

Zaščita tujih naložb v Sloveniji in slovenskih naložb v tujini na podlagi meddržavnih bilateralnih investicijskih sporazumov

Polona Božičko, dr. Maja Menard

Polona Božičko, odvetniška pripravnica v Odvetniški pisarni Ulčar&partnerji. Po diplomu *cum laude* na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2011) se je kot odvetniška pripravnica zaposlila v Odvetniški pisarni Ulčar&partnerji, kjer je pridobila tudi prve izkušnje s področja mednarodnega reševanja gospodarskih sporov v arbitražnih postopkih. Je soavtorica strokovnih člankov s področja arbitražnega prava. E-mail: polona.bozicko@ulcar-op.si

dr. Maja Menard, avocata v Odvetniški pisarni Ulčar&partnerji. Po diplomu *cum laude* na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani (2000) je magistrirala iz mednarodnega prava in prava ekonomskih odnosov EU na Univerzi Paris X (2001), kjer je tudi doktorirala z doktorsko disertacijo na temo dejavnosti *jure gestionis* v mednarodnem pravu in opravila francoski odvetniški izpit (2005). Po štirih letih v pariški pisarni odvetniške družbe Cleary Gottlieb Steen & Hamilton od leta 2010 dela v Odvetniški pisarni Ulčar&Partnerji. Poleg pomembnih izkušenj na področju mednarodnega reševanja gospodarskih sporov, zlasti arbitraže, je avtorica strokovnih publikacij s področja mednarodnega prava. E-mail: maja.menard@ulcar-op.si

Uvod

Bilateralni investicijski sporazumi (BIS) zagotavljajo nevtralnno in učinkovito zaščito tujih naložb. Od sklenitve prvega BIS med Nemčijo in Pakistanom leta 1959 je število BIS naraslo na že preko 2700.¹

Slovenija je prvi BIS sklenila s Češko Republiko maja 1993, od takrat pa skupaj 40 BIS, od katerih je trenutno veljavnih 34. Mreža slovenskih BIS je zelo razširjena in poleg evropskih držav pokriva tudi druge gospodarske partnerice izven evropske celine, tako razvite kot države v razvoju, razen ZDA² in drugih držav ameriške celine.

Več kot polovica veljavnih slovenskih BIS je sklenjenih z drugimi državami članicami Evropske unije (EU). T. im. intra-EU BIS po mnenju Evropske Komisije niso skladni z notnim trgovim, saj naj bi z zaščito investicij iz posameznih držav, ne pa vseh članic EU, vzpostavljali diskriminacijo in omogočali *forum shopping*, ovirali enoten trg kapitala, hkrati pa omogočali vzporedno arbitražno prakso glede vprašanj prava EU v izključni pristojnosti Sodišča EU.³ Arbitražna praksa

je potrdila veljavnost BIS, sklenjenih pred vstopom države v EU, po vstopu.⁴

Po začetku veljavnosti Lizbonske pogodbe konec leta 2009 so neposredne tuje naložbe postale del skupne trgovinske politike, za katero je izključno pristojna EU.⁵ Posledično naj bi BIS med članicami EU in tretjimi državami postopoma nadomestili sporazumi med EU in tretjimi državami.⁶ Sodišče EU je nesprejetje ukrepov za odpravo nezdržljivosti med pravom EU in sporazumi s tretjimi državami pred vstopom v EU označilo za kršitev ustanovnih pogodb, zlasti glede prostega pretoka kapitala,⁷ zaradi česar so nekatere članice EU začele z revizijo sklenjenih ali podpisanih BIS.⁸ Za ure-

N.: Agora 5: Investment Protection, Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law, v: ESIL Conference 2010, str. 21-25, Legal, R., Fyrbach, D., Olík, M.: BITs EU, v: The European & Middle Eastern Arbitration Review 2011, str. 4-5.

4 Gl. npr. *Eastern Sugar v. Češka*, delna odločba, 27.3.2007; *Eureka v. Slovaška*, odločba, 26.10.2010; *Binder v. Češka*, odločba, 1.7.2011.

5 Členi 206, 207 in 208 Pogodbe o delovanju EU.

6 Npr. Rakovec, M.: Problematika dvostranskih sporazumov o naložbah po uveljavitvi Lizbonske pogodbe, v: Podjetje in delo, št. 1/2011, str. 129.

7 Komisija v. Švedska, št. C-249/06 in Komisija v. Avstrija, št. C-205/06, sodbi, 3.3.2009; Komisija v. Finska, št. C-118/07, sodba, 19.11.2009; Komisija v. Slovaška, št. C-264/09, sodba, 15.9.2011.

8 Tako zaradi neskladnosti s pravom EU Slovenija ni ratificirala BIS z Belorusijo. Gl. tudi Sancin, V., Neudauer, M., Kastelic, T.: *Slovenia*, v: Shan, W.(red.): The Legal Protection of Foreign Investment, A Com-

1 UNCTAD, Investment Policy Monitor, št. 9, marec 2013, str. 6.

2 Leta 1994 sta Slovenija in ZDA sicer podpisali sporazum o spodbujanju investicij (Ur. l. RS, št. 51/1994), ki pa ureja le zavarovanje investicij, kreditiranje in naložbene garancije.

3 http://ec.europa.eu/internal_market/capital/analysis/monitoring_activities_and_analysis/index_en.htm (8.4.2013); gl. tudi Lavranos,

Bilateralni investicijski sporazumi (BIS) zagotavljajo nevtralnno in učinkovito zaščito tujih naložb

Po začetku veljavnosti Lizbonske pogodbe konec leta 2009 so neposredne tuje naložbe postale del skupne trgovinske politike, za katero je izključno pristojna EU

ditev tega področja je bila po dolgotrajnih razpravah ob koncu leta 2012 sprejeta Uredba št. 1219/2012 Evropskega parlamenta in Sveta o prehodnih dogovorih za BIS med državami članicami in tretjimi državami, ki ureja status bilateralnih sporazumov v skladu s pravom EU ter določa pogoje in postopke za njihovo spreminjanje in sklepanje.⁹

BIS, ki veljajo za Slovenijo, ponujajo investitorjem pravna sredstva proti državi gostiteljici njihovih naložb za širok spekter kršitev, od diskriminatornih ukrepov, preklica licenc, do razlastitve premoženja.

Zaščita investicij na podlagi slovenskih BIS

Večina slovenskih BIS ima podobno osnovno strukturo in vsebino, raven zaščite, ki jo zagotavljajo, pa je odvisna od njihovega obsega veljavnosti (A), vsebinske zaščite investitorjev (B) in mehanizmov za reševanje sporov, ki so na voljo investitorjem (3.).

Zaščiteni investitorji in naložbe

Večina slovenskih BIS štiti širok krog investitorjev in naložb, natančen obseg in veljavnost posameznega BIS pa sta odvisna zlasti od definicij investitorja in naložbe.

