

*Др Мирослав Пауновић,
адвокат, Београд*

О гаранцији стабилности правног режима за стране улагаче

Напомене о правном режиму страних улагања

Оцене правног аспекта режима страног улагања врло су опречне - крећу се од крајње позитивних до врло неповољних. Истини је, вероватно, најближи онај став по коме се не може тако једноставним оценама описати наш систем страног улагања, те да он има неколико основних карактеристика.

Прва карактеристика права страних улагања је да је правни оквир за овакве инвестиционе подухвате у основи либералан, те да садржи решења која су позната и прихваћена у свету. (У оквиру ГАТТ-а односно Светске трговинске организације донет је, као резултат тзв. Уругвајске рунде преговора, Споразум о инвестиционим мерама које утичу на трговину; уз овај споразум о условима за страна улагања приложен је анекс са илустративном листом услова за страна улагања који нису конзистентни са одредбама ГАТТ-а о националном третману и о забрани квантитативних рестрикција. Југословенски прописи не садрже одредбе које би, у погледу страних улагања, биле супротне Споразуму). Одвојено је питање како је то основно опредељење исказано у конкретним решењима, да ли је то учињено зналачки, или је покварено у детаљној разради.

Друга особеност је да су одредбе које уређују материју директног инвестирања из иностранства садржане у посебном закону који је посвећен улагању из иностранства, али да су норме садржане и у низу других прописа. Целокупна материја није, дакле, уређена једним прописом; поред “матичног” Закона о страним улага-

њима, на ову се област, непосредно или посредно, односи још читав низ закона, савезних и републичких, као и више подзаконских аката. Није се ни могло постићи да се целокупна регулатива сажме у једном закону; у тако сложеној правној области мора доћи до примене правила која уређују и шира питања, те поједина специфична, ужа подручја. Оно што квари слику целине оваквог “разуђеног” система је то што он није транспарентан, што садржи међусобно опречна решења, што има пуно празнина. Неки важни аспекти права страних улагања остављени су за накнадно обухватање подзаконским актима (међутим, не само да се ова питања не би могла уређивати актима нижег ранга од закона, већ би добра правна техника и начело правне сигурности захтевали да се не остављају за касније регулисање). Поред тога, републике су уредиле и одређена питања која спадају у надлежност савезне државе. У начелу, овакво ширење на подзаконске акте и непоштовање надлежности атак је на правну сигурност. Из праксе, па и у материји страних улагања, познато је да се неки подзаконски акти никада и не донесу, чак и после вишегодишње примене закона, а редовна је појава да се касни у њиховој изradi. Утолико, могло би се рећи да је особеност режима, без обзира на његове оцене на нормативном нивоу, те на широку полазну основу и либерални предтекст, то што су добре идеје, у одређеној мери, “покварене” у конкретној законодавној разradi.

И обухвата материје односно “адресати” прописа представљају карактеристику режима. Закон о страним улагањима се, одређујући предмет свог регулисања, определио да то буде пре свега положај страних улагача, а не цео пословни, инвестициони аранжмани у којима се појављује и страни улог, односно страни инвеститор. На овај начин, сужен је садржај прописа, а многа решења су “осакаћена”, јер не обухватају целину односа, већ само један њихов фрагмент. Сигурно је да има елемената режима страних улагања који се односе само на стране учеснике; међутим, свеукупност односа може се сагледати, па затим и успешно регулисати, само ако се узму у обзир и положај домаћег улагача, његов однос са страним инвеститором, а не инвестициони подухват посматран са стране интереса и улоге само једног учесника. Норме Закона о страним улагањима треба да буду упућене страном улагачу; али, оне морају обухватити целину инвестиционог аранжмана. Поред тога, Закон мора садржати норме које су специфичне за предузећа и друге пословне подухвате у којима учествује страни улагач, сам или са домаћим партнером – из Закона се мора видети у чему се инвестициони подухвати са страним улогом одвајају од општег режима, у чему се састоје особености односа улагача и њиховог положаја када капитал, у целини или делимично, потиче из иностраних извора.

