

*Проф. др Александар Ђурић,
Правни факултет, Ниш*

Правни оквири заштите страних директних инвестиција

I Увод

Држава има суверено овлашћење да законским и подзаконским актима регулише област страних инвестиција на својој територији. При томе она мора поштовати своје међународне обавезе, уз право на самостално испољавање сопствене економске политике о већем или мањем степену отворености или затворености домаће привреде према страном капиталу. Држава својом законодавном делатношћу може стварати повољну, мање повољну или неповољну климу за стране инвестиције, као и за кретање капитала са обе стране сопствених граница.

Са друге стране, национални формалноправни оквири режима пријема и заштите страних директних инвестиција (Direct Foreign Investment - FDI) морају одговарати одређеном нивоу достигнутог међународног стандарда, који респектује интересе самих улагача, затим државе извознице и коначно државе увознице капитала. Предмет међународне регулативе се, примарно, односи на области правне заштите, гаранција и осигурања инвестиција. У тој материји су од посебног значаја важеће међународне конвенције.

Првобитна руководна идеја развијених држава из тзв. периода “међународног права цивилизованих народа”, почивала је на становишту да је недопустиво наносити штету имовини странаца. Међутим, после Другог светског рата је дошло до процеса експропријације и национализације имовинских добара страних лица у земљама централне и источне Европе, СССР-у, Мексику, као и у земљама у развоју, после њихове деколонизације. На међународном плану, посебно у Повељи о економским правима и обавезама држава из 1974. године, признато је право држа-

ва на национализацију и експропријацију имовинских добара страних лица, уз одговарајућу и правичну компензацију. Реализација овог права не сме имати дискриминаторна обележја, а предузете мере не могу имати конфискациону природу. Уколико је њихово спровођење изузетно неопходно, оно се мора заснивати на адекватној и реалној компензационој вредности.

Питање примене унутрашњег, националног права, не тиче се само пријема и заштите страних инвестиција, већ се оно протеже и на подручје пружања гаранција инвестицијама, као и њиховог осигурања. Та проблематика је предмет формалноправног оквира кога обезбеђују и дефинишу држава извозница инвестиција и рецептивна земља. Гаранције и осигурање инвестиција се, у првом реду, односе на обезбеђење од штетних финансијских последица које могу проистећи наступањем неких видова ризика, као сто су: национализација; експропријација; ограничења или забрана конвертовања и трансфера финансијских средстава; немогућност репатријације припадајуће имовине; ризици унутрашњих немира; војних дејстава; једнострани раскид постојећих међудржавних инвестиционих споразума итд.

Може се рећи да правна заштита утиче на стварање инвестиционе климе, која у садашњим условима има неколико својих аспеката, што ће и представљати основу систематизације наших даљих излагања кроз следеће целине:

1. режим заштите инвестиција на територији рецептивне земље;
2. режим гаранција и осигурања инвестиција, које обезбеђује држава извозница капитала и
3. међународно-правни оквири од значаја за заштиту инвестсиција.

На подлози реченог, ми ћемо се у даљем излагању задржати на прегледу поменутих мера у светлу постојеће праксе и савремених тенденција у овој материји.

Дакле, циљ овог рада је да упути на најважнија питања правне заштите страних директних инвестиција, од којих се свако од њих одликује својом специфичношћу и низом појединости.

II

Правна заштита инвестиција у рецептивној држави

1. Гарантовање сигурности страним инвестицијама подразумева систем мера државе домаћина којима она штити стране улагаче од наступања, комерцијалних и некомерцијалних ризика, као и последица њиховог дејства.

Рецептивне државе могу обећати и пружати гаранције на више начина: оне могу бити садржане у државном уставу, као и у посебним законима који регулишу материју општег привредног пословања, затим област страних улагања, или заштити страних инвестиција. То се може чинити и конкретним уговорима са страним инвеститорима, а такође и мерама економске политике државе, политичким декларацијама и слично.

2. У законима о страним инвестицијама је веома честа одредба о **гаранцији непроменљивости правног режима по коме је страном улагање извршено (stabilisation)**

clause)¹⁾. Тако наш нови Закон о страним улагањима предвиђа да страни улагач ужива сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем. Права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у судски регистар не могу бити сужена накнадном изменом закона и других прописа²⁾.

Неке државе су у своје националне рецептивне режиме уградиле гаранције за трансфер добити и репатријацију капитала, уз испуњење одређених услова, као што је претходна регистрација улога из иностранства код органа девизне контроле³⁾, или плаћање наменског пореза од стране мешовитог предузећа или страног инвеститора.

Од режима пријема и заштите инвестиција, утврђеним унутрашњим законодавством рецептивне државе, очекује се да (поред стимулисања страних инвестиција), одговара међународном стандарду који подразумева поштовање достигнутих руководних идеја у овој области, које се испољавају преко низа прихваћених начела од којих се у први план истичу принципи “правичности” и “једнакости”.

3. Начело правичности подразумева примену националног законодавства које је у хармонији са захтевима који произлазе из широко прихваћених извора међународног трговинског права у овој области, као и међународног права уопште. Оно подразумева реализацију обећања која је дала држава увозница.

Начело једнакости подразумева уважавање интереса свих заинтересованих страна, како самих инвеститора, тако државе извознице и државе увознице капитала⁴⁾.

4. На основу унутрашњег законодавства обезбеђује се примена стандарда “националног третмана”, дакле изједначавање статуса страних инвеститора са положајем који произлази из признатих права и правног положаја домаћих лица, која она имају у обављању инвестиционих послова. У пракси има примера према којима је тај положај некада чак и повољнији⁵⁾, а некада и издиференцирано мање повољан од статуса који имају домаћи инвеститори⁶⁾.

1. Познати су случајеви из уговорне праксе, у којима је била уговорена stabilisation clause. Тако у примеру Техасо Arbitration, влада Либије се обавезала уговором о концесији да ће предузети све кораке да гарантује компанији Техасо уживање свих права предвиђених тим уговором, без обзира на евентуалне будуће измене односа између уговорних страна. О овоме шире: М. Sornarajah, "The International Law on Foreign Investment", Grotius Publications, Cambridge, p. 329.
2. Члан 9. ст. 1. и 2. Закона (“Сл. лист СРЈ”, бр. 3/2002.).
3. Таква ресења садрже, на пример, законодавства Нигерије и Малезије. О томе: D. D. Bradlow, Legal aspects of FDI, Kluwer Law International, 1999: *Historical, Constitutional and International Background of Nigeria's FDI Law*, p. 395-412; М. Пауновић, "Право страних улагања у Југославију", Београд, 1995. стр.115. А. Грзанчић-Глумпак, Оснивање мешовитих предузећа у земљама у развоју, Љубљана 1987.
4. Према чл. 3. ст. 1. Закона о страним инвестицијама Молдавије (Postanovlenie Praavitelstva Respubliki Moldova, N0-277/1993.), забрањује се примена дискриминационих мера, које су сметња страним улагањима, као и мера које онемогућавају ретрансфер уложених вредности, као и трансфер вредности стечених по основу инвестирања (добит, производи).