Investitorji

Slovenski BIS kot investitorje štiti tako posameznike kot pravne osebe. Zaščiteni posamezniki so običajno opredeljeni na podlagi državljanstva ene od pogodbenic, v določenih BIS pa tudi na podlagi "trajnega prebivališča."¹⁰

Zaščiteni pravne osebe so opredeljene na podlagi različnih kriterijev, najpogosteje na podlagi kraja ustanovitve oziroma ustanovitve v skladu s pravom ali zakonodajo ene od pogodbenic.¹¹ Dodaten, včasih alternativni, pogosteje pa kumulativni kriterij, je sedež ali poslovni center družbe oz. opravljanje dejavnosti na

ozemlju pogodbenice.¹² Nekateri BIS pa kot dodatni kriterij uporabljajo lastništvo ali nadzor.¹³

V primeru sporazumov, ki za zaščito pravnih oseb zahtevajo poleg kraja ustanovitve tudi sedež oz. središče poslovne dejavnosti v isti državi pogodbenici, je zaščita holdingov vprašljiva.

Naložbe

Slovenski BIS običajno pokrivajo širok spekter naložb, t.j. "vsako vrsto premoženja,"¹⁴ pod pogojem, da je takšno premoženje investirano v skladu s predpisi države gostiteljice.¹⁵ Tako tuje naložbe, ki so v nasprotju z relevantnimi slovenskimi zakoni in podzakonskimi akti,¹⁶ ne bodo zaščitene.

Takšni definiciji običajno sledi neizčrpen seznam zaščitene premoženja, npr. po slovensko-francoskem BIS:

"a) premičnine in nepremičnine kot tudi druge stvarne pravice, kot so hipoteke, zasegi, uživanje, zastave in podobne pravice;

12 BIS z Bosno in Hercegovino, čl. 1(2)(a)(ii) in (b)(ii), Grčijo, čl. 1(3)(b), Albanijo, čl. 1(3)(b), Bolgarijo, čl. 1(2)(b), Ukrajino, čl. 1(3)(b), Egiptom, čl. 1(3)(b), Uzbekistanom, čl. 1(3)(b), Moldavijo, čl. 1(1)(b), Jugoslavijo, čl. 1(2)(b), Makedonijo, čl. 1(2)(b), Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 1(2)(b), Madžarsko, čl. 1(4), Nemčijo, čl. 1(4), s Portugalsko, čl. 1(3)(b), Poljsko, čl. 1(1)(b), Hrvaško, čl. 1(2)(b), Turčijo, čl. 1(1)(b), Francijo, čl. 1(3), Kuvajtom, čl. 1(3)(c). BIS s Kitajsko vsebuje takšno definicijo za kitajske investitorje v čl. 1(2)(b), BIS z Veliko Britanijo pa za slovenske investitorje v čl. 1(d)(i).

13 BIS s Švedsko, čl. 1(3)(c), Švico, čl. 1(1)(c), z Italijo, čl. 1(2)(c), Nizozemsko, čl. 1(b)(iii), Izraelom, čl. 1(2)(b), Malto, čl. 1(1)(c).

14 BIS s Francijo, čl. 1(1), Španijo, čl. 1(2), Švico, čl. 1(2), z Veliko Britanijo, čl. 1(a), Nizozemsko, čl. 1(a), Avstrijo, čl. 1(2), Nemčijo, čl. 1(1), Malto, čl. 1(2).

15 BIS z Dansko, čl. 1(1), Bosno in Hercegovino, čl. 1(1), Litvo, čl. 1(1), Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 1(1), Grčijo, čl. 1(1), Italijo, čl. 1(1), Albanijo, čl. 1(1), Izraelom, čl. 1(1), Bolgarijo, čl. 1(1), Ukrajino, čl. 1(1), Egiptom, čl. 1(1), Uzbekistanom, čl. 1(1), Moldavijo, čl. 1(2), Jugoslavijo, čl. 1(1), Makedonijo, čl. 1(1), Madžarsko, čl. 1(1), s Švedsko, čl. 1(1), Tajsko, čl. 1(1), Finsko, čl. 1(1), Portugalsko, čl. 1(1), Kitajsko, čl. 1(1), Češko, čl. 1(1), Slovaško, čl. 1(1), Poljsko, čl. 1(2), Hrvaško, čl. 1(1), Turčijo, čl. 1(2), Kuvajtom, čl. 1(1).

16 Predvsem zakoni o carinski službi, ekonomskih conah, izvajanju carinskih predpisov ES, deviznem poslovanju, plačilnem prometu, podporam okolju za podjetništvo, trgu finančnih instrumentov, investicijskih skladih in družbah za upravljanje, nematerializiranih vrednostnih papirjih, bančništvu, prevzemih, preprečevanju in omejevanju konkurence, preprečevanju pranja denarja in financiranja terorizma, lastniškem preoblikovanju podjetij, javnih finančnih, javnih uslužbencih, javnozasebnem partnerstvu, stvarnem premoženju držav, pokrajini in občin, gospodarskih družbah, sodnem registru, javnem naročanju, tujcih, delovnih razmerjih, zaposlovanju in delu tujcev, davčnem postopku, davkih, trošarinah, računovodstvu, finančnih konglomeratih, revidiranju, obligacijskih razmerjih, itd.

parative Study, Hart Publishing, 2012, str. 619.

9 Členi 1, 3, 7 in 12 Uredbe št. 1219/2012.

10 BIS z Dansko, čl. 1(4)(a).

11 BIS z Dansko, čl. 1(4)(b), Litvo, čl. 1(3)(a)(ii) in (b)(ii), Avstrijo, čl. 1(1)(b), s Tajsko, čl. 1(3)(b), Španijo, čl. 1(1)(b), Češko, čl. 1(2)(b), Slovaško, čl. 1(2)(b), Finsko, čl. 1(3)(b). BIS s Kitajsko vsebuje takšno definicijo za slovenske investitorje v čl. 1(2)(b), BIS z Veliko Britanijo pa za britanske investitorje v čl. 1(d)(ii).

Slovenski BIS običajno pokrivajo širok spekter naložb, t.j. "vsako vrsto premoženja"

Slovenski BIS kot investitorje štiti tako posameznike kot pravne osebe

- b) delnice, lastniške deleže, delnice s premijo in druge vrste udeležbe, vključno s posrednimi oblikami, v družbah, ustanovljenih na ozemlju ene pogodbenice;
- c) obveznice, zadolžnice, posojila in druge oblike terjatev ter pravice, ki iz njih izhajajo;
- d) denarne terjatve in pravice do vsake dejavnosti, ki ima ekonomsko vrednost;
- e) pravice intelektualne, poslovne in industrijske lastnine, kot so avtorske pravice, patenti, licence, blagovne znamke, industrijski vzorci, tehnični postopki, know-how, firma in vrednost na podlagi dobrega imena in slovesa;
- f) koncesije, podeljene z zakonom ali po pogodbi, predvsem koncesije za iskanje, obdelovanje, črpanje ali izkoriščanje naravnih virov.¹⁷

Praktično ni omejitev glede vrst naložbenih dejavnosti, ki uživajo zaščito investicijskih sporazumov

Tako praktično ni omejitev glede vrst naložbenih dejavnosti, ki uživajo zaščito investicijskih sporazumov. Npr. pravice francoskega investitorja, ki ima 25% delež v slovenski družbi, so zaščitene na podlagi BIS med Slovenijo in Francijo, a tudi, če bi imel francoski investitor 100% delež v holdingu v tretji državi, npr. na Nizozemskem, ki investira v slovensko družbo, bi bil zaščiten kot posredni lastnik naložbe na podlagi slovensko-francoskega BIS.

