

*Др Сања Бајић, редовни професор  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду*

## ЗНАЧАЈ ПРЕДУГОВОРНОГ ПОСТУПАЊА ЗА НАДЛЕЖНОСТ И МЕРИТУМ У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ<sup>1</sup>

**Сажетак:** У раду се аутор бави условима под којима се предуговорно поседување квалификује као инвестиција од чега ће зависити надлежност трибунала у међународној инвестиционој арбитражи. У раду су хронолошки приказане арбитражне одлуке (ICSID, SCC, UNCITRAL) које показују развој арбитражне праксе од првобитног става да предуговарање само по себи не може представљати инвестицију до новије праксе где је предуговорно поседување квалификовано као инвестиција. Овај тренд треба разумети не само у светлу развоја праксе већ и у светлу различитих билатералних споразума о заштити инвестиција, који нуде и различите дефиниције инвестиција, као и различитих околности случаја. Практика показује да ће предуговорно поседување представљати инвестицију уколико постоји широка дефиниција инвестиције у меродавном споразуму или ако постоји додатни правни основ за обавезу државе да надокнади ове прошироке. Иако новија пракса указује на тренд прихватања предуговорно поседувања као инвестиције, а тиме и услова за заснивање надлежности, ипак тренд не постоји у погледу захтева за накнаду измакле добити због неуспелих преговора.

**Кључне речи:** међународна инвестициона арбитража, надлежност, појам инвестиције

---

<sup>1</sup> Рад је настао као резултат рада на пројекту „Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија)“ чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Назив пријављене теме истраживача: Улога међународној правосуђа у решавању спорова.

## Увод

У процесу припреме за инвестирање страни улагач може предузети низ припремних радњи и претрпети одређене трошкове пре него што закључи уговор којим ће настати његова инвестиција. Радње које претходе инвестирању у ужем смислу могу бити сложене и понекад изискују знатна материјална средства. Питање које се може поставити јесте да ли се такве припремне радње могу сматрати инвестицијом која би обезбедила надлежност арбитражном трибуналу, те на који начин би се проценила штета по такву инвестицију у меритуму спора. Управо ова два питања ће бити предмет овог рада.

### Постојање инвестиције и надлежност у инвестиционој арбитражи

#### *Појам инвестиције*

Међународна инвестициона арбитража је општи појам који обухвата арбитражне поступке које покрећу страни улагачи против државе домаћина због повреде међународних стандарда заштите страних улагања и страних улагача. Стандарди заштите су најчешће уговорени у билатералним споразумима о узајамној заштити страних улагања које закључују државе а таквих споразума је данас преко 2 500. То значи да ће степен и обим заштите зависити од конкретног међународног уговора. Ипак, у пракси не постоји тако значајна партикуларност како би то могло изгледати на први поглед због великог броја билатералних споразума. Партикуларност је значајно ублажена чињеницом да су ови споразуми по свом садржају прилично слични као и чињеницом да арбитражна пракса тежи унификацији стандарда приликом тумачења те да се позива на богату арбитражну праксу и у оним случајевима у којима није примењен предметни билатерални споразум. Поред ове разлике, значајна је и разлика по којим арбитражним правилима се одвија арбитражни поступак (ICSID, UNCITRAL, SCC, ICC, *ad hoc* арбитража).

Дакле, иако је потребно знати да је међународно инвестиционо право постављено углавном као партикуларно, јер се његов корпус правила заснива на билатералним споразумима, таква партикуларност није омела арбитражне трибунале да се ослањају на арбитражне ставове из других одлука те је зато могуће изводити опште закључке о низу питања у области међународног инвестиционог права.

Услови за надлежност у ИКСИД арбитражи су двоструки и обухватају услове из ИКСИД конвенције и конкретног билатералног споразума (БИТ-а). Најзначајније одредбе за ово питање су чланови 25. и 46. ИКСИД конвенције Члан 25. ограничава надлежност на све правне спорове који проистекну непосредно у вези са инвестицијом, између државе уговорнице

и држављана друге државе уговорнице, када су се стране у спору писмено сагласиле да поднесу Центру спор на решавање. По мишљењу Шројера ове границе надлежности су објективне<sup>2</sup> и важе за све учеснике у арбитражним поступцима организованим у оквиру Центра за решавање инвестиционих спорова у Вашингтону (САД). Субјективни услови су постављени конкретним БИТ-ом који представља сталну понуду да се инвестициони спор реши путем арбитраже тако да страни улагач подношењем тужбе Центру прихвата ову понуду и на тај начин настаје писани арбитражни споразум. Овај арбитражни споразум представља сагласност конкретних страна да свој спор реше на овај начин и истовремено представља и испуњење услова из члана 25. ИКСИД конвенције који захтева постојање таквог писаног споразума.<sup>3</sup> Арбитражним споразумом се одређују субјективне границе надлежности арбитражног трибунала.

Пошто се надлежност у ИКСИД арбитражи може установити испуњењем двоструких услова, полазна тачка је увек члан 25. ИКСИД конвенције. Да би овај услов био испуњен потребно је да је тужилац држављанин друге државе уговорнице, те да је реч о правном спору који је директно у вези са инвестицијом. Осим првог услова (држављанин друге државе уговорнице)<sup>4</sup> ИКСИД конвенција не дефинише остале појмове од значаја за надлежност, као што су то „правни спор“ и „инвестиција“. Постојање инвестиције ће се тако утврђивати на основу меродавног БИТ-а јер ови споразуми, по правилу, дефинишу појам инвестиције. Одредбе којима се дефинишу инвестиције врло често садрже исте појмове тако да различита

<sup>2</sup> C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, стр. 89-91.

<sup>3</sup> Понуда за решавање инвестиционих спорова путем арбитраже може да буде дата и на друге начине а не само путем двостраног инвестиционог споразума нити овај последњи услов постоји у члану 25. ИКСИД конвенције. Тако, на пример, понуда може бити унета и у домаћи закон. – Видети, *Tradex Hellas S.A. v. Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Одлука о надлежности, 24. децембар 1996.; *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, 24. јануар 2003.