5. Посебан вид заштите инвестиција је изузетна рестриктивност у спровођењу мера од стране државних органа рецептивне земље (органа јавне власти), којима се **онемогућава** обављање инвестиционе делатности **предузимањем мера експропријације и национализације**⁷⁾. Ове мере су *sedes materiae* двостраних инвестиционих споразума између заинтересованих држава, о чему ће бити још речи на одговарајућем месту.

6. Нормама унутрашњег државног права⁸⁾ решавају се не само питања заштите, већ се њима обезбеђују и гаранције страним инвестицијама, о чему истовремено и веома често на свеобухватнији начин тај вид обезбеђења пружају национална законодавства држава извозница капитала. **Механизми гаранције** чине структуру мера које имају функцију преузимања финансијских последица, које се могу јавити као резултат наступања **неких видова ризика**, пре свега политичког карактера, као што су: национализација; експропријација; ограничење и забрана конверзије и

-
5. У новијој међунродноговорној пракси Француске се, у вези са заштитом инвестиција, веома често наилази на следећу клаузулу: "Свака страна уговорница примењује на својој територији и у својој поморској зони према физичким и правним лицима друге стране, када је реч о њиховој инвестиционој делатности, или делатности у вези са њом, режим који се признаје њиховим сопственим физичким или правним лицима, или режим који се признаје физичким или правним лицима који произлази из **статуса најповлашћеније нације (la nation la plus favorisee; The most favored nation)**, уколико је такав статус повољнији."
 6. Таква пракса је карактеристична за поједине државе Андског пакта.
 7. Модерни историјат примене доктрине о радњама државе у вези са експропријацијом и национализацијом имовине страних лица везује се за случај "Sabbatino". Предмет спора у овом случају била је експропријација имовине америчког лица од стране револуционарне власти на Куби. У вези са тим случајем заузимани су различити ставови. Тако је судија Врховног суда САД, Харлан, закључио да уколико међународним уговором није друкчије уређено, амерички судови нису надлежни да процењују правну ваљаност експропријације имовине коју је друга држава извршила на својој територији, под условом да је у тренутку подизања тужбе била призната од стране САД. Међутим, овакав став је наишао на лош пријем код Конгреса, што је био разлог да се у чл. 2370 (Е)(2) Закона о страниј помоћи (Foreign Assistance Act) унесе тзв. "Сабатино амандман", којим се, у суштини, истиче да ни један суд САД не може, позивајући се на доктрину о радњама државе, одбити да расправља о меритуму спора у вези са експропријацијом приватне имовине у страниј држави. Међутим, ваља нагласити да питање стварног домаћаја "Сабатино амандмана" још увек није решено од стране Врховног суда САД. О овоме детаљније: R. H. Folsom, M. W. Gordon, J. A. Spanogle, "International Business Transactions, Minnesota", 1966. Превод на српском језику: "Међународни трговачки послови", *Visio mundi*, 1997. стр. 236 - 239.
 8. Многе државе и у самом називу својих законских текстова истичу аспект заштите страних инвестиција: Закон о страним улагањима и заштити страних инвестиција (на пример ранији Закон Бугарске за стопанската дејност на чуждестраните лица и за закрила на чуждестраните инвестицији, DV, бр. 8/1992. Украјина је, на пример, својевремено донела посебан Закон о заштити иностраних инвестиција (10. 09. 1991.), а касније (17.12.1993.), Закон о државном програму за стимулацију страних инвестиција, В. М. Сумилов, оп. цит. стр. 368; М. М. Богуславскии, "Иностранние инвестиции, правовое регулирование", Москва, 1996., стр. 255.

трансфера финансијских средстава; ризици унутрашњих немира и војних дејстава; једностранни раскид инвестиционог уговора од стране државе пријема и др.

7. У пракси се неретко дешава да се режим пријема и заштите инвестиција установљава и опредељује споразумом између државе рецептора страног капитала и самог инвеститора (“дијагонални уговори”, “државни уговори”)⁹). Свакако најчешћи, најзначајнији и из ове групе најпознатији јесу уговори о концесијама, којима држава признаје страним и/или домаћим правним и физичким лицима право коришћења природних ресурса, или добра у општој употреби, затим право обављања одређених јавних служби и делатности од општег интереса. Посебан облик концесије је уступање изградње објеката, постројења или погона, финансирањем пројеката по тзв. BOT систему (Build, Operate and Transfer)¹⁰). Овој групи уговора могу се придружити и споразуми између државе и страног инвеститора, који учествује у реализацији тзв. приоритетних инвестиционих пројеката који су од посебног значаја за развој привреде рецептивне земље. Њима држава, по правилу, обезбеђује преференцијални третман, у виду признавања страним улагачу повољности у виду царинских, пореских и низа других олакшица¹¹).

У вези са заштитом инвестиција чији је правни основ садржан у “дијагоналним уговорима”, без обзира о схватањима ком правном режиму они припадају – међународном или националном, незаобилазно је питање положаја и равноправног третмана уговорних страна. Наиме, будући да су субјекти уговорног односа, с једне стране држава, а са друге стране приватноправно лице, намеће се потреба за де-

9. У вези са овим уговорима се поставља питање ком правном режиму они припадају: да ли унутрашњем или међународном праву? С једне стране се истиче пракса међународних судова, која стоји на становишту да сваки уговор у коме државе нису субјекти међународног јавног права, има своје исходиште у националном правном поретку. Међутим, са друге стране се истиче да међународно право не уређује само односе између држава, већ да је сфера његовог дејства проширена и на државне уговоре са далеко ширим предметом регулације, захваљујући чијој појави се јавља нова грана права – међународно уговорно право. Видети арбитражне одлуке Arbitrage ICC: “Техасо с. Либје” од 19. 01. 1977. и “Амин-оли с. Ковейт” од 24. 03. 1982. О овоме и: А. Ђирић, *Привредно-правни аспекти двадесетогодишњице сарадње Југославије са СЕВ-ом*, “Зборник радова Правног факултета у Нишу”, 1985, стр. 197-212;
10. Код нас је ова материја регулисана Законом о страним улагањима, Законом о концесијама Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 29/97, 22/97 и 25/97, Законом о концесији Црне Горе, “Сл. лист СРЦГ”, бр. 13/91, Одлуком о начину спровођења јавне лицитације за давање концесија страним лицима (“Сл. лист СРЈ”, бр. 57/97.).
11. Тако је на основу уговора између Владе Републике Киргистан, с једне стране, и мешовите грчко - југословенске компаније са друге стране, држава у лицу Владе, подстичући оснивање мешовитог акционарског друштва стране компаније са домаћим партнером, гарантовала компанији потпуно ослобођење од пореза, царинских дажбина и других обавеза, не само у односу на улог, већ и у односу на друге производе који су предмет трговачке делатности компаније. Уговором се гарантује и ослобођење од пореза на добит у трајању од 10 година од почетка производње у мешовитој фирми. Поред читавог низа других гаранција, влада се, иступајући у улози носиоца имовинскоправних овлашћења и обавеза, обавезала да неће предузимати мере национализације имовине и средстава компаније.