Zaščita investitorjev in naložb

Slovenski BIS praviloma zagotavljajo šest temeljnih pravic: državno obravnavo; obravnavo države z največjimi ugodnostmi; pošteno in enakopravno obravnavo; popolno zaščito in varnost; zaščito pred razlastitvijo; pravico do prostega prenosa dohodkov, dobičkov in drugih finančnih in materialnih koristi. Nekateri slovenski BIS pa vsebujejo tudi posebno obliko zaščite naložb, t. im. *umbrella clause*.

Državna obravnava

Določila o državni obravnavi spadajo med standardna določila BIS, s katerimi se tujemu investitorju in njegovi naložbi zagotavlja obravnava, ki je vsaj tako ugodna kot obravnava domačih investitorjev in njihovih naložb.¹⁸ Gre torej za prepoved negativnega razlikovanja

na podlagi nacionalnosti investitorja po tem, ko je naložba že izvedena.

Za uveljavljanje te pravice je treba najprej ugotoviti, ali sta tuj in domači investitor v enakem oz. primerljivem položaju, nato pa, ali je bil tuj investitor neupravičeno¹⁹ obravnavan drugače, t.j. manj ugodno, ne glede na razlog razlikovanja.²⁰

Vsi slovenski BIS vsebujejo določbo o državni obravnavi naložb, ki tujim investitorjem v Sloveniji zagotavlja obravnavo, ki ni manj ugodna od obravnave slovenskih investitorjev doma, slovenskim investitorjem v tuji državi pa je zagotovljena obravnava, vsaj tako ugodna kot obravnava domačih investitorjev v državi gostiteljici.

BIS s Francijo tako npr. v členu 5(1) določa:

“Vsaka pogodbenica na svojem ozemlju in morskem območju državljanov in družb druge pogodbenice v zvezi z njihovimi naložbami in dejavnostmi, povezanimi z naložbami, ne obravnava manj ugodno kot svoje državljane ali družbe [...]”

Kršitve državne obravnave običajno izhajajo iz zahtev gostiteljice o zaposlovanju, diskriminatornih dajatev, proceduralnih pogojev v korist domačim subjektom, subvencij domačim subjektom, različne obravnave glede okoljevarstvenih standardov, itd.²¹

Obravnava države z največjimi ugodnostmi

Obravnava države z največjimi ugodnostmi (*most-favored-nation treatment* – MFN) zaščito naložb na podlagi BIS postavi na najvišjo raven, ki jo gostiteljica zagotavlja subjektom katerekoli druge države.²² Takšna

Obravnava države z največjimi ugodnostmi zaščito naložb na podlagi BIS postavi na najvišjo raven, ki jo gostiteljica zagotavlja subjektom katerekoli druge države

¹⁷ Čl. 1(1)(a)-(f) BIS s Francijo.

¹⁸ Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, str. 178 *et seq.*; Newcombe, A., Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, str. 147 *et seq.*

¹⁹ Upravičeno je npr. razlikovanje zaradi varovanja javnih interesov, kot je varstvo okolja, preprečevanje motenj na trgu, zaščita lokalne industrije: *SD Myers v. Kanada*, delna odločba, 13.11.2000, § 250; *GAMI v. Mehika*, odločba, 15.11.2004, § 114.

²⁰ Gl. npr. *Thunderbird v. Mehika*, odločba, 26.1.2006, § 177.

²¹ BIS z Bolgarijo vsebuje neobičajno določbo o državni obravnavi, ki pogodbenicama dovoljuje izjeme od državne obravnave “v skladu s svojo veljavno zakonodajo,” ki pa ne morejo veljati retroaktivno (čl. 3(4)).

²² Gl. npr.: Gaillard, E.: *Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause*, v: *New York Law Journal*, 2005(233), str. 105; Fietta, S.: *Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties*, v: *International Arbitration Law Review*, 2005(8), str. 131; Freyer, D., Herlihy, D.: *Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How ‘Favored’ is ‘Most-Favored’?*, v: *ICSID Review*, 2005(20), str. 58; Ben Hamida, W.: *Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes*

določila so del trgovinskih sporazumov že stoletja in se pojavljajo v mnogih različnih formulacijah.

Določbo o obravnavi države z največjimi ugodnostmi za naložbe in investitorje vsebujejo tudi vsi slovenski BIS. BIS s Hrvaško npr. v členu 3(1) določa:

“Nobena pogodbenica ne bo na svojem ozemlju obravnavala investicij ali dohodkov investitorjev druge pogodbenice manj ugodno, kot obravnava [...] investicije ali dohodke investitorjev kake tretje države.”

Veljavnost določbe o obravnavi države z največjimi ugodnostmi bo odvisna od besedila določbe, pri čemer slednje delimo na tri kategorije: prva obsega le materialno zaščito, druga velja tudi za proceduralno zaščito,²³ tretja pa obsega določbe, katerih obseg ni jasno opredeljen. V takšnih primerih je možnost “uvoza” ugodnejših postopkovnih določb iz drugih BIS še precej negotova.²⁴

Določbe o obravnavi države z največjimi ugodnostmi omogočajo investitorjem, da uveljavljajo boljše zaščito na podlagi določb drugega multilateralnega ali bilateralnega sporazuma in tako “dogradijo” nekoliko slabše zaščite v določenih sporazumih. Vendar pa večina slovenskih BIS izrecno izključuje obravnavo države z največjimi ugodnostmi za prednosti in privilegije v zvezi s sporazumi o regionalni gospodarski integraciji in sporazumi o izogibanju dvojni obdavčitvi²⁵ ali za vse davčne zadeve.²⁶

Poštena in enakopravna obravnava

Vsi slovenski BIS razen enega²⁷ vsebujejo tudi določbo o pošteni in enakopravni obravnavi, ki investitorje in njihove naložbe štiti pred nerazumnimi in diskriminatornimi ukrepi. Država gostiteljica mora naložbam zagotoviti predvidljiv okvir za poslovanje, v skladu z investitorjevimi upravičenimi pričakovanji in obveznostmi, ki jih je gostiteljica prevzela glede določenega investitorja, ki se je na njih zanesel pri poslovanju.²⁸ V arbitražni praksi je ta standard najpogosteje uveljavljan, na njem pa temelji tudi večina uspešnih zahtevkov.²⁹

Pravica poštene in enakopravne obravnave se v sporazumih pojavlja v različnih formulacijah, namen določbe pa je predvsem zapolniti morebitne praznine med bolj ali manj specifičnimi standardi.