<sup>4</sup> Члан 25, став 2 гласи:

Држављанин државе уговорнице означава:

а) свако физичко лице које је имало држављанство државе уговорнице, под условом да то није држављанство државе стране у спору, на дан када су се стране сложиле да се спор реши измирењем или арбитражом, односно на дан када је захтев регистрован у складу са чланом 28. став 3. или чланом 36. став 3, али не и оно лице које је тада имало и држављанство тужене државе;

б) свако правно лице које је имало држављанство државе уговорнице, под условом да то није држављанство државе стране у спору, на дан када су се стране сложиле да се спор реши измирењем или арбитражом, и свако правно лице које је имало држављанство државе уговорнице која је страна у спору на тај дан и које, због чињенице стране контроле над тим лицем, има се сматрати држављанином друге државе уговорнице за сврхе ове конвенције.

својинска и друга права подводе под појам инвестиције. На пример, врло често ће се у већини БИТ-ова у појму инвестиције наћи својинска права, права из уговора, удели у привредним друштвима, права из области интелектуалне својине, и слично. Опет, треба имати на уму да управо због чињенице да постоје различити међународни уговори у области заштите инвестиција појам инвестиције може бити и шири од уобичајеног тако да се заштита проширује не само на инвестицију већ и на различите облике економских активности у вези са инвестицијом, као што је „дистрибуција комерцијалних података“ или „организација филијала“ и слично.

Иако ће појам инвестиције зависити највише од меродавног билатералног споразума, потребно је напоменути да арбитражни трибунали, приликом одлучивања о надлежности, овом појму дају прилично широко тумачење. Са друге стране, иако члан 25. ИКСИД конвенције не даје дефиницију инвестиције, у пракси су арбитражни трибунали показали разумевање и за један разуман приступ сматрајући да се појам инвестиције из меродавног БИТ-а мора тумачити у складу са уобичајеним значењем овог термина, односно да инвестиција подразумева пословање које подразумева одређено трајање, ризик, стварно финансијско давање и допринос локалној економији. Ови додатни услови су искључиво резултат праксе, која је, ослањајући се на доктрину, понудила ново тумачење члана 25. ИКСИД конвенције. Ови услови су познати и као „Салини тест“<sup>5</sup>, који се користе као додатни тест приликом оцене постојања инвестиције, а самим тим и надлежности арбитражног трибунала. Постоје примери у пракси, иако ретки,<sup>6</sup> када су арбитражни трибунали одбијали да признају постојање инвестиције упркос томе што би се одређени правни посао *stricto sensu* могао подвести под један од понуђених појмова, управо зато што такво пословање није представљало инвестирање у правом смислу те речи јер му је недостајао ризик, трајање, одређено давање и неопходни допринос економи-

<sup>5</sup> „Општи је став доктрине да инвестиција подразумева: допринос, одређено трајање извршења уговора и учешће у ризику трансакције (коментар Емануела Гајара, *Tore наведен, сипр.* 292). У преамбули би се могао пронаћи и допринос економском развоју државе домаћина као додатни услов. У пракси су ови различити услови међузависни. Тако ризици трансакције могу зависити од доприноса и трајања извршења уговора. Према томе, ови различити критеријуми се морају оцењивати заједно чак иако их, за потребе образложења, трибунал овде разматра индивидуално.“ – *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Одлука о надлежности од 16. јула 2001., став 52 одлуке.

<sup>6</sup>Занимљиво је да је арбитражни трибунал у предмету Салини, који је понудио тумачење члана 25. ИКСИД конвенције, констатује да се о овом појму практично уопште није расправљало до доношења ове одлуке 2001. године. То сведочи у прилог либералног става арбитражних трибунала према појму инвестиције а самим тим и према условима за заснивање надлежности. Видети, *Salini, op.cit.*

ји државе домаћина.<sup>7</sup> Тако, на пример, у предмету *Глобал тррејдині проішів Украјине*, тужбени захтев је одбачен као очигледно неоснован управо због непостојања инвестиције, дакле и пре отварања посебног поступка оцене надлежности суда и допуштености захтева.<sup>8</sup> Трибунал закључује да „купо-продајни уговор који су тужиоци закључили представља комерцијалну трансакцију која се, ни по једном тумачењу, не може сматрати 'инвестицијом' у смислу члана 25. ИКСИД конвенције“.<sup>9</sup> Међутим, потребно је напоменути да ови примери не утичу на тренд широког тумачења инвестиције те да ће и услове из Салини теста арбитражни судови тумачити екстензивно.

### Предуговорно поступање као инвестиција

Иако ће појам инвестиције најчешће бити врло широко постављен у већини међународних споразума о заштити инвестиција, ипак ће се међу овим појмовима врло ретко пронаћи дефиниција која би под инвестицију подвела и радње које претходе настанку инвестиције у смислу меродавног БИТ-а.<sup>10</sup> Питање које се тако поставило у неколико предмета било је управо да ли припрема за закључење уговора (који би се сигурно сматрао инвестицијом) може да се подведе под појам инвестиције и у оним случајевима када није дошло до његовог закључења.

#### 1. *Михали проішів Шри Ланке (ИКСИД) (2002)*<sup>11</sup>

*Mihaly International Corporation*, компанија која се бави инвестирањем и пружањем услуга у области енергетике, приступила је преговорима

<sup>7</sup>На пример, *Џој Мајнині Машинери проішів Еіпіїта*, ИКСИД, одлука о надлежности од 6. августа 2004. године. *Joy Mining Machinery Limited v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11 (United Kingdom/Egypt BIT), Decision on jurisdiction, 6 August 2004; *Михали инітернешенл проішів Шри Ланке*, ИКСИД, одлука од 15. марта 2002. године. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Award, 15 March 2002.

<sup>8</sup>Поступајући по члану 41. став 5. Арбитражног правилника ИКСИД-а.

<sup>9</sup>*Глобал тррејдині рисорс коріорејин и Глобекс инітернешенл проішів Украјине*, ИКСИД, одлука од 1. децембра 2010., став 57. *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11 (US/Ukraine BIT), Award, 1 December 2010.

<sup>10</sup>Према појединим ауторима припремни радови ИКСИД конвенције показују да је током преговора о члану 25. првобитна намера да се дефинише појам инвестиције била напуштена јер се око овог појма није могла постићи сагласност. Припремни радови такође сведоче да, упркос различитим ставовима, ниједном није била предложена идеја да се под инвестицију подведу и припреме за инвестирање и предуговорно поступање. – R. N. Hornick, *The Mihaly Arbitration – Pre-Investment Expenditure as a Basis for ICSID Jurisdiction*, *Journal of Investment Arbitration* 20:2, 189-197 (2003), стр. 190.