У четврту карактеристику режима могло би се убројати и то да су прописи који се директно или индиректно односе на страна улагања у пракси, пре свега административној, али донекле и судској, у појединим питањима “упропашћени”, доведени до апсурда.

О гаранцијама као елементу режима страних улагања

Гарантовање страних инвестиција значи обезбеђење страних улагача од стране државе-домаћина у погледу одређених ризика (национализације, експропријације, забране трансфера добити у иностранство и др.). Ове гаранције дају се, по решењима из упоредног права, на разне начине - оне могу бити садржане у уставу, у посебним законима који се односе на страна улагања или на заштиту страних инвестиција, а некада су то политичке декларације, билатерални међудржавни споразуми и конкретни уговори са страним инвеститорима. Многе земље су у своје режиме уградиле одређене гаранције, а за коришћење овом могућношћу често се постављају и одређени услови - на пример, претходна регистрација улога из иностранства код органа девизне контроле, те плаћање пореза (било пореза који су наметнути предузећу у које је извршено улагање или је порески обвезник сам страни улагач). Обезбеђење страних инвестиција које се често среће у страним правима је и законска заштита странаца од национализације или експропријације. Гаранције страним улагачима често се пружају у облику тзв. националног третмана, односно прописивањем истог положаја страног улагача са домаћим инвеститорима. Страним улагачима редовно се гарантује и непромењивост правног режима по коме је страно улагање извршено, за све време трајања инвестиционог аранжамена или у одређеном периоду после улагања.

Нема сумње да су законодавни напори и код нас били усмерени ка томе да Југославија, као земља увозница капитала, створи стабилан правни режим за страна улагања односно да је уложен труд да се институционални оквири учине што атрактивнијим за стране инвеститоре. При том се настојало да се очувају одређени интереси односно да се остваре специфични циљеви; ово се, наравно, не постиже само прописима, него и мерама економске политике (које се, такође, могу увести својеврсним прописима - плановима, буџетом, и сл.).

Међу решењима југословенског права која се најчешће представљају као посебно подстицајна за стране улагаче на првом месту се истичу законске гаранције које им се пружају.

Закон о страним улагањима садржи одредбе којима се страном улагач гарантују одређена права - на учешће у управљању предузећем у које је уложио средства, на учешће у добити те на трансфер добити у иностранство, на учешће у имовини предузећа по његовом престанку те на репатријацију капитала. Закон гарантује да предузећа са страним улогом имају исти положај као и друга предузећа на тржишту. Странцима се гарантује и стабилност правног оквира у коме су извршили улагање, тј. штите се од промена прописа на њихову штету.

Ове одредбе о гаранцијама су, међутим, непотпуне јер се морају тумачити повезивањем са другим одредбама да би се добила целина гаранција које се пружају странцу. По језичкој интерпретацији, гаранције не обухватају све облике улагања, па се циљним тумачењем морају проширивати на све облике улагања које Закон познаје. Поред тога, гаранције одређују нека права страних улагача, која немају и

домаћи улагачи, а нису везана за њихово својство странца (право на повраћај појединих уложених ствари, право на повраћај улога и др.). Поред тога, гаранције, које се дају странцима по самом закону, неспретним формулацијама везују се за уговоре између домаћих и страних лица, иако се ради о материји која се не уређује уговорима већ прописима (право на трансфер добити, изношење средстава по основу учешћа у имовини по престанку постојања предузећа и др.). С друге стране, страним улагачима дају се по самом закону права која они могу имати једино по основу уговора са домаћим лицима која у инвестиционом подухвату учествују, односно само ако се таква права изричито уговоре у аранжману са домаћим лицима.

Југославија је закључила низ двостраних уговора који се односе на улагање страног капитала односно на улагање субјеката једне државе уговорнице у другу државу уговорницу. Билатералне конвенције из ове области најчешће обухватају питања заштите страних инвестиција и гаранција страним улагачима. Одредбе о заштити страних инвестиција начелно садрже утачења о накнади страном улагачу у случају експропријације (дефинише се појам експропријације, висина накнаде, начин плаћања и сл.), о гаранцији трансфера добити и репатријацији капитала, те о положају предузећа са капиталом из земље уговорнице (стандард “националног третмана”, преференцијалног третмана и др.).