BIS z Ukrajino npr. določa v členu 3(1):

“Vsaka pogodbenica na svojem ozemlju zagotavlja naložbam in dohodkom vlagateljev druge pogodbenice pošteno in nepristransko obravnavo.”

Zelo širok standard, ki ni odvisen od merodajnega notranjega prava in standarda državne obravnave, ampak zlasti od konkretnih okoliščin,³⁰ obsega obveznosti države, da ravna konsistentno, nearbitrarno, nedvoumno, transparentno ter da aktivno spodbuja naložbe, zagotavlja potrebno stabilnost in zaščito legitimnih interesov, spoštovanje pogodbenih obveznosti, postopkovnega reda, ravnanje v dobri veri in brez prisile.³¹

de règlement des différends: que dit l'histoire?, v: Journal du droit international, 2007(134), str. 1127; Rodriguez, A. F.: The Most-Favoured-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping?, v: Journal of International Arbitration, 2008, št. 25, str. 89.

23 Gl. npr. čl. 3(3) BIS z Veliko Britanijo: “Da bi se izognili vsakršnemu dvomu, velja obravnava, ki je predvidena v predhodnih odstavkih (1) in (2), za določbe členov 1 do 12 tega sporazuma.”

24 Čeprav pretekla arbitražna praksa ni bila naklonjena širitvi določb o obravnavi države z največjimi ugodnostmi na postopkovne zaščite (*Plama v. Bolgarija*, odločba, 8.2.2005; *Salini v. Jordanija*, odločba, 9.11.2004; *Berschader et al. v. Rusija*, odločba, 21.4.2006), v zadnjih letih tribunali dovoljujejo tudi to možnost: gl. npr. *Ros Invest Co v. Rusija*, odločba 5.10.2007.

25 BIS z Nemčijo, čl. 3(3) in (4), Dansko, čl. 4, Avstrijo, čl. 3(2), Bosno in Hercegovino, čl. 3(3), Nizozemsko, čl. 4, Litvo, čl. 3(3), Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 3(3), Grčijo, čl. 3(3), Albanijo, čl. 3(3), Izraelom, čl. 3(3), Bolgarijo, čl. 3(3), Malto, čl. 3(2), Ukrajino, čl. 3(3), Egiptom, čl. 3(3), Uzbekistanom, čl. 3(3), Moldavijo, čl. 3(2), Jugoslavijo, čl. 3(3), Makedonijo, čl. 3(3), Madžarsko, čl. 3(3), s Kitajsko, čl. 3(4), Švedsko, čl. 3(3), Češko, čl. 3(3), Hrvaško, čl. 3(3), Finsko, čl. 3(3), Tajsko, čl. 3(3), Portugalsko, čl. 3(3), Slovaško, čl. 3(3), Poljsko, čl. 3(3), Turčijo, čl. 3(3), Švico, čl. 4(4), Kuvajtom, čl. 4(3).

26 BIS s Španijo, čl. 3(3), Francijo, čl. 5(3).

27 BIS s Finsko.

28 Gl. npr. Vasciannie, S.: The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, v: British Yearbook of International Law, 1999(70), str. 99; Dolzer, R.: Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, v: International Lawyer, 2005(39), str. 87; Schreuer, C.: Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, v: Journal of World Investment & Trade, 2005(6), str. 357; Westcott, T.: Recent Practice on Fair and Equitable Treatment, v: Journal of World Investment & Trade, 2007(8)(3), str. 409; Tudor, I.: The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford University Press, 2008.

29 Prva pomembna primera: *Metalclad v. Mehika*, odločba, 30.8.2000; *Maffezini v. Španija*, odločba, 13.11.2000.

30 Npr. *Mondev v. ZDA*, odločba, 11.10.2001, § 118; *Waste Management v. Mehika*, končna odločba, 30.4.2004, § 99.

31 Npr. *Tecmed v. Mehika*, odločba, 29.5.2003, § 154, 167; *MTD v. Čile*, ICSID št. ARB/01/7, odločba, 25.5.2004, § 107, 113; *CME v. Češka*, delna odločba, 13.9.2001, § 611; *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12.10.2005, § 182, 137; *Bayindir v. Pakistan*, odločba o pristojnosti, 14.11.2005, § 250; *Saluka v. Češka*, delna odločba, 17.3.2006, § 307;

Vsi slovenski BIS razen enega vsebujejo tudi določbo o pošteni in enakopravni obravnavi, ki investitorje in njihove naložbe štiti pred nerazumnimi in diskriminatornimi ukrepi

Popolna zaščita in varnost

Velika večina slovenskih BIS³² investitorjem zagotavlja tudi popolno zaščito in varnost, ustaljen mednarodno-pravni standard,³³ ki je v slovenskih BIS opredeljen le kot "zaščita",³⁴ kot "trajna",³⁵ "nenehna",³⁶ "popolna"³⁷ ali le "pravna"³⁸ zaščita in varnost.

Tipični primer takšne določbe je npr. v BIS z Veliko Britanijo, člen 2(2):

"Vlaganja državljanov ali družb vsake pogodbenice bodo na ozemlju druge pogodbenice [...] uživala popolno zaščito in varnost."

Vsebinsko gre za zaščito po standardu običajnega mednarodnega prava, t.j. obveznost države gostiteljice, da tuje naložbe zavaruje pred škodo, ki jim jo lahko povzroči ne le država sama in javnopravni subjekti v državni strukturi, ampak tudi osebe zasebnega prava. Od države se zahteva aktivno in razumno ravnanje, prvotno predvsem zaščito pred fizičnim nasiljem, danes pa zlasti pred posegi preko izvrševanja predpisov.³⁹

Zaščita pred razlastitvijo

Dolgo časa je bila razlastitev osrednja nevarnost za tuje investitorje, ki predstavlja najhujši poseg v lastnino⁴⁰ in je urejena tudi v vseh slovenskih BIS. Razlastitev je sicer dovoljena, vendar mora biti izvedena v javnem interesu, v skladu s predpisi in postopki države

Pope & Talbot v. Kanada, odločba, 22.5.2007, § 186.

