tužitelj je imao pravo na zaštitu, premda mu Češka Republika nikada nije dala izričita uvjerenja o financijskoj pomoći. Tužitelj je, prema ocjeni suda, prilikom ulaganja mogao i bez toga razumno očekivati da će, ako ikada dođe do ozbiljnih financijskih poteškoća u bankarskom sektoru, imati jednak tretman u pogledu financijske pomoći kao i banke koje su pomoć primile.⁵¹

Konačno, valja napomenuti da se opravdana očekivanja ne odnose samo na vrijeme početka ulaganja već i na razumno vrijeme nakon toga.⁵²

2. Transparentnost

Transparentnost u odlučivanju i postupanju tijesno je povezana sa zaštitom opravdanih očekivanja ulagača.⁵³ U suvremenom međunarodnom gospodar-

⁴⁸ *MTD, op. cit.* u bilj. 22.

⁴⁹ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 286; McLachlan, *op. cit.* u bilj. 9, str. 238.

⁵⁰ O tome su arbitražna vijeća izričito zauzela stav npr. u predmetima *Parking, op. cit.* u bilj. 33, točka 331. i *Saluka, op. cit.* u bilj. 10, točka 329.

⁵¹ *Saluka, op. cit.* u bilj. 10, točka 329.

⁵² Schreuer, C.; Kriebaum, U., *At What Time Must Legitimate Expectations Exist*, Werner, J.; Ali, A. H., *Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought*, 2009.

⁵³ Wälde, T., *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration*, 5 *Journal of World Investment and Trade*, 2004., str. 387.

skom pravu transparentnost pravnih pravila i postupanja ima značenje općeg načela.⁵⁴

Standard pravičnog i poštenog tretmana u međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja traži od država ugovornica prije svega da opći pravni akti koji uređuju ulaganje budu objavljeni na primjeren način.⁵⁵ Ta dužnost obuhvaća ne samo objavu teksta, već i objavu ciljeva, odnosno svrhe koji se nekim propisom žele ostvariti.⁵⁶ Prema sadašnjem stanju prakse međunarodnog investicijskog prava, iz načela pravičnog i poštenog tretmana ne može se izvesti dužnost država da o propisima posebno obavijeste investitore, ni dužnost da im daju priliku da ih komentiraju prije njihova donošenja, osim ako se država na to izrijekom obvezala.⁵⁷

Drugi važan element tog standarda zaštite je transparentnost u postupanju državnih tijela. Nejasna, proturječna ili netočna priopćenja državnih tijela prema investitoru te prijeteće izjave ili neopravdano odbijanje zahtjeva za davanje informacija mogu dovesti do povrede odredaba međunarodnih ugovora o pravičnom i poštenom tretmanu. Npr. u predmetu *Pope & Talbot* vijeće je izrazilo stajalište da je standard pravičnog i poštenog tretmana bio povrijeđen neizravnim, nejasnim, dvosmislenim i netočnim izjavama upravnih tijela danih tužitelju. U predmetu *Metalclad* vijeće je našlo da je načelo transparentnosti bilo povrijeđeno proturječnim izjavama i ponašanjem tijela savezne i lokalne vlasti.⁵⁸

Pri ocjeni je li došlo do povrede načela transparentnosti, valja uzeti u obzir složenost ulaganja i potrebu za paralelnim djelovanjem više razina vlasti. Potpuna predvidljivost i pouzdanost informacija ne može se očekivati u projektima visoke razine složenosti.

⁵⁴ Zoellner, C. S., *Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law*, 27 Michigan Journal of International Law, 2006., str. 579. Zoellner izvodi to načelo iz mnoštva međunarodnih ugovora koji uređuju trgovinu (npr. WTO, regionalni i dvostrani ugovori o slobodnoj trgovini), ulaganja (npr. NAFTA i dvostrani ugovori o zaštiti ulaganja) te financije kao i iz prakse međunarodnih tribunala.

⁵⁵ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 291 - 292.

⁵⁶ *Tecmed*, *op. cit.* u bilj. 28, točka 154.

⁵⁷ Newcombe, *op. cit.* u bilj. 10, str. 292.

⁵⁸ Vidi npr. *Pope & Talbot*, *op. cit.* u bilj. 10.