<sup>11</sup>*Михали инітернешенл проішів Шри Ланке*, ИКСИД, одлука од 15. марта 2002. године. *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2 (United States/Sri Lanka BIT), Award, 15 March 2002.

са владом Шри Ланке ради изградње и управљања електраном. Шри Ланка је након јавног позива, на који су се јавили заинтересовани предлагачи, приступила директним преговорима са тужиоцем којем је издала и посебан документ о намери вођења преговора и закључења уговора (*Letter of Intent*). У овом документу је тужиоцу дато ексклузивно право на изградњу електране (БОТ уговор) под условом накнадног одобрења владе Шри Ланке. Тужилац је одмах приступио изградњи пројекта и тиме је начинио знатне трошкове. Уследио је и документ о намери закључења уговора (*Letter of Agreement*), и касније, документ о продужењу рока (*Letter of Extension*). Оба документа је издала Шри Ланка. У сва три документа је било јасно назначено да уговор није закључен. Коначан уговор никада није потписан а инвеститор је тужио Шри Ланку за трошкове које је имао у припреми изградње електране и реализације пројекта. Прво питање на које је одговорио ИКСИД арбитражни трибунал било је да ли постоји инвестиција у смислу релевантног билатералног споразума о заштити инвестиција (САД-Шри Ланка) јер је то услов за заснивање надлежности.

У меродавном БИТ-у инвестиција је обухватала, између осталог, и тзв. инвестиционе споразуме, као и потраживања и друге имовинскоправне захтеве који постоје у вези са инвестицијом. Поставило се питање да ли би активности предузете ради закључења уговора се могли сматрати инвестиционим споразумом, те да ли настали трошкови могу да се сматрају потраживањима у вези са таквом, постојећом инвестицијом или у вези са будућом инвестицијом. Арбитражни трибунал се огласио ненадлежним наставши да се трошкови у вези са изградњом пројекта и припремом за закључење уговора не могу сматрати инвестицијом у смислу члана VI споразума између САД и Шри Ланке. Трибунал је закључио следеће:

„59. Трибунал закључује, у погледу три документа која је издала влада Шри Ланке (о намери закључења уговора) током 1993. и 1994. године, да ниједан од њих не садржи обавезу за Шри Ланку или тужиоца. Као што је Трибунал већ и навео, у околностима овог случаја, ови документи се ни на који начин не могу сматрати као да је држава домаћин, Шри Ланка, прихватила ове трошкове као инвестицију у смислу Конвенције (ИКСИД – прим.). Не постоје никакви други докази који би оспорили условни и необавезујући карактер ова три документа.

60. Трибунал је мишљења да *de lege ferenda* извори међународног права о проширеном значењу и дефиницији инвестиције би ипак морали да имају упориште у уговорном или обичајном праву. Тужиоци нису доставили доказе о тумачењу уговора или пракси држава, а још су мање доказали да код држава у развоју, односно у самој Шри Ланки, би се такви трошкови, у околностима овог случаја, могли аутоматски признати као „инвестиција“ без посебне сагласности државе домаћина у погледу спровођења

конкретног пројекта. Требало би имати на уму да БИТ између САД и Шри Ланке садржи одредбе о дефиницији инвестиције и условима за њихов пријем, али да он истовремено признаје и прерогативе Страна уговорница у овом погледу.“

Арбитражни трибунал је нашао да инвестициони уговор никада није закључен и да претходна кореспонденција између страна није конституи-сала уговор нити показала потребну сагласност државе. Пошто трошкови и потраживања, да би били инвестиција, морају настати у вези са инвестицијом, без постојања инвестиције такви трошкови остају без заштите из БИТ-а. Арбитражни трибунал је одмерио документацију коју је издала Шри Ланка, и у којој се свакако могу пронаћи елементи сагласности, али је сматрао да то није довољно да би отклонио јасно и децидно искључење постојања уговора. Уколико нема јасне сагласности друге стране да се приступи планираном пројекту који би могао да представља инвестицију у будућности, онда нема ни инвестиције, а самим тим ни надлежности трибунала. Са друге стране, ако постоји било који други облик сагласности на будућу инвестицију, и независно од чињенице да основни уговор није закључен, одлука у предмету Михали допушта могућност да таква сагласност конституише „инвестициони уговор“ (ако је он као облик инвестиције предвиђен меродавним БИТ-ом, као што је то био случај овде) те да трошкови који су настали у припреми главног уговора буду признати као инвестиција.

## 2. *Zinvali Dveloymeni ĩroyiv Грузије (ИКСИД) (2003)*<sup>12</sup>

Спор је настао поводом прединвестиционих трошкова (у износу од неколико милиона долара) у преговорима о обнови хидроелектране који су трајали више од три године. Уговор о инвестирању и изградњи никада није закључен због притиска Светске банке на Грузију да поступак доделе посла учини транспарентнијим и компетитивним. Након што је искључен из пројекта, Зинвали се обратио ИКСИД-у тражећи накнаду трошкова које је имао у припреми пројекта. Иако је током преговора био састављен и будући уговор о концесији и било размењено неколико докумената (у погледу којих је тужилац сматрао да представљању његова права из области интелектуалне својине) трибунал је констатовао да у овом случају не постоји инвестиција и ускратио је надлежност. Појам инвестиције утврдио је на основу закона о страним инвестицијама Грузије у којем се налазила и по-

---

<sup>12</sup>*Zinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, 24. јануар 2003 (Одлука није објављена. Сиже ове одлуке објављен је у: Т. Weiler (ур.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, стр. 67-70.

нуда за арбитражно решењавање инвестиционих спорова пред ИКСИД-ом. Трибунал закључује да трошкови у вези са припремом инвестирања (*development costs in failed transactions*)<sup>13</sup> не представља признату инвестицију. Трибунал није установио ни постојање неког другог уговорног односа нити основ за примену естопела, што је био став једног од арбитрара.<sup>14</sup>

### 3. *Вилијам Нејл против Чешке Републике (SCC) (2003)*<sup>15</sup>

У овом предмету спор је настао поводом уговора о сарадњи између страног инвеститора и државног предузећа о оснивању заједничког конзорцијума ради оснивања и управљања телекомуникационим системом. Питање које се поставило било је да ли је уговор о сарадњи, који је био потписан, ступио на снагу те да ли је производио правно дејство. Питање је постављено у вези са постојањем инвестиције.