До сада је само неколико мултилатералних конвенција о страним директним инвестицијама ступило на снагу. Некима од тих међународних споразума установљење су и посебне институције које имају одређену улогу у међународном протоку капитала (на пример, под окриљем Међународне банке за обнову и развој: Центар за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава, те Мултилатерална агенција за гарантовање инвестиција - *Multilateral Investment Guarantee Agency*- MIGA; Југославија је земља потписница обе конвенције којима су ове установе организоване).

МИГА пружа гаранције за губитке изазване некомерцијалним ризицима инвеститорима који за то испуњавају предвиђене услове. Према Конвенцији (члан 11), осигурање односно гаранције обухватају следеће групе ризика: - ограничења трансфера средстава из земље-домаћина (ограничења у погледу трансфера средстава у иностранство и ограничења претварања домаће валуте у конвертибилну валуту или неку другу валуту прихватљиву за имаоца гаранције); - експропријација или сличне мере (законски или управни акти владе земље-домаћина којима се имаоцу гаранције одузима имовина или контрола над њом); - неиспуњење или раскид уговора од стране земље домаћина и то у случају када ималац гаранције не може обезбедити судску заштиту или могућност спровођења арбитраже за решање спора у погледу неиспуњења или раскида уговора; - стање рата, грађанских ратова, пучева или сличних немира.

Гаранција сталности правног режима

Закон о страним улагањима садржи важну гаранцију за страна лица да се закони на основу којих су ушли у инвестицију неће мењати на њихову штету. Другим речима, страним лицима гарантује се сталност правног режима који се на њих примењује. Ова стабилност требало би да се односи, по природи ствари, и на домаће улагаче који, заједно са странцима, учествују у неком од инвестиционих облика који су отворени и за странце, али је овакав домаћај гаранције у пракси споран. Одређена права, установљена уговором и статутом односно гарантована самим законима, не могу се, после уговорног уобличавања аранжамана и завршетка формалности код надлежних органа, умањивати законом односно другим прописима; у том смислу, говори се о стеченим правима странаца по основу директних инвестиција из иностранства.

Ова одредба Закона о страним улагањима којом се гарантује страном улагачу стабилност режима изазива значајну пажњу и интересовање, из ње произилази доста питања, на њој се развила шаренолика судска и административна пракса. Кроз њену анализу могу се уочити све добре и лоше стране законског регулисања режима страних улагања, а посебно уређивања области гаранција. Одредбе Закона о гаранцији стабилности такве да је на једноставна питања у њима тешко пронаћи одговоре, да су потребна додатна разјашњења, да њихово језичко тумачење није довољно, већ да је потребно применити све познате методе из арсенала мера за интерпретацију правних текстова да би се одгонетнуо њихов прави домаћај. Смисао ових одредби није, наиме, могуће докучити из једноставног читања законског текста који у целини гласи (члан 12 Закона о страним улагањима):

„Ако се после одобрења, односно регистрације уговора о улагању измени закон на основу кога је уговор закључен, на односе утврђене тим уговором примењују се одредбе уговора, односно става и закона који је важио на дан одобрења, односно регистрације уговора ако је то за улагача повољније или ако улагачи одређена питања споразумно не уреде у складу са измењеним одредбама закона.“

Како треба разумети поједине елементе ових одредби?:

„... после одобрења односно регистрације уговора ...“ Закон овом одредбом утврђује моменат за који се "фиксира" режим по коме је инвестициони подухват закључен – то је, према законском тексту, дан одобрења или дан регистрације уговора. И већ код овог елемента наилази се на потребу додатног разјашњавања, које може довести (и у пракси доводи) до неспоразума. Најпре, треба уочити да се, ни на једном другом месту у Закону, не користе формулације “одобравање уговора” и “регистравање уговора”. По члану 21 одобравају се стране инвестиције у одређене делатности (али се не одобравају уговори, па је, дакле, у одредби члана 12 погрешно употребљен израз “одобравање уговора”). По члану 22 уговори о страном улагању пријављују се савезном министарству надлежном за спољну трговину (Закон погрешно говори о “пријави” уговора, јер, је наравно, требало рећи да се при-