финисањем практичних последица положаја државе у уговору те врсте: да ли она има статус јавноправног субјекта, који јој обезбеђује иступање са позиција власти (*iure imperii*)¹²), из чега произлази и њено право на коришћење имунитета, или она иступа као носилац имовинскоправних овлашћења и обавеза (*iure gestionis*), чиме се обезбеђује равноправан партнерски однос у корист инвеститора са статусом приватноправног субјекта.

У интересу заштите свог положаја, предупређења евентуалних спорова због флуидности границе о карактеру иступања државе у једном или другом својству, рационално је да страни инвеститор инсистира да се већ у тексту преамбуле уговора ове врсте унесе одредба којом се држава одриче својих јавноправних прерогатива. У том смислу довољно би било, на пример, да се истакне да ... "влада државе (други државни орган, предузеће контролисано од стране државе и сл.), **иступајући као носилац имовинскоправних овлашћења** (*iure gestionis*), са једне стране и компанија..."¹³).

8. Поред државних мера заштите, ваља нагласити и могућност осигурања на основу уговора приватноправне природе, чијим закључењем се страни инвеститор може осигурати од штетних последица евентуалног наступања ризика¹⁴). Дакле,

12. Постоји низ расправа о имунитету стране државе у трговачким пословима, као и богата судска и арбитражна пракса. Доктрина о радњама државе први пут се појавила 1674. године, у Енглеској (случај *Blad v. Bamfield-36* eng. rep. 992, који је касније примењен и у случају *Buttes Gas and Oil CO. v. Hammer*, NO-3, 1981, 3 ALL E. R. 616. Ова доктрина је прихваћена у немачком, француском, грчком, италијанском, холандском, швајцарском и другим националним правима. Неке од ових држава имају посебне националне законе о имунитету државе. Тако је на инсистирање *Foreign offisa* у САД 1976. године донет Закон о имунитету стране државе, којим је усвојена теорија о ограниченом имунитету државе и утврђени стандарди за стицање имунитета у поступку пред савезним и судовима федералних јединица. Сличне законе имају и Канада, Аустралија, Пакистан, Сингапур и друге земље. За ову доктрину се као посебно значајни примери наводе случајеви из америчке судске праксе, као што су: *The Schooner Exchange v. Mc Faddon* (11 US, 116) из 1812. године, затим *Underhill v. Hernandez* (168 U. S. 250, из 1897, у коме је Врховни суд САД истакао: "Свака суверена држава је обавезна да поштује независност друге државе. Стога судови једне земље не могу да просуђују радње друге државе, на територији која се налази под њеном сувереном влашћу". Важно је нагласити да доктрина о радњама државе трпи значајна ограничења. О овоме више: *Ralph h. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, "International Business Transactions", Minnesota, 1966. Превод на српском језику: "Међународни трговачки послови", Visio mundi, 1997. стр. 216 - 247. Треба нагласити да је правна доктрина некадашњих социјалистичких земаља заступала концепцију о апсолутном имунитету, па се сматрало да држава, у трговинском промету, нема право одрицања од сопственог суверенитета (В. М. Сумилов, "Международное экономическое право", Москва, 1999. стр. 351.*
13. Према чл. 1605 (а) (1) Закона САД, сматра се да страна држава не ужива имунитет уколико се експлиците или имплиците одрекла позивања на имунитет, чак и ако је повукла своје одрицање, осим ако је повлачење одрицања извршено сагласно споразуму о одрицању од имунитета. Међутим, закон Енглеске не признаје имплицитно одрицање од имунитета, које веома често није лако ни доказати. О овоме више: *R. H. Folsom, ibid, стр. 222-223.*

као инструменти заштите приватноправне природе могу се, на пример, користити: уговор о осигурању; банкарска гаранција; хипотека; залога, као средство обезбеђења и друге мере.

III

Заштита инвестиција мерама земаља извозница капитала

1. Компетенција државе у области националних инвестиција на територији стране земље се у суштини и реално своди на питање: забранити или дозволити, стимулисати или ограничити извоз капитала. Но, ипак ваља поменути да као изузетак, могу доћи у обзир и мере примене **дипломатске заштите инвестиција** субјеката из државе извознице на територији државе увознице капитала. Под дипломатском заштитом инвестиција се подразумевају мере којима држава порекла капитала пружа заштиту улагањима својих субјеката на територији стране државе. Овај облик заштите подразумева скуп мера превентивног или репресивног карактера једне државе, које морају бити предузете у складу са правилима међународног јавног права, против радњи стране државе које су са нијм у супротности.¹⁵⁾

2. Руководно начело "територијалности" ("**територијални принцип**"), истиче у први план примену законодавства земље седишта предузећа са страним капиталом, које је меродавно за стране инвестиције.

14. Према националном законодавству неких држава, имовина мешовитих предузећа са страним улозима подлеже осигурању на основу уговора који се закључује са домаћим осигуравајућим друштвом, без обзира на њено осигурање на другом месту.
15. Те мере су широког дијапозона, укључујући и могућност војне интервенције. Дипломатска заштита имовинскоправних интереса државе и њених инвеститора служи реализацији права на накнаду штете, која је резултат повреде међународноправних обавеза друге државе. За решавање ових питања могућно је користити институте међународног споразумевања, покретања спора пред арбитражом или Међународним судом правде, или предузети друге врсте мера утицаја на државу дужника (економске санкције, пленидба имовине, замрзавање средстава на рачунима у иностранству и сл.). У односу на дипломатску заштиту постоје различита мишљења, почев од става политички и привредно слабијих држава које сматрају да је овај облик заштите империјалистички реликт Међународног јавног права, који су примењивале моћне државе ради демонстрације своје снаге у доминацији над другим народима. Супротна мишљења полазе од става да дипломатска заштита има за циљ само пружање гаранција и заштиту инвестиција у иностранству, да само томе служи и да у том смислу даје непобитан допринос заштити и унапређењу међународних политичких и трговинских односа. У области међународног споразумевања у овој материји, важно је поменути и посебну врсту међудржавних тзв. "**lump sum**" **споразума (Lump - sum Compensation Agreements)**, који су у функцији накнаде штете приватним повериоцима уз садејство државе. На основу њих, држава дужник плаћа држави повериоцу један паушални износ из кога држава поверилац намирује своје индивидуалне инвеститоре, сагласно њиховим утврђеним правима. О овоме више: I. Seid Hohenveldern, "International Economic Law", 2nd revised edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston, London, p. 146-149.