Да би утврдио пуноважност и правно дејство потписаног споразума према меродавном праву, стране су ангажовале вештаке који су о овим питањима дали опречна тумачења. Трибунал је закључио да је могуће да поједини делови уговора заиста нису ступили на снагу јер није дошло до оснивања конзорцијума како је било уговором предвиђено, али да то не искључује свако правно дејство потписаног уговора.<sup>16</sup> Трибунал је посебно нагласио чињеницу да су се стране, након потписивања уговора, понашале као да је реч о важећем уговору, те да је једна од страна инсистирала на раскиду уговора што нужно значи да је уговор био на снази.<sup>17</sup> Трибунал је применио меродавно право за уговор (право Чешке Републике) и закључио да је могућа дељивост уговорних одредаба тако да се поједине одредбе заиста могу сматрати неважећим, док је у осталом делу уговор раскинут.<sup>18</sup> Трибунал овде наглашава једно опште начело: „Конечно, чињеница да поједини елементи Уговора о сарадњи нису били довољно прецизни да би могли да конституишу права и обавезе, то још увек не значи да главно обележје уговора, тј. општа обавеза сарадње и забране предузимања акта који нису у сагласности са циљем уговора, не постоји.“<sup>19</sup>

Уговор је, између осталог, предвиђао конституисање конзорцијума који никада није био основан. Уговор је такође предвиђао предузимање свих мера

---

<sup>13</sup>*Ibidem*, стр. 68.

<sup>14</sup>*Ibidem*, стр. 69-70.

<sup>15</sup>*William Nagel v. Czech Republic*, SCC Case No. 049/2002, Одлука од 9. септембра 2003.

<sup>16</sup>*Ibidem*, став 318.

<sup>17</sup>*Ibidem*, став 318.

<sup>18</sup>*Ibidem*, став 319.

<sup>19</sup>*Ibidem*, став 319.



ради добијања потребних дозвола и фреквенција. Арбитражни трибунал је констатовао да, иако је државно предузеће закључило уговор и иако је уговор био на снази, не постоји јасно обећање државе да ће дозволе и фреквенције бити и додељене, те да уговор никада није потврдила или одобрила влада Чешке Републике, упркос честим и блиским контактима страног инвеститора са државницима. Ниједна страна није имала никакве финансијске трошкове у вези са овим уговором. Арбитражни трибунал је закључио да овај уговор не представља инвестицију у смислу релевантног БИТ-а.

Значај ове одлуке је у томе што, иако је уговор био на снази, ипак није представљао инвестицију. Заправо, одредбе које су могле уговор да претворе у инвестицију нису ступиле на снагу или нису биле таквог карактера да би се могле сматрати обећањем државе. Иако арбитражни трибунал примењује чешко право као меродавно, констатује најмање две обавезе из општег уговорног права које сматра општеприхваћеним: обавезу поступања у доброј вери и забрану лишења уговора предмета и циља пре његовог ступања на снагу, као и став да стране својим поступањем могу показати да ли сматрају да међу њима постоји уговорни однос. Упркос овим општим обавезама арбитражни трибунал није нашао да је постојала инвестиција највише зато, чини се, због чињенице да тужилац није претрпео никакве трошкове у вези са спорним уговором.

#### 4. *ФВ њројив Тринидада и Тобаџа(ИКСИД)(2006)*<sup>20</sup>

Предмет овог спора је, као и у претходним, било питање да ли су радње предузете пре закључења уговора (или пре његовог ступања на снагу) такве да се могу сматрати инвестицијом у смислу меродавног БИТ-а. Тужилац је учествовао на тендеру на којем је изабран за најбољег понудиоца, али са њим никада није био закључен коначан уговор. Тужилац је тврдио да је током преговора настало више уговорних односа, односно да је због тендера стекао уговорна права која се могу сматрати инвестицијом. Први међу њима био је тендерски уговор (или *Process Contract* како га је назвао арбитражни трибунал), затим уговор о коришћењу и управљању (*Operating Contract*) који није никада ступио на снагу јер питање финансирања и гаранције није било решено.

Арбитражни трибунал је закључио да овде не постоји уговорни однос, а самим тим ни право из уговора. Трибунал је ипак разматрао и да ли постоји обавеза да се воде преговори, као самостална обавеза, али није нашао, ослањајући се на англосаксонска правила уговорног права која важе у Тринидаду, да она представља уговорну обавезу у одсуству уговора.

<sup>20</sup>*F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Одлука од 3. марта 2006.

Проверио је и поступање у доброј вери обе стране током преговора и није нашао да је ту било повреда.

Као и у претходним случајевима, и овде се поставило питање да ли је постојала инвестиција. Појам инвестиције био је доста широко одређен у меродавном БИТ-у, далеко шире него што је то иначе случај. Упркос широко постављеном појму инвестиције, арбитражни суд је констатовао да инвестиције није било. Разлози којима се руководио арбитражни трибунал су били засновани управо на појму инвестиције из меродавног БИТ-а: „Трибунал сматра да се појам ‘инвестиције’, који чини окосницу БИТ-а, може схватити као упућивање на нешто што је по својој природи право односно овлашћење. Ово јасно произилази из широко дефинисане и појединачно одређене дефиниције ‘инвестиције’ из члана I(d), где је сваки појединачни појам инвестиције такав да помиње неки облик својине или је изражен као ‘право’. Тачно је и да је дефиниција из члана I(d) по својој формулацији примерична; она сама наводи да овај појам ‘укључује и’ врсте инвестиција које су наведене на листи. Заједничко обележје свих ових облика је толико убедљиво да Трибунал не може да закључи да је намера била да се под овај појам подведу и они који нису засновани на својинским или уговорним правима, који, по мишљењу Трибунала, у сваком случају одговарају општем појму ‘инвестиције’.”<sup>21</sup>

Трибунал ипак није искључио могућност које је већ била најављена у арбитражној пракси по којој је могуће постојање инвестиционог споразума, а самим тим и заштићене инвестиције, и независно од писаног и утврђеног уговора, који би настао на основу понашања и поступања страна, што би у неким другим околностима и могло да обухвати предуговорно поступање и трошкове који су у вези са тим настали.<sup>22</sup> У овом конкретном случају трибунал то није утврдио.