јављује *закључење* уговора); савезно министарство води посебан регистар ових уговора (члан 26), па се отуда може претпоставити (иако то законска одредба не каже) да оно обавља неки поступак регистравања уговора. Када се наведене одредбе тумаче заједно, релативно је лако утврдити да под *одобрењем* у члану 12 треба подразумевати одобрење којим савезно министарство одобрава одређена корпоративна улагања по члану 21 Закона. Међутим, концесије и пројектно финансирање су облици улагања који се, такође, одобравају, али у потпуно другом поступку, код републичких органа (а затим се закључење уговора о таквим аранжманима такође пријављују савезном органу по члану 22). Из овога би могло да се закључи да појам *одобрења* из члана 12 не обухвата и одобрење ових аранжмана од стране републичких органа. Као моменат *регистрације уговора* могуће је узети дан пријаве закључења уговора савезном министартсву, али и дан уписа уговора у посебан регистар код тог министарства. Које од два могућа решења се приклонити? - језички је, вероватно, исправније да се узме да је законодавац мислио на "регистрацију" односно на каснији од два тренутка. Но, ако се прихвати ова солуција, одмах се, отвара питање, без одговора у законском тексту – како поступити у случају када од дана пријаве закључења уговора до дана уписа уговора у регистар дође до промене прописа? Закон између појмова *одобрење уговора* и *регистрација уговора* умеће реч *односно*. Из овога се може закључити да одредба члана 12 рачуна с тим да се они уговори који су одобрени посебно не региструју (тј. да се код министарства обавља једна или друга процедура). Но, већ је показано да Закон нигде не предвиђа процедуру одобрења уговора, већ да се ради о поступку одобрења одређених инвестиција; закључење уговора о таквим, одобреним инвестицијама се, такође, мора пријавити савезном органу управе (ово посебно, и тим пре, важи за оне инвестиције које не одобрава савезни орган, већ то чине републички органи). Како је могуће да до измене правног режима дође и у периоду од дана одобрења инвестиције до дана регистрације уговора (какогод да се овај термин разумео), јер се ова два догађаја не морају поклопити, опет се може у пракси поставити питање, на које су могући различити одговори, како поступити у таквом случају односно од кад почиње да делује гаранција за непромењивост правног режима инвестирања и да ли су партнери дужни да свој уговор прилагођавају новим законским условима. Интересантно је да је ранији Закон о страним улагањима (донет крајем 1988) у погледу сталности режима садржао слично решење, с тим што је говорио о променама у законима до којих дође после закључења уговора.

... *измени закон* ... Термин *закон* треба тумачити тако да обухвата и савезне и републичке законе, као и друге прописе ако се њима уређују поједини елементи правног режима страних улагања у Југославију. При том под изменом закона треба тумачити и доношење нових закона, као и укидање важења постојећих закона. Овде, међутим, треба водити рачуна да није увек могуће избећи да се на предузеће које је створено страним улогом или у које је извршено страно улагање не примењују каснији прописи релевантни за његово пословање. На то се законска гаранција не односи односно не може се прихватити у буквалном смислу. Тако, на при-