32 Razen BIS s Finsko in Madžarsko.

33 *RFCC v. Maroko*, odločba, 22.12.2003, § 33, 34; *Impreglio v. Pakistan*, odločba o pristojnosti, 22.4.2005, § 266-270; *Middle East Cement v. Egipt*, odločba, 12.4.2002, § 143; *Loewen v. ZDA*, odločba, 26.6.2003, § 54, 132. Gl. npr. Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, str. 149 *et seq.*; Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, str. 307 *et seq.*

34 BIS s Kitajsko, čl. 3(1) in Poljsko, čl. 3(1).

35 BIS s Švedsko, čl. 2(2).

36 BIS z Bolgarijo, čl. 2(2).

37 BIS z Malto, čl. 2(3), Albanijo, čl. 2(3) in s Kuvajtom, čl. 3(1).

38 BIS z Jugoslavijo, čl. 2(3).

39 Gl. npr. *AAPL v. Sri Lanka*, odločba, 27.6.1990, § 53; *Tecmed v. Mehika*, odločba, 29.5.2003, § 177; *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12.10.2005, § 164.

40 Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, str. 89 *et seq.*; Newcombe, A., Paradell L.: *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Kluwer Law International 2009, str. 321 *et seq.*

gostiteljice in ne sme biti diskriminatorna, država gostiteljica pa mora razlaščenemu investitorju zagotoviti odškodnino.⁴¹

BIS z Egiptom tako npr. v členu 4(1) določa:

"Naložbe vlagateljev ene ali druge pogodbenice na ozemlju druge pogodbenice se ne smejo razlastiti, nacionalizirati ali se v zvezi z njimi sprejemati drugi ukrepi, ki imajo enak učinek kot razlastitev ali nacionalizacija (v nadaljevanju: 'razlastitev'), razen v javnem interesu, na nediskriminacijski podlagi v skladu z zakonskim postopkom in za takojšnjo, učinkovito in ustrezno odškodnino."

Slovenski BIS vsebujejo različne določbe o odškodnini. Večina BIS zahteva plačilo takojšnje, ustrezne in učinkovite odškodnine,⁴² drugi vsebujejo podobne določbe,⁴³ nekateri pa omenjajo le odškodnino.⁴⁴ Odškodnina je običajno določena na osnovi tržne vrednosti, ki je včasih kvalificirana kot poštena ali dejanska.⁴⁵ Poleg tega so zagotovljene tudi obresti od dne razlastitve do dne plačila – po tržni,⁴⁶ komercialni⁴⁷ ali točno določeni obrestni meri.⁴⁸ Večina slovenskih BIS določa tudi, da mora biti odškodnina plačana brez

41 Odškodnina naj bo takojšnja, ustreza in dejanska ter v skladu s Hullovo formulo (običajno tržna vrednost). Gl. Türk, D.: *Mednarodno sodelovanje na področju investicij in mednarodno pravo*, v: *Pravnik*, 1985 (11-12), str. 504-505.

42 BIS z Egiptom, čl. 4(1), Madžarsko, čl. 5(1), Ukrajino, čl. 4(1), Jugoslavijo, čl. 4(1), Moldavijo, čl. 5(1), Uzbekistanom, čl. 4(1), Malto, čl. 5(1), Bolgarijo, čl. 5(1), Izraelom, čl. 5(1), Albanijo, čl. 4(1), Grčijo, čl. 4(1), Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 5(1), Litvo, čl. 4(1), Dansko, čl. 5(1), Bosno in Hercegovino, čl. 5(1), Avstrijo, čl. 5(1), Veliko Britanijo, čl. 5(1), s Turčijo, čl. 4(1), Slovaško, čl. 5(1), Portugalsko, čl. 4(1), Tajsko, čl. 4(1), Švedsko, čl. 4(1), Španijo, čl. V(1), Finsko, čl. 4(1), Hrvaško, čl. 5(2), Češko, čl. 5(1), Kuvajtom, čl. 5(1).

43 BIS s Francijo, čl. 6(1), Švico, čl. 6(1), Poljsko, čl. 4(1), z Makedonijo, čl. 4(1), Italijo, čl. 5(1), Nizozemsko, čl. 6(c), Nemčijo, čl. 4(2).

44 BIS s Kitajsko, čl. 4(1).

45 Npr. BIS z Dansko, čl. 5(2) ("poštena tržna vrednost"), Nizozemsko, čl. 6(c) ("dejanska tržna vrednost").

46 Npr. BIS s Francijo, čl. 6(1): "Omenjena odškodnina, zneski in pogoji plačila se določijo najkasneje na dan razlastitve. Ta odškodnina je dejansko izvedljiva, se plača brez odloga in je prosto prenosljiva. Do dneva plačila se obrestuje po ustrezni tržni obrestni meri."

47 Npr. BIS z Dansko, čl. 5(3): "Nadomestilo se plača brez odlašanja in vključuje obresti po komercialni obrestni meri, določeni na tržni podlagi od dneva razlastitve do dneva plačila."

48 Npr. BIS z Litvo, čl. 4(2): "Taka odškodnina se izračuna na podlagi tržne vrednosti razlaščenih naložb tik preden je razlastitev postala splošno znana ali tik pred razlastitvijo, kar se je pač zgodilo prej, in vključuje obresti, izračunane na podlagi obrestne mere LIBOR od dneva zapadlosti do dneva plačila."

Obveznost države gostiteljice, da tuje naložbe zavaruje pred škodo, ki jim jo lahko povzroči ne le država sama in javnopravni subjekti v državni strukturi, ampak tudi osebe zasebnega prava

Dolgo časa je bila razlastitev osrednja nevarnost za tuje investitorje, ki predstavlja najhujši poseg v lastnino in je urejena tudi v vseh slovenskih BIS

nerazumnega odlašanja in da mora biti konvertibilna ter prosto prenosljiva.⁴⁹

Razlastitveni ukrepi imajo različne pojavnne oblike, tako neposredne kot posredne, popolne kot delne, zaščita pred razlastitvijo pa tudi v slovenskih BIS pokriva tudi ukrepe, enakovredne razlastitvi⁵⁰ in dejanja, ki pretežno ovirajo običajno poslovno dejavnost, čeprav do prenosa lastninske pravice ne pride (npr. arbitrarna obdavčitev, prepoved izplačila dividend, prisilno imenovanje upravljalnih organov, nerazumni okoljevarstveni pogoji, ipd.).⁵¹

“Umbrella clause”

Nekateri slovenski BIS⁵² vsebujejo tudi t. im. “umbrella clause”, ki se je, za razliko od ostalih zaščit, prvič pojavila šele v prvem BIS iz leta 1959 med Nemčijo in Pakistanom, izvira pa iz Abs-Shawcrossovega osnutka konvencije o investicijah v tujini.⁵³ Določba zagotavlja spoštovanje obveznosti, ki jih je država prevzela do investitorja, pri čemer so sporazumi različno natančni glede opredelitve relevantnih obveznosti.

Tako npr. sporazum med Slovenijo in Grčijo v členu 2(4) določa:

“Vsaka pogodbenica spoštuje kakršno koli drugo obveznost, ki jo je morda prevzela v zvezi z investicijami investitorjev druge pogodbenice.”