### 5. *Луигитерцо Боска против Литваније (УНЦИТРАЛ) (2013)*<sup>23</sup>

Иако арбитражна пракса више подржава став да поступање у периоду пре закључења коначног уговора врло тешко може да се квалификује као инвестиција у недостатку обећања државе, или због неког другог разлога који може код инвеститора да створи оправдано уверење да поседује неко право које се може изједначити са инвестицијом,<sup>24</sup> чини се да је у новијој пракси дошло до промена овог става.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, став 125.

<sup>22</sup> *Ibidem*, став 136.

<sup>23</sup> *Luigiterzo Bosca v the Republic of Lithuania*, UNCITRAL, Одлука од 17. маја 2013.

<sup>24</sup> „По дефиницији, инвестиције настају закључивањем уговора или других споразума са државом домаћином и локалним инвестиционим партнером (или, ако нису исти, са обе

У предмету Луиђитерцо против Литваније тужилац је учествовао на приватизационом тендеру и одабран је за најбољег понудиоца. Уследили су преговори који нису окончани уговором о приватизацији. Током преговора агенција за приватизацију није хтела да умањи износ уговорне казне и оставила је понудиоцу рок у којем је морао да прихвати предложени уговор. Пошто се понудилац није изјаснио у том року, држава је прекинула преговоре.

Инвеститор је потом пред домаћим судовима тужио агенцију за штету коју је претрпео због учешћа на тендеру и током преговора на основу повреде тендерских правила и начела поступања у доброј вери током преговора. Тужба је усвојена, а потом је инвеститор тужио и у међународној инвестиционој арбитражи сматрајући да је због повреде међународних стандарда држава дужна да му надокнади измаклу добит коју би остварио да је успешно закључен уговор о приватизацији.<sup>25</sup>

Арбитражни трибунал је признао постојање инвестиције због учешћа у тендерском поступку и на основу тога се огласио надлежним. Чини се да су за овакво одступање од раније арбитражне праксе била одлучујућа два разлога.

Први је да је инвеститор већ пословао у Литванији и да је имао низ *know-how* уговора на локалном тржишту. Ове уговоре је арбитражни суд квалификовао као уговоре о пружању услуга (*service agreements*) који су се могли сматрати инвестицијом. Пошто је тужилац учествовао у тендерском поступку да би закључио уговор и стекао власништво у истом сектору (производња и продаја алкохолних пића), такво учешће је арбитражни суд подвео под “повезану активност” у облику “закључења уговора”, што је проширени појам инвестиције из додатног протокола уз БИТ. Ипак, чини се да без постојања инвестиције у облику постојећег учешћа на тржишту, не би постојала „повезана активност“. Дакле, други разлог је била доста широко постављена дефиниција инвестиције у меродавном БИТ-у.

Трибунал се огласио надлежним и ово је један од ретких примера у пракси где је предуговарање прихваћено као инвестиција. Трибунал очи-

---

стране). Посебна веза која постоји између инвестиција и уговора већ је призната у пракси која се бавила предуговорним захтевима. ИКСИД трибунали су били невољни да признају да је инвестиција настала уколико уговор није био закључен или бар одобрен, односно ако се по уговору није на неки начин поступало.“ – *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Одлука о надлежности од 29. јануара 2004. став 132(d).

<sup>25</sup>Одлука није објављена. Подаци о садржају ове одлуке преузети су из: V. Vaitkute Pavan, R. Kasparavičius, *Can an Investor Claim Lost Profits for Breach of Pre-contractual Relations?* www.kluwerarbitration.com. (посећено 13.12.1013.).

гледно инвестиције схвата у ширем смислу јер узима у обзир све облике пословања једног инвеститора у држави домаћину. Ако је један облик пословања задовољио услове за постојање инвестиције онда је врло вероватно да ће сва остале предуговорне активности, иако у ужем смислу нису у вези са основном инвестицијом, бити прихваћене као инвестиција ако у меродавном БИТ-у постоји формулација „повезане активности“ (associated activity) или „у вези са инвестицијом“ (connected to the investment).

Треба напоменути да ову врсту акцесорних инвестиција предвиђа одређен број билатералних инвестиционих споразума. Тако, на пример, у Споразуму о узајамном подстицању и заштити улагања између Србије и Италије,<sup>26</sup> инвестиција је у члану 1. дефинисана на следећи начин:

„1. Израз „улагање“ означава сваку врсту средстава која држављанин или правно лице једне Стране Уговорнице улаже на територији друге Стране Уговорнице, у складу са законима и прописима ове друге, без обзира на изабрану правну форму, као и правни оквир.

Не ограничавајући општу природу горе поменутог, израз „улагање“ ће посебно, мада не и искључиво, обухватити:

....

(в) новчана потраживања или ма које друго потраживање за било коју врсту услуга, која имају економску вредност, везана за улагање, као и за поново уложене приносе и капиталне приносе;“

У Протоколу уз овај Споразум (члан 1), појам инвестиције је даље проширен:

„Одредбе овог споразума ће се примењивати и на све активности везане за улагање.

Ове активности обухватају посебно, мада не и искључиво: организацију, надзор, рад, одржавање и размештај компанија, филијала, агенција, канцеларија, фабрика или других организација за вођење посла; набавку, коришћење, заштиту и располагање свим врстама имовине укључујући интелектуалну својину; позајмљивање средстава; куповину, емитовање и продају акција и других хартија од вредности; и куповину девиза за увоз.“

Дакле, постоје билатерални споразуми код којих ће бити могуће, у случају спора, успоставити надлежност арбитражног трибунала и прогласити инвестицијом и предуговорно поступање, захваљујући широј дефиницији инвестиције. Постоје и супротни примери: споразуми Републике Србије, на пример, са Португалијом и Чешком Републиком не познају одредбе о „повезаној активности“.