Политика забрана и ограничења, као вид заштите националних инвестиција од евентуалних ризика у иностранству, спроводи се применом начела **“персоналног важења”**¹⁶⁾ прописа за страна улагања, који се најчешће спроводи у области спољнотрговинских или/и валутно-финансијских операција. При томе, поједине државе имају специфичне приступе. Тако се на различит начин опредељује појам, дomet и разграничење тазв. **“директних”** од **“индиректних”** (**“portfolio”**) инвестиција. Поред осталог, директне инвестиције обезбеђују инвеститору ефективни степен контроле над предузећем у које је уложио своја средства¹⁷⁾. Учешће инвеститора у предузећу се материјализује у броју акција или величини удела који он у њему поседује¹⁸⁾. Многа национална законодавства третирају дугорочне активне кредитне аранжмане својих субјеката, као и дугорочне гаранције одобреним иностраним партнерима као **“директне инвестиције”**, пружају им правну заштиту и осигурање¹⁹⁾.

Ваља нагласити да су се у последњој деценији двадесетог века појавиле и тенденције придавања екстериторијалног дејства националних законодавстава²⁰⁾, укључујући и област страних инвестиција, посебно сферу опорезивања њихове добити.

3. Питање правне заштите инвестиција је у постојећим условима пословања на светском тржишту постало незаобилазно. То је посебно значајно за инвестиције које се реализују у државама са нестабилним политичким, социјалним, економским и укупним друштвеним односима.

16. Принцип “персоналног важења прописа” подразумева обавезу поштовања законодавства земље на чијој се територији налази седиште, односно боравиште домаћег лица које инвестира у иностранству.
17. Према југословенском Закону о спољнотрговинском пословању (“Сл. лист СРЈ”, бр. 46/92, 49/92, 16/93, 27/97, 59/98, 44/99, 55/99.), поред других ограничења, југословенски оснивач предузећа у иностранству је дужан приложити писмену изјаву да ће обезбедити правну заштиту уложених средстава у складу са прописима земље у којој се оснива предузеће, писмену изјаву да ће основати предузеће у иностранству које за своје обавезе одговара до висине уложених средстава, као и писмену изјаву да ће обезбедити уобичајену контролу финансијског пословања предузећа у иностранству. О овоме више: А. Ђирић: *Оснивање предузећа у иностранству*, “Правни живот”, едиција “Повратак привреде тржишту и власништву капитала”, 1990. Том II; А. Ђирић, *Оснивачи предузећа у иностранству и принцип правичности*, “Правни живот”, бр. 9-10/1994.
18. Тако се према француском законодавству “директним инвестицијама” сматрају оне које прелазе 20% оснивачког капитала предузећа у иностранству, док је тај обим у САД –10%.
19. У Француској се, на основу закона NО- 71-1025 од 24. 12. 1971. и Закона NО- 73-1128 од 21. 12. 73. осигурањем извозних инвестиција у области трговине бави француска компанија за осигурање спољне трговине (Compagnie francaise d’assurance du commerce exterieur), а у области улагања у производњу и индустрију – Француска банка за спољну трговину (Banque francaise du commerce exterieur).
20. Видети: Document 396R2271 Council Regulation (EC) No 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom (Official journal NO. L 309 , 29/11/1996 P. 0001 – 0006).

Поред уобичајених приватно-правних средстава заштите, као што је конституисање **хипотеке** или успостављање других облика обезбеђења страних улога, прибегава се и **посебним облицима гаранције и осигурања инвестиција**, чија се суштина заснива на могућности да физичка и правна лица државе извознице капитала, имају право осигурања инвестиција у иностранству код државних фондова своје земље.

Дакле, веома је чест облик гаранција које обезбеђују поверилачке државе својим приватним инвеститорима у иностранству. Правни основ таквих гаранција је **аранжман о гаранцији** између инвеститора и овлашћене организације (посебних фондова) државе инвеститора, сагласно њиховом важећем националном законодавству. Повољан оквир за овакав вид заштите свакако представља чињеница постојања двостраног уговора о подстицају и узајамној заштити страних инвестиција између државе извознице и државе пријема капитала. Уколико дође до наступања предвиђеног и осигураног случаја, предузећу инвеститору штету надокнађује осигуравајућа организација (фонд, агенција) из земље његовог седишта. Држава извозница капитала, применом принципа о суброгацији, односно преузимањем права на захтев за компензацију штете са приватног инвеститора на државу извозницу, предузима правна средства утицаја на међудржавном нивоу, односно непосредно према држави увозници, за повраћај суме коју је надокнадила свом инвеститору.

Заштита инвестиција на територији страних држава представља широко усвојену праксу, која се примењује и од стране индустријски најразвијенијих земаља света.

3.1. Тако у Немачкој постоји Званична шема извозних гаранција (Official Export guarantee Scheme of the Federal Republic of Germany), која делује у циљу заштите од комерцијалних и политичких ризика и која у најновијој пракси укључује и будуће пројекте у Југославији²¹). Немачки извозници капитала се могу пријавити за добијање извозних гаранција које обезбеђује федерална влада, као вид државне подршке немачком извозу робе, услуга и новца²²).

Управљање шемом гаранција је делегирано на посебан конзорцијум који цине HERMES Kreditversicherungs-AG и PwC Deutch Revision AG, при чему је **ХЕРМЕС**

21. Инвестициони пројекти и послови који су за Србију и Црну Гору реални у овом тренутку, уз укључење ХЕРМЕС гаранције, за сада имају портфолио карактер и односе се на кредитне линије по основу комерцијалних уговора закљученим са немачким партнерима о набавци инвестиционе и друге опреме немачког порекла уз одобрење ХЕРМЕС-а. Тај поступак подразумева да наша пословна банка закључи оквирни кредитни споразум (ОКС) са немачком банком (на пример, Commerzbank, AG, Frankfurt) на основу кога немачка банка одобрава укупно договорени износ нашој банци, с циљем да ова даље кредитира конкретне пројекте из групе поменутих послова. Аранжманом се предвиђа минимална вредност појединачног комерцијалног уговора (750.000 % еура), при чему немачка банка кредитира конкретни пројекат у већем процентуалном износу, (око 85%), наша банка преостали део до 100%, док ХЕРМЕС осигурање покрива ризик са 95% обухвата. Премијска стопа осигурања још није позната, али ће она, услед процене о повећаним ризицима пословања на нашем тржишту, бити знатно изнад уобичајене и очекује се да износи 9% уз једнократну уплату унапред. Период отплате кредита је 5 година у 10 полугодишњих рата, са почетком отплате у року од 6 месеци након првог коришћења.