3. Proceduralna zaštita

Pravičan i pošten tretman podrazumijeva i to da će se sudski i upravni akti koji se tiču zaštićenog ulaganja donositi i ostvarivati u postupku koji udovoljava standardima pravičnog postupka (*due process*). Neki dvostrani ugovori, kao što su ugovori sastavljeni prema modelu koji upotrebljava *State Department*, sadržavaju i izričitu odredbu koja propisuje da pravičan i pošten tretman uključuje i zaštitu postupovnih prava u kaznenim, građanskim ili upravnim postupcima u skladu s načelom pravičnog postupka (*due process*) prihvaćenom u glavnim svjetskim pravnim sustavima (čl. 5. st. 2. t. a) *U.S. BIT Model*, 2004.).

U ranijoj praksi o zaštiti ulaganja u međunarodnim ugovorima i običajnom pravu uglavnom su se prema toj osnovi ispitivale eventualne povrede počinjene sudskim odlukama, dok u suvremenoj praksi ulagači uglavnom traže zaštitu u pogledu manjkavosti u donošenju upravnih odluka. Najčešće se pritom pozivaju na povredu prava na saslušanje stranaka.⁵⁹

Primjerice, u predmetu *Middle East Cement* odluka o zadržavanju tužiteljeva broda i o njegovoj prodaji na javnoj dražbi nije bila dostavljena tužitelju, već samo objavljena u novinama te dostavljena mjesnoj policiji.⁶⁰ Premda je tužitelj drugim putem doznao za zadržavanje i prodaju broda, prema ocjeni arbitražnog suda, time što egipatska državna tijela nisu formalno upoznala tužitelja o zadržavanju i prodaji došlo je do povrede pravila mjerodavnog međunarodnog ugovora. U već spomenutom predmetu *Metalclad* arbitražni sud utvrdio je da je Meksiko povrijedio odredbe o poštenom i pravičnom postupku i time što je dozvolu uskratio na sastanku gradskog vijeća o kojemu tužitelj uopće nije bio obaviješten i na koji nije bio pozvan.⁶¹

4. Zlonamjerno ponašanje i prijetnje

Prema postojećoj arbitražnoj praksi zlonamjerno ponašanje i prijetnje državnih tijela predstavlja povredu standarda pravičnog i poštenog tretmana.

⁵⁹ Schreuer, *op. cit.* u bilj. 10, str. 382.

⁶⁰ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. SA v. Egypt*, pravorijek od 12. travnja 2002., 7 ICSID REP. (2003.), str. 178.

⁶¹ *Metalclad*, *op. cit.* u bilj. 30, točka 91. Sličnu odluku donijelo je i vijeće u predmetu *Tecmed*, *op. cit.* u bilj. 28, točka 162.

Primjerice, u predmetu *Tecmed* arbitražno vijeće našlo je da je odbijanje produljenja dozvole za obavljanje djelatnosti bilo popraćeno prisilom i da je stoga bilo nespojivo s načelom pravičnog i poštenog tretmana. U predmetu *Vivendi II* utvrđeno je da je došlo do povrede tog standarda zaštite time što je država nametnula naknade i kazne da bi prisilila ulagača na pregovore o izmjeni ugovora. U predmetu *Desert Line Projects v. Yemen* ulagač je zbog prijetnje i prisile sklopio s tuženom državom nagodbu prema kojoj je država trebala platiti samo pola iznosa koji joj je bio dosuđen stranim arbitražnim pravorijekom. Uagač je nakon toga pokrenuo investicijsku arbitražu u kojoj je vijeće utvrdilo da je nagodba bila sklopljena pod prisilom te da je država dužna, na temelju dvostranog ugovora o zaštiti ulaganja, platiti preostali dio dosuđenog iznosa.

Valja napomenuti da je zlonamjerno ponašanje dovoljno, ali ne i potrebno da bi ulagač mogao ostvariti zaštitu prema standardu pravičnog i poštenog tretmana. Za primjenu toga standarda ne traži se da ulagač dokaže da je država postupala s namjerom ili sa sviješću da će se nekom ulaganju nanijeti šteta.⁶²

6. ZAKLJUČAK

Praksa međunarodnih arbitražnih sudova o pravičnom i poštenom tretmanu ulaganja još je neustaljena i nalazi se u razvojnom stadiju. Mnoga temeljna pitanja u vezi s tim standardom nedovoljno su rasvijetljena da bi mogla osigurati toliko potrebnu sigurnost u pogledu pravnog položaja i ulagača i država primateljica ulaganja prema međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja. Iz postojeće međunarodne prakse može se izvesti samo zaključak da taj standard treba ulagačima jamčiti određenu predvidljivost, transparentnost, zaštitu određenih procesnopравниh sloboda te zabranu zlonamjernog ponašanja. No ti elementi poštenog i pravičnog tretmana i sami su pravni standardi najviše razine općenitosti. Među njima središnju važnost ima subjektivno-objektivno pravilo koje od arbitražnih sudova traži da, odlučujući o tome je li došlo do povrede standarda, ocjenjuju je li u vrijeme ulaganja tužitelj mogao opravdano