---

<sup>26</sup> Закон о потврђивању Споразума између Савезне Владе Републике Југославије и Владе Италијанске Републике о узајамном подстицању и заштити улагања, са Протоколом ("Сл. лист СРЈ - Међународни уговори", бр. 1/2001).

Надлежност арбитражног трибунала у погледу предуговорног поступања и трошкова ће највише зависити од појма инвестиције из меродавног БИТ-а, али не треба изгубити из вида чињеницу да се у пракси овај појам прилично широко тумачи. Са друге стране, пракса показује да тужиоцу није увек лако да докаже постојање инвестиције само на основу предуговорног поступања. За тако нешто потребна је или одговарајућа одредба у БИТ-у (попут ове из Споразума између Србије и Италије, или оне из Споразума између Литваније и Италије) или настанак уговорног односа на неки други начин у вези са предуговорним поступањем, што је опција о којој су говорили арбитражни трибунали у својим одлукама иако такве околности нису проналазили у конкретним уговорима.

### **Предуговорно поступање као предмет заштите билатералног споразума о заштити инвестиција**

Уколико предуговорно поступање и трошкови који су у вези са тим настали испуне услове да се сматрају инвестицијом, то ће значити да, ако нема других сметњи, постоји надлежност арбитражног трибунала да одлучује у меритуму спора, односно да одлучује о томе да ли постоји повреда неког од стандарда заштите из меродавног БИТ-а.

У погледу предуговорног поступања питање је да ли трошкови који су на овај начин настали могу бити заштићени стандардима забране експропријације или неким другим стандардима, као што је то начело поштеног и правичног третмана. Пошто оваквих примера у пракси нема много, можемо покушати да изведемо тек ограничене закључке на основу поменутог предмета Луиђитерцо, и да постојећу праксу тумачимо у светлу претпоставке прихватања предуговорног поступања као признате инвестиције.

### **Луиђитерцо Боска против Литваније**

У предмету Луиђитерцо арбитражни трибунал је констатовао да је тужена држава повредила начело поштеног и правичног третмана јер је одбила да закључи уговор о приватизацији са тужиоцем иако је на тендеру био изабран за најбољег понудиоца. Ипак, арбитражни трибунал није досудио захтевану одштету. Трибунал је одбио оба одштетна захтева, за стварну штету и измаклу добит. Први захтев је био одбијен јер је тужилац већ био обештећен у поступку пред домаћим судом. Други је био одбијен јер је планирана добит била сувише неизвесна.<sup>27</sup>

Ако је уопште могуће изводити поуздане закључке само на основу једне одлуке, онда би они били да предуговарање, чак и када представља инве-

<sup>27</sup> V. Vaitkute Pavan, R. Kasparavičius, *Can an Investor Claim Lost Profits for Breach of Pre-contractual Relations?*, *op. cit.*

стицију и проузрокује одређену штету, може да буде основ само за претпљену штету али не и за планирану добит која је основни разлог за инвестирање и оно што би се речником међународног инвестиционог права назвало легитимно очекивање. Из овог разлога ћемо се укратко осврнути на доктрину легитимних очекивања,<sup>28</sup> која се сматра стандардом заштите из начела правичног и поштеног третмана,<sup>29</sup> и њену могућу примену у овом контексту.

### Легитимна очекивања и измакла добит

Као што је већ речено, у предмету Луиђитерцо трибунал је одбио да досуди измаклу добит јер је пројектовани профит из управљања приватизованим предузећем био ипак неизвестан. Дакле, досадашња пракса не подржава могућност остварења измакле добити чак и када предуговорање представља повреду начела поштеног и правичног третмана. Евентуални развој праксе у том правцу можемо потражити у оним предметима у којима су трибунали одлучивали о легитимним очекивањима у контексту повреде уговора. Другим речима, ако је предуговарање осујећено те није дошло до закључења уговора, питање је да ли би се осујећено предуговарање тако могло сматрати осујећеним уговором и на основу тога донети одлука да је повређено и легитимно очекивање из уговора. Оваквој одлуци би морала да претходи одлука о надлежности којом би предуговарање било признато као инвестиција. Постојање инвестиције је значајно из још једног разлога: легитимна очекивања могу настати само у моменту настанка инвестиције.<sup>30</sup> Ако предуговарање није признато као инвестиција онда ни не може бити легитимних очекивања.

<sup>28</sup> Доктрина легитимних очекивања је утемељена у међународном инвестиционом праву и представља један од најзначајних стандарда у оквиру начела поштеног и правичног третмана. О легитимним очекивањима се може говорити у различитим контекстима, али, како то наводи студија УНКТАД „легитимна очекивања су увек повезана са феноменом промене“ (UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York, 2012, стр. 63). Питање промена се у контексту инвестиција заиста може јавити на више начина, од очекивања да неће доћи до промена закона и прописа до очекивања да конкретна обећања државе, дата једнострано или у форми уговора, неће бити изневерена.

<sup>29</sup> „Заштита легитимних очекивања: сврха начела поштеног и правичног третмана је да страним инвестицијама обезбеди третман који неће осујетити основна очекивања страног инвеститора на која се ослонио приликом инвестирања, под условом да су таква очекивања разумна и оправдана, те да су била разлог на који се инвеститор ослонио приликом одлучивања да инвестира.“ - *Biwater Gauff v Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Одлука од 24. јула 2008., став. 602.

<sup>30</sup> „Без обзира на дефиницију ‘инвестиције’ изчлана I(1)(а) БИТ-а, постојећи чиниоци омогућавају утврђење момента када је тужилац ‘инвестирао’ у Еквадору према уобичајеном значењу те речи и када су наступила легитимна очекивања на која је рачунао.” - *Ulysseas v. Ecuador*, ICSID, Коначна одлука од 12. јуна 2012, став 251.

Међутим, ако се предуговарање изједначи са уговорним односом онда је могуће конституисање легитимног очекивања не само у погледу закључења уговора већ и у погледу његовог извршења тако да легитимно очекивање евентуално обухвати и приход који би се остварио из будућег посла.<sup>31</sup> Иако таквих одлука нема у пракси, где би предуговарање могло да конституише легитимно очекивање да ће доћи до извршења уговора, постоји неколико случајева у којима су трибунали расправљали о постојању и важењу уговора и у таквом контексту одлучивали о постојању легитимних очекивања.