водећи партнер у конзорцијуму. Захтев за добијање гаранције се подноси ХЕРМЕ-СУ, на обраду, након чега се доставља Међуминистарском комитету за извозне гаранције, који доноси коначну одлуку²³⁾.

ХЕРМЕС гаранције покривају неколико видова ризика: политичке; комерцијалне; Pre-shipment risk cover, у оквиру којих су карактеристични ризици због препоруке немачке владе да се прекине са обављањем послова на територији земље потенцијалног наступања ризика; затим ризици изостанка инструкција Владе Немачке о настављању обављања ризичне привредне делатности у земљи ризика и др²⁴⁾.

Обухват покрића висине настале штете који достижу ХЕРМЕС гаранције се креће у распону од 85 до 95% од осигуране суме. Премије осигурања зависе од групе којој припада рангирана рецептивна држава у односу на немачке инвеститоре²⁵⁾, затим од врсте осигураног ризика, висине осигуране суме, динамике и начина плаћања потраживања немачког инвеститора у иностранству²⁶⁾.

3.2. Осигурање америчких инвестиција у иностранству обавља самофинансирајућа државна установа под називом Корпорација иностраних приватних инвестиција (Overseas Private Investment Corporation-ОПИС). Корпорација одобрава директне зајмове, гаранције за одобрене позајмице, осигурава инвестиционе пројекте од политичких ризика, укључујући и ризике експропријације²⁷⁾. Карактери-

22. Максимум осигуране суме одређује парламент (Bundestag) у фиксном износу за период од годину дана. Све одлуке о генералној политици издавања гаранције и одобрењу гаранција које се односе на појединачне пројекте, доноси међуминистарски комитет, који чине представници четири министарства: за економију и технологију; за финансије; за иностране послове и за економску сарадњу и развој.

23. Видети: А. А. Winfried, *Legal aspects of Foreign Direct Investment*, edited by D. D. Bradlow, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 199. p. 585-591; J. P. Agarwal, A. Gubitz, P. Nunnenkamo, "Foreign Direct Investment in Developing Countries, The Case of Germany", Tübingen, стр. 97-101.

24. У политичке ризике које покривају ХЕРМЕС гаранције спадају: Општи политички ризици (ратови, побуне, законодавне и административне мере, којима се спречава наплата гарантованог потраживања); ризик немогућности конверзије или трансфера валуте; Губитак добара услед политичких догађаја и др.

У групу комерцијалних ризика се сврставају: инсолвентност страних купаца са статусом приватноправних лица; неплаћање дуга страног купца ни после шест месеци од уговореног датума исплате и сл. Pre – shipment risk cover обухвата ризике од настанка штете услед препоруке владе Немачке да се прекине са производњом у иностранству, или да се обустави испорука робе, или већ започете инвестиције, као и ризике настанка штетних последица због изостанка инструкција федералне владе да се са таквим пословима настави, посебно у ситуацијама када постоји повећани степен вероватноће наступања ризика услед утицаја одређених догађаја. За случај да постоји оправдано веровање да одређене непожељне околности настану, а влада не препоручи наставак обављања делатности, или наставак започетог инвестирања, инвеститор се може осигурати од штетних последица, које могу наступити услед таквих околности.

25. Према степену ризика стране државе су сврстане у седам група.

26. Најновији подаци о ХЕРМЕС гаранцијама видети на Web адреси: <http://hermes.de/aga/eng>.

27. S. Linn Williams, *Political And Other Risk Insurance: Eximbank, OPIC And MIGA*, "Middle East executive reports", 1988. p. 8-18.

стичан је пример закључења двостраног уговора између Владе Руске Федерације и Владе САД о заштити инвестиција од 3.4.1992. године. Тај споразум предвиђа могућност америчких инвеститора да користе услуге ОПИС-а у циљу финансијске подршке при реализацији својих инвестиција у Русији, која се састоји у осигурању од политичких ризика, као и одобравању директних позајмица и гаранција, што је посебно важно за улагања у мали и средњи бизнис. Амерички инвеститори су преко ОПИС-а осигурани за случај национализације њихове имовине, укључујући и средства на рачунима у банкама, затим увођења забране конверзије националне валуте у слободно конвертибилна средства, забране репатријације улога, грађанских немира и слично. Руска влада се обавезала да ће признати ОПИС-у сва права америчких приватних инвеститора уколико наступи осигурани случај на основу кога је ОПИС исплатио компензације инвеститору (суброгација)²⁸.

Свеобухватни Закон САД о трговини и конкуренцији из 1988. године предвиђа адекватну и ефективну правну заштиту интелектуалне својине у другим државама – како за случај класичног трансфера, тако и у вези са инвестиционим улагањем, чији је предмет интелектуална својина и “know-how”²⁹.

3.3. Аустрија има федерални Владин финансијски институт (Institut Finanzierungsgarantie-Gesellschaft (FGG), који је основан 1969. године са циљем да подстиче развој аустријске привреде, као и да покрива ризике у вези са дугорочним финансијским пословима аустријских компанија ангажованих у домаћим и страним привредним пројектима³⁰).

3.4. Југославија³¹ је недавно донела Закон о фонду за осигурање и финансирање спољнотрговинских послова³². Између осталог, делатност фонда је осигурање спољнотрговинских послова и пружање других услуга у вези са осигурањем од некомерцијалних и комерцијалних ризика³³. Закон у члану 5. предвиђа да су “некомерцијални ризици, у смислу овог закона и штете настале у вези са имовином уложеном у предузећа или пословне јединице у другој држави...”³⁴.

Сличне системе заштите својих приватних инвеститора у иностранству познају и многе друге државе.

На међународном плану је процес интернационализације гаранције инвестиција доживео право грађанства захваљујући, пре свега, оснивању Мултилатералне агенције за гаранције инвестиција (MIGA), о чему ћемо у даљем излагању детаљније говорити³⁵.

28. До закључења споразума, ОПИС је позитивно решио 37 захтева америчких инвеститора у вези њихових послова у Русији, на укупну суму изнад милијарду САД долара. Видети: М. М. Богуславскии, "Иностранние инвестиции, правовое регулирование", Москва, 1996. стр. 188.

29. В. М. Сумилов, *op. cit.* стр. 354.