Na podlagi *umbrella clause* postane izvajanje pogodbenih obveznosti z BIS zaščitena pravica, pogodbenica

kršitev pa kršitev BIS.⁵⁴ Vendar pa arbitražna praksa glede uporabe *umbrella clause* ni enotna, nekateri tribunali določbo razlagajo široko v korist investitorja, saj naj bi bil sicer sporazum brez pomena in učinka,⁵⁵ drugi zagovarjajo restriktivno interpretacijo v skladu z načelom *in dubio mitius*, ki naj bi ščitil suverenost držav,⁵⁶ tretji v tem okviru razlikujejo med državo kot oblastjo (*ius imperii*) in državo kot gospodarstvenikom (*ius gestionis*), pri čemer naj bi bil domet *umbrella clause* omejen le na oblastna dejanja,⁵⁷ nekateri pa *umbrella clause* omejujejo le na najbolj grobe kršitve investitorjevih interesov.⁵⁸

Prost prenos sredstev

Vsi slovenski BIS vsebujejo tudi pravico do prostega prenosa kapitala in drugih finančnih pravic.⁵⁹

BIS s Portugalsko npr. v 6. členu določa:

“1. Vsaka pogodbenica v skladu s svojimi zakoni jamči investitorjem druge pogodbenice za prost prenos sredstev v zvezi z njihovimi naložbami in še zlasti, vendar ne izključno:

- a) začetnega kapitala in dodatnih zneskov za vzdrževanje in razvoj naložb;*
- b) dohodkov, opredeljenih v drugem odstavku 1. člena tega sporazuma;*
- c) sredstev za odplačilo posojil v zvezi z naložbo;*
- d) dohodka od celotne ali delne prodaje ali likvidacije naložbe;*
- e) kakršnega koli nadomestila ali drugega plačila iz 4. ali 5. člena tega sporazuma;*
- f) zaslužkov in drugih honorarjev državljanov, ki so na začasnem delu v tujini in je njihovo delo povezano z naložbo.*

49 Npr. BIS s Portugalsko, čl. 4(2).

50 Npr. BIS z Bolgarijo, čl. 5(1): “Naložbe vlagateljev ene ali druge pogodbenice se ne smejo nacionalizirati, razlastiti ali se v zvezi z njimi sprejemati ukrepi, ki imajo enak učinek kot nacionalizacija ali razlastitev [...] v drugi pogodbenici [...]”

51 Gl. npr. *Telenor v. Madžarska*, odločba, 13.9.2006, § 64; *Goetz v. Burundi*, odločba, 10.2.1999, str. 457; *Middle East Cement v. Egipt*, odločba, 12.4.2002, str. 602; *Metalclad v. Mehika*, odločba, 30.8.2000, str. 209; *CME v. Češka*, delna odločba, 13.9.2001, str. 121.

52 BIS z Dansko, čl. 2(3), Nizozemsko, čl. 3(4), Malto, čl. 9, Moldavijo, čl. 2(5), Jugoslavijo, čl. 8, Avstrijo, čl. 9, Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 2(3), Grčijo, čl. 2(4), s Švico, čl. 7(2).

53 Gl. npr. Wälde, T.: The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, v: *Journal of World Investment & Trade*, 2005(6), str. 183; Sinclair, A.: The Origins of the Umbrella Clause in International Law of Investment Protection, v: *Arbitration International*, 2004(20), str. 411; Ben Hamida, W.: La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissement, v: Charles Leben (ur.), *Le contentieux arbitral relatif à l’investissement*, Anthémis, 2006, str. 53.

54 Npr. *El Paso v. Argentina*, odločba o pristojnosti, 26.4.2006; *Eureko v. Poljska*, delna odločba, 19.8.2005, § 246-248.

55 *Noble Ventures v. Romunija*, odločba, 12.10.2005, §§ 55, 61; *SGS v. Filipini*, odločba o pristojnosti, 29.1.2004, § 119, 128.

56 *SGS v. Pakistan*, odločba o pristojnosti, 6.8.2003, § 167, 171.

57 *El Paso v. Argentina*, odločba o pristojnosti, 27.4.2006, § 72-74; *Pan American v. Argentina*, odločba o predhodnih ugovorih, 27.7.2006, § 101-103; *CMS v. Argentina*, odločba, 12.5.2005, § 299.

58 *Joy Mining v. Egipt*, odločba, 6.8.2004, § 81.

59 Gl. npr. UNCTAD, *Transfer of Funds* (2000); Sacerdoti, G.: The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties, v: *Journal of World Investment*, 2000, št. 1, str. 105.

Vsi slovenski BIS vsebujejo tudi pravico do prostega prenosa kapitala in drugih finančnih pravic

Na podlagi *umbrella clause* postane izvajanje pogodbenih obveznosti z BIS zaščitena pravica, pogodbenica kršitev pa kršitev BIS

2. Prenosi iz tega člena se opravijo brez omejitve ali odlašanja po menjalnem tečaju na dan prenosa in se opravijo v prosto zamenljivi valuti.”

Določba izvira iz nasprotja interesov med investitorjem in državo gostiteljico: investitor bo moral za začetek dejavnosti v državo vnesti določena finančna sredstva, ki jih bo nato, skupaj s prihodki, praviloma želel prenesti v svojo ali tretjo državo za druge namene; upravljanje s in nadzor nad prenosi deviz pa je eden temeljnih interesov države.

Sredstva zaščite investitorjev in naložb

Učinkovita, razumljiva in nevtralna sredstva za reševanje sporov so ena od najpomembnejših značilnosti BIS, ki zagotavlja izvajanje in uresničevanje obveznosti držav gostiteljic.

Mednarodna arbitraža

Pogoji za arbitražno reševanje investicijskih sporov

Investitor se na določbe BIS o mednarodni arbitraži lahko zanaša le, če je država gostiteljica dala nepreklicno ponudbo oz. predhodno soglasje za arbitražo z investitorjem države sopogodbence.

Čeprav večina slovenskih BIS vsebuje takšno predhodno soglasje držav, bodisi izrecno⁶⁰ bodisi implicitno,⁶¹ pa vse določbe niso enako jasne. BIS s Španijo na primer v členu XI(2) določa, da se spor “lahko [...] predloži” arbitraži. V primeru spora bi tribunal lahko odločil, da se je država zavezala le, da bo dala soglasje k morebitni zahtevi investitorja države sopogodbence za arbitražo, kar pa investitorju ne daje neposredne pravice začeti arbitražni postopek v primeru kršitve. Če država odkloni soglasje na podlagi investitorjeve zahteve za arbitražo, predstavlja že sama takšna odklonitev kršitev BIS. Vendar investitor v tem primeru nima na voljo neposrednih pravnih sredstev, pač pa lahko država, katere državljan je, začne meddržavni postopek za rešitev spora na podlagi BIS.