⁶² *Southern Pacific Properties*, op. cit. u bilj. 47, točka 82; *LG&E*, op. cit. u bilj. 10, točke 127 - 130; *Tecmed*, op. cit. u bilj. 28, točka 154; *Duke Energy*, op. cit. u bilj. 30, točka 341. *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York - Geneva, 2005.

očekivati da će država primateljica poduzeti mjeru koja nepovoljno utječe na ulaganje. Vrlo visok broj međusobno proturječnih odluka arbitražnih sudova i izdvojenih mišljenja arbitara pokazuje koliko je teško na temelju tako općenitog pravnog standarda razviti pouzdanu arbitražnu praksu.

Istodobno, dosadašnje iskustvo međunarodne investicijske arbitraže pokazuje da je, upravo zbog svoje općenitosti, standard poštenog i pravičnog tretmana u svojoj primjeni dalekosežniji od drugih standarda zaštite. On može dovesti u pitanje mnoštvo ne samo administrativnih ili sudskih već i zakonodavnih akata država primateljica koje imaju nepovoljan učinak na strano ulaganje. Činjenica da privatni arbitražni sudovi, prema međunarodnim ugovorima o zaštiti ulaganja, imaju pravo preispitivati opravdanost suverenih akata država primateljica s obzirom na interese stranih ulagača očekivano je doveo do toga da primjenu standarda pravičnog i poštenog tretmana od samog početka prate mnogobrojne kontroverze. Istodobno nema dvojbe da upravo o ispitivanju granica toga standarda zaštite najviše ovisi hoće li međunarodno investicijsko pravo moći osigurati učinkovit i pouzdan pravni okvir za međunarodnu gospodarsku suradnju u području ulaganja.

Summary

Davor Babić*

FAIR AND EQUITABLE TREATMENT OF INVESTMENTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

„Fair and equitable treatment“ (FET) is the most important standard of investment protection in contemporary international law. In most investment arbitrations, the standard is invoked by the claimants, either as the only grounds for relief or in combination with other standards of protection. At the same time, FET is the most general standard of investment protection. While standards such as national treatment, most-favoured-nation treatment or restrictions on expropriation, are at least to some extent definite in their reach, the meaning of „fair and equitable treatment“ is almost entirely left to the practice of international investment law.

* Davor Babić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Fair and equitable treatment clauses are found in the vast majority of the bilateral investment treaties (BIT's) which Croatia has concluded over the past twenty years. The application of the fair and equitable treatment to a particular investment primarily depends on the exact wording of the applicable BIT. Nevertheless, there is a large degree of convergence both in the phrasing of the standard in bilateral treaties and in the arbitration practice in which such treaties are applied.

The elements of fair and equitable treatment have been variously defined by arbitral tribunals and commentators. Probably the single most important element of the standard is the concept of the protection of legitimate expectations: by committing to fair and equitable treatment the host state guarantees that the government shall not breach the key expectations of the investor at the time of the making of the investment. This element of FET focuses on predictability and stability of the investment framework. At the same time, arbitral tribunals have recognised the need to protect the interests of the host state to change and adapt the legal framework for investments on the basis of legitimate public interests. The FET standard does not tantamount to a „stabilisation clause“ which would guarantee that there will be no adverse changes in the host state's legal system. The application of this segment of the state therefore involves a delicate balancing of the investors and governmental interests in each particular case.

The second element of FET, which has long been recognised as a key concept of good governance, is that of transparency. The FET standard primarily requires the governments to make all general legal rules publicly accessible, but also to be transparent about their purpose, their aims and the context in which they have been enacted. The second prongue of this element is the duty of the host state to act in a transparent fashion in its individual dealings with the investor. Administrative and other bodies of the host state must meet a certain level of clarity and consistency in its dealings with respect to the foreign investor.

FET also guarantees a certain level of protection in terms of due process. While in earlier case law, this element of FET focused on the judicial proceedings, nowadays it is increasingly invoked with respect to administrative and similar procedures.

Another element of fair and equitable treatment is freedom from harrasment and coercion. Actions on behalf of the government which imply threats to the investor or create unjustified and unjust coercion have been found by the tribunals to be inconsistent with the FET standard.

Key words: international investment law, international arbitration law, protection of foreign investments, fair and equitable treatment of investments