30. FGG undertakes company-specific, individually structured guarantees. The Republic of Austria as 100% owner of FGG acts as guarantor for the guarantees issued by FGG. All guarantees are issued in accordance with the EU state aid rules and on the basis of guidelines which have been notified to or discussed with the EU Commission, [Http://www.fgg.at](http://www.fgg.at)

IV

Међународно-правна заштита страних улагања

1. Међународноправна заштита страних директних инвестиција има за циљ постизање одређених стандарда универзалног значаја у области осигурања ефикасне заштите инвеститора и њихових интереса³⁶). У том смислу ваља посматрати и напоре који се предузимају и чине у оквиру Организације уједињених нација и

31. За правни оквир директних страних улагања у југословенску и српску привреду је од посебног значаја новодонети Закон о страним улагањима ("Сл. лист СРЈ", бр. 3/2002.). Може се рећи да је југословенски позитивно-правни оквир за FDI, у контексту заштите и подстицаја директних страних улагања, у значајној мери усаглашен са савременим тенденцијама у овој области. Дакле: донет је нови Закон о страним улагањима; страним улагачима је обезбеђен најшири оквир за улагање у југословенско предузеће или стицање сваког другог имовинског права, којим они остварују своје пословне интересе; омогућени су посебни облици улагања по основу концесије и ВОТ система; обезбеђена је широка слобода улагања за све врсте делатности. (ограничења постоје само у погледу процентуалног учесца (49%) у производњи и промету оружја и војне опреме, у забрањеним зонама и у слободним царинским зонама; признат је национални третман страним улагачима, уз могућност обезбеђења, чак и повољнијег статуса; гарантује се правна сигурности (клаузула о стабилизацији и избегавању експропријације); изричито је прокламовано право конвертовања домаће валуте у страну; признаје се право вођења пословних књига сагласно међународно прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима; гарантује се право на трансфер добити и имовине (за случај престанка предузећа, смањење основног капитала предузећа са страним улогом); обезбеђена је слобода увоза предмета страног улога, чиме је наш закон усаглашен са споразумом TRIM-GATT/WTO); признају се одређене пореске олакшице, које су, истина, у односу на ранији ниво сада смањене; задржана су царинска ослобођења из претходног закона о страним улагањима; страним улагачима је обезбеђено право стицања својине на непокретностима; значајно је поједностављена процедура регистрације; постоји висок ниво усаглашености Закона о предузећима са одговарајућим нормама прихваћеним у ЕУ; страним инвеститорима стоје на располагању услуге по систему прихваћеном у међународној пракси "one window", које им може пружити новооснована Агенција Србије за стирана улагања и подстицај извоза (*Serbian Investment and Export Promotion Agency – SIEPA*). О приступу "on stop shop" or "single window", као начину промоције и имплементације владине политике у области страних инвестиција видети: М. М. Al-Sharmani, "National Investment Codes of Developing Countries", Baltimore, Maryland, 2000, р.123-126.; Усаглашен је, или се налази у поступку усаглашавања низ законских прописа и одговарајућих подзаконских аката који су у функцији FDI. Свакако да су највеће препреке присуства FDI у СРЈ, у већем обиму од постојећег, ваннормативног карактера, које произлазе из неповољне општепривредне и политичке ситуације у земљи.
32. "Сл. лист СРЈ", бр. 3/2002. Ступањем на снагу овог закона престао је да важи Закон о финансирању осигурању извозних послова против некомерцијалних ризика ("Сл. лист СФРЈ", бр. 71/73 и 52/79).
33. Чл. 8. ст. 1. закона.
34. Закон и у чл. 4. дефинише некомерцијалне ризике као "случајеве кад је немогуће наплатити потраживање због..." надаље побројаних околности. Чини се да је терминолошки, а и због суштине ствари, било прецизније рећи "могућност наступања случајева...". Закон не дефинише комерцијалне ризике, као ни услове и поступак под којима се врши осигурање спољнотрговинских и других послова од комерцијалних и некомерцијалних ризика.
35. О овоме и: Р. Ђуровић, "Међународно привредно право", Београд, 2000, стр. 349.

Светске банке, чијом је активношћу дошло до усвајања значајних међународних аката у овој области. Ту се може свакако поменути **Декларација и Програм Генералне скупштине ОУН из 1974. године о установљењу новог међународног економског поретка, као и резолуцијом усвојена Повеља о економским правима и обавезама држава**. У тим актима је садржано низ норми од ширег оквирног значаја, укључујући и заштиту страних инвестиција. Тако, на пример, у наведеној декларацији и програму ОУН се признаје суверено право држава над природним ресурсима и њиховом економском искоришћавању, као и право да државе саме утврђују услове под којима ће одобравати стране инвестиције у области природних ресурса. Правни аспекти таквих инвестиција се уређују применом одредби унутрашњег и норми међународног права. У погледу својинских права над таквим добрима даје се предност националним интересима пред чисто индивидуалним напорима или приватним интересима. Како смо већ у уводу истакли, Повеља о економским правима и обавезама држава из 1974. године, признаје право државама на национализацију и експропријацију имовинских добара страних лица, уз одговарајућу и правичну компензацију³⁷⁾ Реализација овог права не сме имати дискриминаторска обележја, а предузете мере не могу имати конфискациону природу. Уколико је, изузетно, нужно њихово спровођење, оно се мора заснивати на адекватној и реалној компензационој вредности.

Општи међународно-правни систем заштите страних улагања не уређује ову област непосредно, али он усмерава имплементацију усвојених и унификованих норми са међународног нивоа у национална законодавства.

2. Суштински допринос подручју међународноправне заштите страних инвестиција пружила је и **Организација ОУН за међународну економску сарадњу и развој (ОЕЦД)**³⁸⁾, која у своје чланство укључује и економски најразвијеније државе света.

Под њеним окриљем израђен је текст **Нацрта конвенције за заштиту иностране својине**, који није био отворен за приступање, али је 1967. године државама чла-

36. Капитал се креће у свим смеровима. Он нема отаџбину. При томе је тешко издвојити земље које су или само извозници, или само увозници капитала. Оно што је такође одраз тенденције у овој области садржано је и у подацима према којима је до Првог светског рата проценат директних инвестиција у односу на портфолио (индиректне инвестиције) износио 10%, према данашњих близу 90%. То свакако говори о тежњи и потреби успостављања контроле над иностраним предузећима. Узајамно укрштање путева којима се капитал креће, пре свега кроз иностране инвестиције, има веома занимљиве коридоре. Тако, у америчкој привреди је присутно преко један и по билион долара иностраног капитала, а око три милиона американаца ради у иностраним компанијама. Са друге стране, у привреди западноевропских држава значајни сектори привреде се налазе под контролом америчког капитала. Питање правне заштите тих приватних инвестиција, због свог обима, задире у националне интересе како земаља извозница, тако и земаља пријема страног капитала.

37. Повеља о економским правима и обавезама држава из 1974. године (чл. 2, ст. 2с).

38. OECD DOCUMENTS: "Towards Multilateral Investment Rules", Publisher's Note, W. H. Witherell, Towards an international set of rules for investment, p. 17.

ницама ОЕЦД био препоручен као модел за такву заштиту. Године 1976. је усвојена **Декларација и одлука о међународним инвестицијама и мултинационалним компанијама**³⁹⁾. Овом Декларацијом ОЕЦД препоручује државама-чланицама да признају мултинационалним компанијама, које обављају делатност на њиховим територијама, национални третман, сагласно домаћем законодавству⁴⁰⁾.