60 Tako npr. BIS z Belgijsko-luksemburško unijo v 8. členu, 2. in 3. odstavek, določa, da lahko investitor spor predloži tudi arbitraži in da “[v]saka pogodbenica s tem soglašaja s predložitvijo investicijskega spora v mednarodni spravi postopek ali arbitražo.”

61 BIS z Italijo v 9. členu, 3. odstavek, določa, da lahko “vlagatelj po svoji izbiri predloži spor v poravnavo”, med drugim tudi arbitraži.

Čeprav večina slovenskih BIS zagotavlja možnost reševanja sporov z arbitražo za vse kršitve BIS, so nekdanje socialistične države tipično omejevale takšno reševanje le na specifične kršitve BIS, npr. le razlastitve ali celo le spore o višini odškodnine za razlastitev, kot npr. BIS s Kitajsko v členu 8(3).

Vsi slovenski BIS investitorjem in državam gostiteljicam nalagajo, da poskusijo spor najprej rešiti po mirni poti s posvetovanjem in pogajanjem.

BIS z Egiptom tako v členu 9(1) določa:

“Spori med pogodbenico in vlagateljem druge pogodbenice v zvezi z naložbo, ki jo je ta vlagatelj izvedel na ozemlju te pogodbenice, se rešujejo po mirni poti s pogajanjem.”

V ta namen predvidevajo BIS določeno “čakalno obdobje”, v katerem naj bi investitor in država gostiteljica poskusila rešiti spor po mirni poti. Čakalno obdobje je običajno 6 mesecev, v nekaterih BIS le 3 mesece, v enem BIS pa 4 mesece.⁶²

Arbitražni mehanizmi

Nekateri slovenski BIS dovoljujejo investitorjem dostop le do enega arbitražnega mehanizma, t.j. Mednarodnega centra za reševanje investicijskih sporov (“ICSID”).⁶³ V tem primeru obstaja nevarnost, da investitorju dejansko ne bo omogočen dostop do arbitražnega pravnega sredstva, in sicer, če ena od držav pogodbenc BIS ne bi bila pogodbenica Konvencije ICSID (vendar so vse zadevne države pogodbenice), ali če bi ena od držav odstopila od Konvencije ICSID, kot so to storili Bolivija, Ekvador in nedavno Venezuela. Večina držav, s katerimi je Slovenija sklenila BIS, je pogodbenc ICSID, razen Poljske in Tajske, zaradi česar investitorji na podlagi teh dveh BIS ne bodo imeli dostopa do arbitraže ICSID.

Arbitražna pravila ICSID natančno urejajo postopek začetka, registracije in vodenja arbitražnega postopka v okviru ICSID, vključno z merodajnim pravom. Ena glavnih prednosti arbitraže ICSID je avtomatično priznavanje in izvrševanje odločb o denarnih

62 BIS z Madžarsko, čl. 8(2).

63 BIS s Francijo, čl. 8, z Nizozemsko, čl. 9, Izraelom, čl. 8(2), Nemčijo, čl. 11(2).

Učinkovita, razumljiva in nevtralna sredstva za reševanje sporov so ena od najpomembnejših značilnosti BIS, ki zagotavlja izvajanje in uresničevanje obveznosti držav gostiteljic

Investitor se na določbe BIS o mednarodni arbitraži lahko zanaša le, če je država gostiteljica dala nepreklicno ponudbo oz. predhodno soglasje za arbitražo z investitorjem države sopogodbence

sankcijah (predvsem odškodninah) v vseh pogodbenicah ICSID.⁶⁴ Odločbe o nadenarnih sankcijah države članice avtomatično priznavajo, njihova izvršitev pa je podrejena predpisom Newyorške Konvencije o priznavanju in izvrševanju tujih arbitražnih odločb iz leta 1958, ki zavezuje vse države, s katerimi je Slovenija sklenila BIS. Posledično bo za investitorja priporočljivo, da poleg specifične izpolnitve ob sprožitvi arbitraže vsaj kot alternativni ali podrejeni zahtevek zahteva tudi denarno sankcijo.

Večina slovenskih BIS omogoča poleg arbitraže v okviru ICSID investitorjem izbiro med več razpoložljivimi arbitražnimi mehanizmi, najpogosteje *ad hoc* arbitražni postopek po Arbitražnih pravilih Komisije Združenih narodov za mednarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL),⁶⁵ arbitražo v okviru Mednarodne trgovinske zbornice v Parizu⁶⁶ in/ali v okviru Trgovinske zbornice v Stockholmu.⁶⁷ Posebnost je BIS s Kitajsko, ki investitorju za spore glede višine odškodnine za razlastitev omogoča *ad hoc* arbitražni mehanizem, katerega pravila, za razliko od večine BIS, ki za *ad hoc* postopke določajo uporabo pravil UNCITRAL, slovensko-kitajski BIS določa sam.⁶⁸

Končno pa se država gostiteljica in investitor lahko tudi izrecno dogovorita za predložitev morebitnih ali že nastalih sporov arbitražnim mehanizmom, ki jih BIS ne predvideva.

Reševanje investicijskih sporov pred državnimi sodišči

Nekateri slovenski BIS kot alternativo arbitražnim postopkom predvidevajo možnost rešitve investicijskega spora pred sodišči države gostiteljice.⁶⁹

Pri tem je v nekaterih BIS mogoče zaslediti t. im. določbo "*fork in the road*", ki daje investitorju možnost nepreklicne izbire med mednarodnimi arbitražnimi ali domačimi sodnimi pravnimi sredstvi, v skladu z načelom *electa una via*: z izbiro enega pravnega sredstva si investitor zapre pot do ostalih. Tako BIS s Kitajsko v 3. odstavku 8. člena določa, da lahko investitor spor o višini odškodnine za razlastitev predloži v odločanje arbitražnemu razsodišču, razen "če se prizadeti investitor odloči za uporabo postopka" pred pristojnim državnim sodiščem. BIS z Avstrijo pa v 4. odstavku 11. člena dovoljuje investitorju, da spor predloži v reševanje arbitraži "samo dokler o isti zahtevi ni bilo odločeno na prvi stopnji" pred državnimi sodišči.

Slovenski BIS pred začetkom arbitraže ne zahtevajo izčrpanja domačih pravnih sredstev, vendar tudi izrecno ne določajo, da se državi odpovedujeta zahtevi po izčrpanju domačih pravnih sredstev. Poleg tega pa tudi Konvencija ICSID dovoljuje državam, da izrecno zahtevajo izčrpanje domačih pravnih sredstev kot pogoj za soglasje za arbitražo ICSID.⁷⁰

Meddržavna sredstva

Vsi slovenski BIS zagotavljajo tudi reševanje sporov v zvezi z razlago in uporabo BIS na meddržavni ravni, in sicer najprej s pogajanjem. Če spora ni mogoče rešiti po diplomatski poti, pa je tudi državam pogodbenicama na voljo arbitraža, ki je praviloma čista *ad hoc* arbitraža. BIS v zvezi s tem določa postopek ustanovitve arbitražnega razsodišča, pri katerem lahko v določenih težavnih primerih posreduje predsednik Meddržavnega sodišča v Haagu, kot tudi pravila vodenja postopka in odločanja razsodišča.