### ПСЕГ против Турске (ИКСИД)<sup>32</sup>

Турска је у реформи сектора енергетике усвојила мере којима је омогућила страним инвеститорима изградњу и коришћење електрана уз могућност продаје електричне енергије држави. Постављени правни оквир је представљао заправо приватизацију енергетског сектора допуштајући правним лицима у приватној својини да, на основу претходног одобрења, учествују у производњи и продаји електричне енергије (по моделу БОТ уговора) уз низ додатних бенефиција као што су државна гаранција и дугорочни уговори о продаји електричне енергије. ПСЕГ је тако добио потребна овлашћења и приступио изради студије изводљивости коришћења рудника угља и изградње термоелектране. Уследило је потписивање уговора о имплементацији и уговора о концесији са Турском који је предвиђао накнадно утврђивање финансијских услова извршења. Након вишего-

„Тачно је да је неколико трибунала закључило, како је већ и наведено, да очекивања могу настати само у време настанка инвестиције.“ – *AES v. Hungary*, ICSID, Одлука од 23. септембра 2010, став 9.3.12.

<sup>31</sup>Пракса је овде разноврсна и није могуће категорично тврдити да свако постојање уговора подразумева и постојање легитимног очекивања да ће се уговор извршити. Као што ни свака повреда уговора неће представљати повреду међународног уговора о заштити инвестиција.

У предмету *Паркеринџ њиројив Литваније* арбитражни трибунал је одбио такав захтев: “Уговори подразумевају очекивања обе стране која се не могу изједначити са очекивањима признатим у међународном праву.” – *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Одлука од 11. септембра 2007., став 344.

У предмету *Војтер Бау њиројив Тајланда* досуђена је накнада за повреду легитимних очекивања због неизвршења уговора о концесији за изградњу пута и наплату путарина. Разлози за легитимна очекивања, иако из уговора, су по мишљењу трибунала била због природе посла и вишегодишњег извршења уговора. – *Walter Bau AG v. The Kingdom of Thailand*, UNCITRAL, одлуке од 1. јула 2009, ставови 12.3. – 12.4.

<sup>32</sup>*PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim veTicaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Одлука о надлежности од 4. јуна 2004. и Одлука у меритуму од 19. јануара 2007.

дишњих преговора стране у уговору нису успеле да постигну споразум о тзв. комерцијалним аспектима споразума. Тако је дошло до спора између страна да ли је уговор закључен и пуноважан услед недостатка споразума о комерцијалном аспекту споразума, односно да ли постојећи елементи у закљученом уговору садрже довољно јасне одредбе о свим аспектима концесије да би се он могао сматрати важећим. У међувремену је дошло и до промене прописа који су захтевали да се овакви споразуми закључују у форми тзв. административних а не комерцијалних уговора, а последица ових промена била је немогућност добијања државне гаранције.

Инвеститор је тужио Турску пред ИКСИД-ом за повреду двостраног споразума о заштити инвестиција између САД и Турске. Прво питање, од којег је зависила надлежност, било је да ли постоји инвестиција у овом предмету. Одговор на ово питање је зависио и од тога да ли међу странама постоји уговорни однос, тј. да ли је уговор о концесији закључен и да ли важи. Питање ступање уговора на снагу опет је зависило од процене постојећег уговора у светлу чињенице да се стране нису никада споразумеле о суштинским елементима уговора као што је финансијски споразум.

Трибунал је прво констатовао да је уговор закључен<sup>33</sup> и да важи.<sup>34</sup> Иако уговорне стране нису у моменту закључења уговора уредиле сва питања, по мишљењу трибунала то није било од утицаја на правно дејство и пуноважност уговора, и за то је понудио више аргумената: уговор је садржао довољно елемената да се по њему могло поступати, дозвољавао је и чак захтевао преговоре и могуће измене уговора у току његовог извршења, економске потешкоће нису представљале разлог за окончање уговора већ за даље преговоре, ако је уговор био поднет ради давања сагласности то већ значи да је уговор производио неко правно дејство, итд. Трибунал тако закључује:

„Уговор је уговор. Уговор о концесији постоји, пуноважан је и обавезује. Овај закључак је довољан да би се установила надлежност трибунала

---

<sup>33</sup> „80. Основно питање које трибунал мора да утврди је правно. Да ли уговор о концесији постоји? Одговор на ово питање није тешко дати пошто стране не оспоравају чињеницу да уговор о концесији постоји, да је уредно потписан, да је поднет на одобрење Државном савету и да га је ово тело и одобрило, те да су га потом стране одобриле поштујући све правне захтеве и формалности. Неспорно је и да су обе стране сматрале да уговор производи правно дејство од дана када је министарство потписало уговор.

81. Бројни документи доказују овакав став уговорних страна. Писма министарства од..., на пример, позивају се на уговор који производи правно дејство. Ово је само по себи суштинска разлика у односу на чињенице из предмета *Михали* где, како је горе наведено, стране нису никада потписале уговор о концесији и где су изричито искључиле постојање било каквих правних обавеза на основу предузетих припремних радова. Исто важи и за предмет *Зинвали* где су стране изричито признале да тужилац није имао инвестицију.“  
*ПСЕГ* *Против Турске*, *op. cit.*, ставови 80-81.

<sup>34</sup> *Ibidem*, ставови 82-104.



на основу инвестиције која је учињена у облику уговора о концесији. Саввим је друго питање, а односи се на меритум спора, да ли се неке или све активности које су предузете као део инвестиције морају квалификовати као припремне. Исто важи и за имовину пројектног предузећа и да ли се она може сматрати инвестицијом.<sup>35</sup>

Дакле, за надлежност је трибуналу било довољно то што је уговор закључен док је обим инвестиције оставио за меритум. Разлика у односу на одлуку у предмету Вилијам Нејл је очигледна јер је у овом другом поступку трибунал такође установио да постоји уговорни однос, упркос чињеници да поједине одредбе уговора можда и нису ступиле на снагу, али је искључио постојање инвестиције. Оправдање за другачији став можда постоји у чињеници да је било речи о другом БИТ-у и другој арбитражној институцији (SCC), али је највероватније разлог тај што у чешком предмету заправо није било никаквих трошкова инвеститора у припреми за закључење уговора већ је основни захтев био онај за измаклу добит. То је вероватно олакшало задатак трибуналу да утврди да није било инвестиције. Ипак, у предмету ПСЕГ трибунал се не бави обимом инвестиције иако је *prima facie* очигледно да су трошкови овде били значајни.