3. Полазећи од целокупног значаја који транснационалне компаније имају за светску економију и привреду појединих држава, Економски и социјални савет ОУН је основао **Центар за транснационалне компаније и посебну Комисију за транснационалне компаније**. Комисија је израдила **Кодекс понашања транснационалних компанија**⁴¹⁾. Правила кодекса имају препоручујући карактер⁴²⁾.

У Повељи о економским правима и обавезама држава⁴³⁾, истакнуто је начело да држава има право да регулише и контролише делатност транснационалних корпорација у границама своје националне јурисдикције и да у складу са тим пре-

39. *The Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*, W. H. Witherell, op. cit. p. 18. Декларација садржи важне руководне идеје, као што су: национални третман; водич за мултинационална предузећа; оцена инструмента инвестиционих стимулација и дестимулација.

40. Овде је реч о територијалном принципу, који подразумева обавезу поштовања закона земље седишта у обављању делатности мултинационалних компанија, али и обавезу реализације њиховог права на положај који им обезбеђује систем националног третмана.

41. Doc. UNO E/C.10.1996.C.2.

42. Сагласно националним прописима највећег броја држава, кодекс полази од начела да су компаније независне од држава, као и да државе не могу гарантовати одређено понашање приватног сектора (има се у виду подела на приватноправни и јавноправни сектор). Према Кодексу, транснационалне компаније су дужне да: поштују суверенитет државе свог седишта; у свом пословању полазе од економских циљева и политике коју води држава њиховог седишта; уважавају социјално-културне циљеве, вредности и традицију земље седишта; се не мешају у унутрашње послове земље свог седишта; не обављају послове политичког карактера; се уздржавају од корупционашке праксе; поштују законе и подзаконске акте, који се тичу ограничења предузетничке пословне праксе; поштују правила о трансферу технологије и заштити човекове околине. Важно је напоменути да је на сличан начин ова питања, такође са препоручујућом правном снагом, уредила и Организација за економску сарадњу и развој, својом Декларацијом о међународним инвестицијама и мултинационалним предузећима и Руководним принципима о мултинационалним предузећима (прилог Декларацији).

Комисија ОУН за транснационалне компаније има координативну и контролну функцију у поступку примене кодекса. Центар ОУН за транснационалне компаније има улогу секретаријата комисије.

Полазећи од чињенице да је капитал неких транснационалних компанија упоредив са државним буџетима појединих земаља, јасна је и тенденција изражена кроз настојања да се њихова делатност уреди како на националном, тако на регионалном и универзалном међународном плану.

На Тридесетом заседању Генералне скупштине ОУН усвојена је Резолуција (3514), "Мере против корупције у пракси транснационалних компанија и других корпорација, њихових посредника и других учесника у њиховим пословима". О овоме детаљније: А. Ђирић, П. Цветковић, "Међународно трговинско право", Правни факултет Ниш, 2001. стр.78-109.

43. Чл. 2. повеље.

дузима одговарајуће мере са циљем да та делатност не противречи закону, нормама, као и економској и социјалној политици.

4. Посебним резултатом на плану обезбеђења услова за међународноправну заштиту страних инвестиција сматра се доношење **Конвенције о оснивању Агенције за мултилатералне гаранције инвестиција (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA)**⁴⁴. Дакле, агенција је основана конвенцијом, која је отворена за приступање 1985. године⁴⁵, а ступила је на снагу 12. 04. 1988. Резултат је вишегодишњих напора у оквиру UNCTADA и Светске банке. Југославија је 1991. године донела Закон о ратификацији конвенције, међутим ратификација није примљена од савета гувернера агенције услед става о непризнавању СФРЈ. Према подацима објављеним од стране агенције, Југославија се тренутно налази у процесу испуњавања услова за приступање. Циљ конвенције је да се посредством агенције пружају гаранције у виду осигурања и реосигурања од наступања некомерцијалних ризика, који могу настати у вези са инвестицијама инвеститора (правних и физичких лица) из једне државе чланице у другој чланици конвенције⁴⁶. Предмет осигурања могу бити како приватне, тако и државне инвестиције, под условом да имају трговачки карактер. Конвенцијом се детаљно предвиђа правни механизам у вези издавања гаранција. Битни елементи тог механизма су: лица која могу захтевати гаранцију⁴⁷; тип и форма инвестиције; услови које морају испуњавати инвестиције, да би агенција могла издати гаранцију; прихватљиви ризици који могу бити покривени гаранцијом; закључење уговора о гаранцији агенције са конкретним инвеститором, које подлеже одговарајућем одобрењу. Одлуку о одобрењу гаранције доноси агенција на подлози стручне економске анализе⁴⁸.

Максимум осигуране суме износи 50 милиона САД \$. Премија осигурања се креће од 0,3-1,5% од вредности инвестиције. Степен обухвата може достићи и 90%⁴⁹.

Програм гаранција је тако направљен да подстиче проток страних, приватних инвестиција у земље са слабије развијеном привредом тако да смањи политичке ризике везане за пројекат. MIGA издаје дугорочно осигурање од политичког ризика. Осим осигурања инвестиција, MIGA својим учествовањем у пројекту повећава поверење инвеститора да ће се њихова права поштовати.

44. Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (www.miga.org). Више о Конвенцији: D. D. Bradlow, A. Esher, "Legal aspects of foreign direct investment", Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, p.47-50; S. Linn Williams, *Political And Other Risk Insurance: Eximbank, OPIC And MIGA*, "Middle east executive reports", 1988. p. 8-18.

45. MIGA су основале 42 земље чланице Светске банке 1988. године, које учествују са 53 посто агенцијског оснивачког капитала од 1.082 милиона USD. MIGA је, до данас, проширила чланство на 154 земље које учествују са око 98 посто агенцијског оснивачког капитала.

46. Видети члан 2. Конвенције.

47. Гаранције се могу издати како приватним, тако и државним инвестицијама, под условом да имају трговачки карактер.

Остала важна питања која су предмет конвенције односе се на: захтев за накнаду штете; право суброгације агенције⁵⁰), начин решавања спорова агенције са другим субјектима насталим по основу издатих гаранција.

Примарни ризици које покрива гаранција МІГА су: трансферне рестрикције, експропријација, рат и грађански немири⁵¹).