мер, није могуће спречити да се на такво предузеће примењују прописи којима се води текућа економска политика; у том погледу ради се о југословенском предузећу које подлеже домаћим прописима. Гаранција се односи само на права између страна утврђена односно “стечена” уговором односно статутом – дакле, на однос међу улагачима; странцу се у том смислу гарантује сталност режима улагања и његовог статуса поводом улагања, сам Закон штити његова права утврђена уговором у смислу да се она не могу умањивати вољом законодавца, да му се, на пример, не може одузети улог односно права која на основу њега има у трговачком друштву. Но, бројни примери из праксе показују колико је овај критеријум несигуран, да заправо није сасвим јасно шта се то странцу гарантује овом законском одредбом. Тако, на пример, привредни судови нису захтевали (чини се, потпуно исправно) да се, приликом усаглашавања аката друштва капитала са Законом о предузећима, повећава капитал тих друштва до законом прописаног минимума ако је у структури капитала постојао и страни капитал (уз резонување да би се тиме могао нарушити однос улога у капиталу, а тиме и однос у учешћу или у уделима у друштву). С друге стране, у потпуно истој ситуацији, изгледа да Народна банка Југославије поступа дијаметрално супротно – захтева да се новчани део капитала свих банака, па и оних са страним улогом, подигне до минималног износа прописаног последњим изменама Закона о банкама и другим финансијским организацијама. И у пракси уставних судова дошло се до става који се уклопио у мозаик схватања о гаранцији непромењивости правног режима у коме је закључен инвестициони аранжман са страним учешћем. Покренута је била иницијатива да се оцени уставност члана 34 а Закона о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине, уз аргументацију да се наведеним републичким законом није могла прописати обавеза предузећа да ревалоризују вредност продатог друштвеног капитала, те да се на тај начин измене и евентуални аранжмани са страним улогом који су у процесу приватизације настали. Уставни суд Југославије је својим решењем ИУ број 158/94 од 23. новембра 1994. о неприхватању иницијативе признао да одредба члана 12 Закона о страним улагањима (идентична одредба напред цитираном члану 12 сада важећег Закона о страним улагањима) гарантује непромењивост правног режима у коме је уговор закључен. Међутим, даље резонување Суда изазива велике недоумице; наиме, по схватању савезног Уставног суда: „... утврђивање вредности друштвеног капитала који је предмет продаје није предмет уговора, већ закона и прописа донесених на основу закона, па се изменом закона о утврђивању вредности друштвеног капитала не доводе у питање уговори о страним улагањима, већ се само мења однос уложеног страниг капитала предузећа“. Однос учешћа улагача у капиталу предузећа битан је елеменат целог инвестиционог подухвата. За овај елеменат везана су нека друга важна дејства уговора и односа партнера, као што су учешће у управљању предузећем, учешће у добити и др. Све су то, иначе питања, која превасходно спадају у уговорно правну материју; стране од уређења оваквих питања чине зависним закључење уговора односно уопште учешће у инвестиционом подухвату. Промена вредности друштвеног капитала мо-

же довести до промене односа удела коју стране нису желеле тј. имале у виду у моменту закључења уговора. Није, према томе, оправдано мишљење да се, мењањем односа учешћа у капиталу (тј. изменом односа удела у предузећу) не утиче на важне стране односа улагача. Такав став директно је супротан гаранцији непромењивости режима страних улагања садржаној у Закону о страним улагањима, коју цитира и сам Уставни суд.

... *уговора о улагању* ... Термин *уговор о улагању*, резервисан је у Закону за уговорна улагања, којима се ствара заједнички подухват, преко кога се послује заједничким средствима уз заједнички ризик; тај израз не обухвата остале облике улагања (тзв. корпоративна улагања), а још мање улагања путем концесије или пројектног финансирања, те преко филијала. Тако би из система гаранција стабилности правног режима, ако би се одредба тумачила искључиво по језичком смислу, били искључени сви облици директног инвестирања осим тзв. уговорног улагања за заједничко пословање. Наравно, ово вероватно није била идеја законодавца, већ је последица употребе у Закону термина која одудара од онога што је прихваћено у пракси и у колоквијалном говору. Зато и овде, као и у више других случајева са тумачењем одредби Закона, треба прибећи испитивању циља одредбе односно намере законодавца - таквим методом може се доћи до закључка да из одредби нису искључени остали облици страних улагања односно може се констатовати да се стабилност режима гарантује страним лицима која улажу у све облике страних улагања по југословенском режиму директних страних инвестиција.