У меритуму трибунал је утврдио повреду начела поштеног и правичног третмана и због, између осталог, повреде легитимних очекивања.<sup>36</sup> Међутим, легитимна очекивања која су, по мишљењу трибунала, овде била изневерена односила су се само на поступак преговарања током извршења уговора. Трибунал је тако одбио захтев по којем је део легитимног очекивања било и остварење добити из будућег посла. Разлог за одбијање захтева за измаклу добит, која се начелно може истаћи на основу легитимних очекивања, овде је био тај што заправо никада није дошло до реализације пројекта. Пројекат је био тек у настанку (што ће готово увек бити случај ако инвестирање стане у фази преговарања или на почетку важења дуговорочних уговора). Трибунал свој закључак започиње на следећи начин:

„Трибуналу је познато да, као што је и речено у одлуци *Aucoven*, ИК-СИД трибунали нису вољни да досуде измаклу добит за почетак посла и за неизвршене радове. Оваква одлука резервисана је за обештећење оних инвестиција које су извршене и које имају поуздане доказе о профиту, док је оваква мера ускраћена када се такав профит не може утврдити са сигурношћу.<sup>37</sup>

Док је у одлуци о надлежности трибунал категорично утврдио да је постојао уговор који је представљао инвестицију, у меритуму је изразио

<sup>35</sup> *Ibidem*, став 104.

<sup>36</sup> ПСЕГ против Турске, ставови 226, 279.

<sup>37</sup> *Ibidem*, став 310.

резерву у том погледу која је послужила као један од разлога да ускрати накнаду штете у виду измакле добити:

„Чак и да нису постојале овакве потешкоће, даље испитивање постаје беспредметно јер стране нису никада финализовале суштинске елементе уговора, што је за последицу имало немогућност додатних споразума о продаји електричне енергије, плаћање и издавање државне гаранције.“<sup>38</sup>

Трибунал је тако одбио да досуди измаклу добит те је досудио само накнаду стварних трошкова које је инвеститор претрпео у току инвестирања, у износу од скоро 10 милиона долара. Ова одлука показује да је стандард, на који се ослонио трибунал у предмету Луиђитерцо неколико година касније, утемељен у арбитражној пракси и да према њему легитимна очекивања врло вероватно не би обухватила измаклу добит чак и у случајевима када су предуговорне активности квалификоване као инвестиција. Разлог би био у томе што је инвестирање било у сувише раној фази те зато што није дошло до стварног извршења уговора и изградње.

### Закључак

Ставови арбитражних трибунала у првим одлукама поводом предуговорног поступања били су да се трошкови који настану у припреми инвестирања пре закључења уговора неће сматрати инвестицијом под условом да обавезу накнаде тих трошкова није преузела држава домаћин на неки други начин, путем неког другог уговора, обећањем или на неки сличан начин. Трошкови у припреми инвестирања сами по себи се нису сматрали инвестицијом ако се нису могли подвести под неки од појмова инвестиције из меродавног БИТ-а.

Ако билатерални споразум предвиђа нешто шири појам инвестиције, онда је могуће да ће предуговорно поступање добити статус инвестиције, што је и потврђено у предмету Луиђитерцо. Ова одлука такође потврђује тренд арбитражних трибунала да широко тумаче појам инвестиције уопште, па тако и у погледу заснивања надлежности. Такав тренд показује и одлука у предмету ПСЕГ против Турске јер је трибуналу била довољна чињеница да је уговор закључен да би утврдио постојање инвестиције и надлежности. Овом трибуналу није била важно то што се нису у потпуности окончали преговори о свим питањима међусобних права и обавеза, од којих су неки били од суштинског значаја за инвестирање (финансијски споразум), нити то што се никада није ни приступило извршењу уговора и спровођењу пројекта. Ове одлуке су показатељ да, иако трошкови припреме за инвестирање неће имати статус инвестиције, оне такав статус могу

---

<sup>38</sup>*Ibidem*, став 313.

стећи врло лако, већ на основу неког другог акта (друга врста уговора, предуговор, *implied contract*, итд.) или простим повезивањем тих трошкова са неком другом постојећом инвестицијом у држави домаћину (Луиђитерцо). Другим речима, држава домаћин, да би се заштитила од непожељних тужбених захтева по основу претходних инвестиционих трошкова потребно је да у преговорима са страним улагачем јасно назначи да преговори, или неки други облик прелиминарне сарадње са инвеститорима (тендери, јавни позиви и сл.) не стварају никаква права и обавезе за стране. Тек такво јасно искључење обавезе за државу домаћина може створити претпоставку против постојања инвестиције јер се чини да арбитражни трибунали, захваљујући пракси широког тумачења појма инвестиције, управо полазе од претпоставке постојања инвестиције.

Док ће трошкови инвестирања морати да испуне не тако захтевне услове да би се сматрали инвестицијом, у меритуму ствари стоје другачије. Досадашња пракса је показала да су трибунали вољни да дозволе накнаду стварне штете настале у припреми за инвестирање, због повреде начела поштеног и правичног третмана, али да нису спремни да досуде накнаду за измаклу добит сматрајући да она није део легитимних очекивања инвеститора у раној фази настанка инвестиције.

*Sanja Đajić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad*

## **Relevance of Pre-Contractual Arrangements for Jurisdiction and Merits in International Investment Arbitration**

**Abstract:** *In this article the author discusses the issue whether pre-contractual arrangements and pre-investment expenditures may qualify for an investment within the meaning of applicable legal framework. The answer to this question is relevant for jurisdiction of investment tribunals. Chronological overview of cases dealing with pre-contractual arrangements demonstrates the shift from the original position according to which pre-investment expenditures do not amount to an investment to the understanding that pre-contractual arrangement may amount to an investment under certain circumstances, such as extensive definitions of an investment coupled with the existing investment in the host country. While there has been a significant shift recently which favored jurisdiction of investment tribunals, the established position of majority of tribunals in denying claims for loss of profits on the basis of failed commercial transactions remained unchanged.*

**Key words:** *international investment arbitration, jurisdiction, international investments*