⁶⁹ BIS s Tajsko, čl. 8(2)(a), Španijo, čl. XI(2), Poljsko, čl. 7(2), Hrvaško, čl. 8(2)(a), Finsko, čl. 8(2)(a), Portugalsko, čl. 9(2)(a), Turčijo, čl. 8(2)(a), Kitajsko, čl. 8(2), Kuvajtom, čl. 10(2)(b), z Italijo, čl. 9(3)(a), Albanijo, čl. 10(2)(a), Bolgarijo, čl. 9(2)(a), Malto, čl. 10(2)(a), Egiptom, čl. 9(2)(a), Uzbekistanom, čl. 9(2)(a), Moldavijo, čl. 10(2)(a), Jugoslavijo, čl. 10(2)(a), Makedonijo, čl. 7(2)(a), Bosno in Hercegovino, čl. 8(2)(a), Litvo, čl. 8(2)(a), Avstrijo, čl. 11(2)(a), Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 8(2)(a), Grčijo, čl. 9(2), Ukrajino, čl. 9(2)(a).

⁷⁰ Člen 26 Konvencije ICSID.

Večina slovenskih BIS omogoča poleg arbitraže v okviru ICSID investitorjem izbiro med več razpoložljivimi arbitražnimi mehanizmi, najpogosteje *ad hoc* arbitražni postopek po Arbitražnih pravilih UNCITRAL

Država gostiteljica in investitor lahko tudi izrecno dogovorita za predložitev morebitnih ali že nastalih sporov arbitražnim mehanizmom, ki jih BIS ne predvideva

⁶⁴ Čl. 54(1) Konvencije ICSID.

⁶⁵ BIS z Dansko, čl. 9(2); BIS s Švedsko, čl. 9(2); BIS s Tajsko, čl. 8(2); BIS z Italijo, čl. 9(3); BIS s Španijo, čl. XI(2); BIS s Češko, čl. 8(2); BIS z Albanijo, čl. 10(2); BIS z Bolgarijo, čl. 9(2); BIS z Ukrajino, čl. 9(2); BIS z Egiptom, čl. 9(2); BIS z Uzbekistanom, čl. 9(2); BIS z Moldavijo, čl. 10(2); BIS z Jugoslavijo (Srbijo), čl. 10(2); BIS s Poljsko, čl. 7(2); BIS z Makedonijo, čl. 7(2); BIS z Bosno in Hercegovino, čl. 8(2); BIS z Madžarsko, čl. 8(2); BIS z Litvo, čl. 8(2); BIS z Belgijsko-Luksemburško Unijo, čl. 8(2); BIS s Finsko, čl. 8(2)(c); BIS z Grčijo, čl. 9(3); BIS s Portugalsko, čl. 9(2); BIS s Švico, čl. 9(2); BIS s Turčijo, čl. 8(2)(c); BIS s Slovaško, čl. 8(2); BIS s Kuvajtom, čl. 10(3)(b). Gl. tudi Arbitražna pravila UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (8.4.2013).

⁶⁶ BIS z Veliko Britanijo, čl. 8(2); BIS z Malto, čl. 10(2)(b); BIS z Avstrijo, čl. 11(2)(b).

⁶⁷ BIS s Hrvaško, čl. 8(2).

⁶⁸ BIS s Kitajsko, čl. 8(3)-(8).

Za doseganje
maksimalne zaščite
tujih naložb v Sloveniji
in slovenskih naložb
v tujini je pomembno
strukturiranje naložb,
zlasti upošteva je
potencialno
relevantnih BIS

Slovensko podjetje, ki želi
investirati v Kamerunu,
ne bo uživalo neposredne
zaščite na podlagi BIS, ker
Slovenija s Kamerunom
ni sklenila BIS

Zaključek: strukturiranje naložb

Za doseganje maksimalne zaščite tujih naložb v Sloveniji in slovenskih naložb v tujini je pomembno strukturiranje naložb, zlasti upošteva je potencialno relevantnih BIS.

Tuj investitor, ki namerava investirati v Sloveniji, lahko običajno izbira med neposredno in posredno naložbo. Npr. ameriški investitor, ki bi neposredno investiral v Sloveniji, ne bo zaščiten na podlagi BIS, ker med Slovenijo in ZDA ni veljavnega BIS, lahko pa si takšno zaščito zagotovi s posrednim investiranjem v Slovenijo preko svoje podružnice iz države, s katero Slovenija ima sklenjen BIS. A tudi kitajski investitor, ki namerava investirati v Sloveniji, bo užival le omejeno zaščito, saj je vsebina slovensko-kitajskega BIS bistveno ožja od drugih BIS: arbitraža je na primer na voljo le za reševanje sporov v zvezi z višino odškodnine za razlastitev, za vse ostale kršitve BIS pa je na voljo le dostop do državnih sodišč. Tako bo tudi za kitajskega investitorja ugodnejše, če investira posredno, na primer preko britanske podružnice, ki bo naložbi zagotovila zaščito na podlagi BIS med Slovenijo in Veliko Britanijo ter odprla pot za reševanje investicijskih sporov pred arbitražo ICSID, v okviru Mednarodne trgovinske zbornice ali na podlagi pravil UNCITRAL.

Slovensko podjetje, ki želi investirati v Kamerunu, ne bo uživalo neposredne zaščite na podlagi BIS, ker Slovenija s Kamerunom ni sklenila BIS. Da bi si zagotovil takšno zaščito, bi moral slovenski investitor naložbo izvesti preko podružnice v državi, ki ima s Kamerunom sklenjen BIS, npr. Velika Britanija. Vendar bo tudi slovenski investitor, ki želi investirati na Poljskem, vsaj na postopkovnem področju slabše zaščiten, če investira neposredno v tej državi. Poljska namreč ni pogodbenica Konvencije ICSID, tako da v primeru spora investitor ne bo mogel začeti arbitraže ICSID, pač pa bo imel na izbiro le poljska državna sodišča ali *ad hoc* arbitražo po pravilih UNCITRAL. V tem primeru bo investitor boljše zaščiten, če investira na Poljskem preko podružnice v Bosni in Hercegovini, ki je pogodbenica Konvencije ICSID in bo spor lahko predložil tudi arbitraži ICSID.

Strukturiranje naložb je včasih omejeno z določenimi poslovnimi, pravnimi ali davčnimi pogoji, zato je treba v posameznih primerih strukturiranja upoštevati celotno paleto razpoložljivih BIS in analizirati vse zgoraj opredeljene elemente zaščite, ne le vsebinske, ampak tudi postopkovne.