... *примењују се одредбе уговора, односно стабилности и закона* ... Ова одредба треба да изрази целину правног "миљеа" којим је уоквирен инвестициони подухват, па се поред закона, у одредби наводи и уговор – дакле, уколико дође до промене закона на одређене односе међу учесницима инвестиционог подухвата примењиваће се њихов међусобни уговор, те статут, као и одредбе прописа који су важили у време када је уговор закључен односно када су завршене формалности код савезног органа управе надлежног за спољну трговину. Но, строго узев, уговор зависи од страна и може бити њиховом сагласном вољом промењен без обзира на промене прописа. У одредби о гаранцији стабилности правних аспеката инвестиционог режима помињање уговора има посебно смисла ако се мисли на уговоре о концесији и уговоре о пројектном финансирању - то су уговори у које су непосредно преточени услови из одобрења те они утолико имају и "јавноправне" елементе, па се законом гарантује да и оно што је њима утврђено ужива сигурност односно није подложно променама на штету улагача. Помињање *стабилности* у овој одредби треба разумети такође у том смислу да овај акт садржи нешто што су стране договориле односно органи предузећа утврдили на основу уговора и постојећих обавезних законских норми, те се одредбе статута не могу мењати и ако се промене императивна законска правила. Под појмом *закон* треба пре свега разумети савезне законе (али и подзаконске акте ако би се њима мењао правни режим под којим је закључен односно одобрен инвестициони аранжман или регистрован уговор). С обзиром да се режим инвестиционих улагања уређује и републичким прописима,

овај термин би морао да обухвати и републичке законодавне акте (без обзира на то што су неким од њих, према садашњем стању, прекорачена овлашћења у погледу уређивања материје страних улагања), јер се и њима, у пракси, уређују страна улагања и на њих упућује сам Закон о страним улагањима; комплетна гаранција стабилности правног режима морала би да укључује и гаранцију непромењивости услова утврђених тим прописима.

... ако је цио за улагача повољније или ако улагачи одређена тишања не уреду у складу са измењеним одредбама закона. Стране се могу споразумети да на основу измењеног (или новог) закона уреду своје односе друкчије но што су до тада били уређени, па и на штету једног или неких од њих (укључујући ту и стране улагаче). Члан 12 је једино место у Закону где се користи појам *улагач*, што би, по језичком смислу, морало да укључи и домаћег улагача, па би, на први поглед, могло да изгледа да Закон штити цео инвестициони подухват (дакле, и домаће улагаче) од промена прописа (у Закону се, иначе, не одређује појам домаћег улагача, сем што се у члану 3 став 3 помиње улог домаћег лица, а у члану 5 став 1 и члану 8 став 1 говори о томе да партнер у одређеним инвестиционим аранжманима може бити домаће лице). Међутим, наслов поглавља III Закона, у коме се налази члан 12, је “Права страног лица и њихова заштита”, па има аргумената за став да је законодавац заштиту пружио само страном улагачу (без обзира што Закон за њега само у овој одредби користи термин којим га не означава у својим другим одредбама и који би, језички, могао да укључи и домаће partnere у инвестиционом послу). Но, пуна заштита странцима била би пружена тек ако би се од промена прописа штитио цео инвестициони подухват (дакле, и права домаћих учесника), јер би тек тада пуног смисла имала одредба о томе да на снази остају уговорни углавци и тада се не би морало ценити да ли су неке законске одредбе повољније или не за једну уговорну страну. Овако, штитећи само стране улагаче, Закон неоправдано запоставља интерес других, домаћих инвеститора, а пренебрегава се чињеница да су стране слободне да својим уговорима слободно уређују своје односе у инвестиционом аранжману, па и услучају измене прописа. За случајеве у којима се не може избећи примена промењеног односно новог прописа, а то изазива драстичне промене у њиховим односима, стране могу предвидети одговарајућа решења у уговору по којима се обавезују да ће приступити промени уговора како би се одржала равнотежа њихових интереса каква је постојала до доношења односно измене прописа; уговором се могу предвидети и последице у случају ако се улагачи не споразумеју о променама у одређеном року.

Закључна напомена

Кратка анализа законске одредбе о очувању непромењивости правног режима у коме је конкретна инвестиција из иностранства извршена само илуструје до каквих неспоразума могу довести нејасне, двосмислене законске формулације, које би и да буду широке, али и рестриктивне, лапидарне, али и свеобухватне, које не

воде рачуна о основним правилима законодавне технике. Резултат је - рђав законски текст који, практично, обезвређује саму гаранција и чини је зависном од “дневних” интерпретација односно од “наменских” дефиниција и тумачења. Двосмислен језик ствара потребу за накнадним објашњењима, што даје већу важност администрацији, отвара врата правној несигурности, а самим тим не доприноси стабилности инвестиционог режима нити стварању повољне инвестиционе климе.