5. Важан правни оквир међународне заштите и подстицаја страних директних инвестиција су двострани међудржавни споразуми о подстицају и заштити инвестиција (Bilateral Investment Treaties—BITs)⁵²). Многе земље извознице капитала их користе у својој пракси за заштиту инвестиција, првенствено од некомерцијалних ризика, уз уважавање прихваћених међународноправних стандарда. Државе увознице, закључујући ВІТ's, гарантују заштиту страних директних инвестиција, доприносећи стварању климе за њихово присуство⁵³). Полазећи од значаја који ВІТs имају за област међународноправне заштите FDI, UNCTAD је организовао специјално тематско саветовање у Женеви 1997. године⁵⁴). Са аспекта заштите инвестиција, ови уговори омогућују државама уговорницама да обезбеде реализацију пра-

48. Инвеститор треба да буде резистент земље - чланице различите од државе чланице у којој ће се инвестирати. Трговачко друштво испуњава услове осигурања, ако је основано и има седиште у земљи чланице или ако су већински власници држављани земље чланице. МІГА осигурава нове инвестиције из било које земље чланице, уколико су усмерене у било коју другу земљу чланицу у развоју. Нова улагања везана за проширење, модернизацију или финансијско реструктурирање постојећих пројеката такође испуњавају критеријуме, као што су откупи у вези са приватизацијом државних предузећа.
Пожељни облици страних улагања укључују акционарски капитал, акционарске зајмове и гаранције за зајмове издате од власника акционарског капитала, под условом да је зајам одобрен на период од најмање три године. Други пожељни облици инвестирања се односе на техничку помоћ и менаџмент уговоре, лиценце и уговоре о франшизама, под условом да су закључени са роком од најмање три године и да је инвеститорова накнада везана за резултате пројекта.
49. У периоду од 1990-1996. издато је 223 гаранције у висини од 15,2 милијарди USA \$. О овоме: D. D. Bradlow, A. Esher, "Legal aspects of foreign direct investment", Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, p. 48.
50. Видети члан 18. конвенције.
51. О ризицима који испуњавају услове за издавање гаранција видети: чланак објављен у овом Зборнику радова: П. Цветковић, *Ризици подобни за издавање гаранција Мултилатералне агенције за осигурање инвестиција*.
52. Први ВІТ је закључен између Немачке и Пакистана 1959. године Видети: *Bilateral Investment Treaties 1959-1966*, "Chronological and Country data Bibliography", International Centre for Settlement of Investment Disputes, May 30, 1977. Doc. ICSID/17; О томе и: R. Dolzer and M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995. цитирано према: D. D. Bradlow, A. Esher, "Legal aspects of foreign direct investment", Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, p.108.
53. До почетка 1977. године у свету је било закључено преко 1300 оваквих уговора, од којих 818 између земаља у развоју. UNCTAD, Note to correspondents No. 22;
54. UNCTAD Expert Meeting on BITS; Geneva 28 - 30 May, Note to correspondents No. 22; BIT by BIT: UNDERSTANDING THE DEVELOPMENT IMPLICATIONS OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES

ва домаћих лица на територији друге стране, а уговорно регулисање тих питања даје одређену гаранцију примене договореног режима, без обзира на евентуалне будуће измене закона друге стране уговорнице⁵⁵).

Типичан ВІТ има уобичајену садржину и скоро стандардну форму⁵⁶). Садржину уговора о узајамној заштити и подстицању инвестиција чине: преамбула (која представља његово “козметичко одељење” од значаја за утврђивање воље страна уговорница и циља коме оне теже); дефиниције (улагање, улагач, приходи и сл.); подстицање и заштита инвестиција (помоћ код добијања виза, радних дозвола и сл.); третман улагања (третман најповлашћеније нације и национални третман); забрана експропријације, национализације (уколико је у јавном интересу, предвиђају се права и обавезе на нужну и правичну накнаду, као и гаранција трансфера); накнада губитка услед ратних дејстава (заснива се на начелима најповлашћеније нације); слободан трансфер капитала сагласно важећем домаћем законодавству); суброгација код исплате по гаранцији; решавање спорова између страна уговорница (арбитража *ad hoc*, или ресавање спорова између улагача и једне стране уговорнице, уз уговорену надлежност суда рецептивне државе), а код накнаде за експропријацију често се уговара надлежност Центра за решавање инвестиционих спорова при IBRD; консултације на састанцима мешовитог комитета (анализе, информације, предлози и сл.); трајање, раскид, језик уговора и сл. Треба приметити да у области заштите страних инвестиција одређени значај имају и двострани уговори о избегавању двоструког опорезивања, као и међудржавни споразуми о слободној трговини.

6. Стално увећавање броја билатералних споразума (ВІТс)⁵⁷), интереси мултинационалних (транснационалних) компанија (ТNCс), које потичу из привредно најразвијенијих и најутицајнијих држава, су веома значајни фактори појаве тенденције о што већој либерализацији и универзалној глобализацији правила о страним инвестицијама, укључујући и правила о њиховој заштити. Са тим циљем је маја 1995. године у оквиру ОЕCD-а⁵⁸) постигнут договор о отпочињању преговора за утврђивање текста за Вишестрани инвестициони споразум (Multilateral on Inve-

55. У законодавствима многих држава, а у неким од њих и у уставима, међу којима је и Југославија, налазе се изричите одредбе о приоритету закључених и ратификованих међународних споразума државе у хијерархији њихове примене у односу на домаћи закон. Дакле даје се приоритет међународним уговорима.

56. У оквиру ОЕCD-а, као и у појединим државама (САД, Русија) присутна је пракса израде уговори модела, чији је циљ не само олакшавање преговора између држава при њиховом закључивању, већ се тиме обезбеђује и једнообразност њихове садржине.

57. Поред ВІТс-а, на билатералној основи се закључују и друге врсте међудржавних споразума од значаја за FDI, као што су уговори о избегавању двоструког опорезивања, чији је циљ допринос побољшању опште инвестиционе климе.

58. ОЕCD-ов Global Forum on International Investment (GFI) је одржао конференцију "New Horizons and Policy Challenges for Foreign Direct Investment in the 21st Century" у Мексико ситију, 26-27 November 2001. Конференција је усвојила јединствену платформу за отворен дијалог о актуелним питањима од интереса за страна улагања, укључујући инвестициону политику националних влада, положај инвеститора, њихову заштиту и друга питања.

stment Treaty – MAI)⁵⁹), који би био отворен како за земље чланице, тако и за државе нечланице ове организације. Резултат вођених преговора су били нацрти споразума MAI, чија верзија из 1998. није усвојена јуна месеца 1999. године⁶⁰), али су се земље чланице OECD споразумеле да наставе процес преговора и коначног усвајања текста споразума. Међутим, има мишљења да је MAI резултат тежње да се процес глобализације искористи у области инвестирања капитала на начин који би очувао и омогућио политичку и привредну доминацију високоразвијених држава, заштитом положаја мултинационалних компанија и других моћних инвеститора на светском тржишту. У том смислу у литератури се користи синтаagma "MAI као владавина концерна"⁶¹).

7. Из групе међународних мултилатералних споразума и конвенције универзалног карактера, који су од значаја за ову област важно је поменути: **Споразум о трговинским аспектима иностраних инвестиција (TRIM-WTO/ GATT)**. Њиме се у суштини забрањује државама коришћење мера трговинске политике, које имају негативно дејство на иностране инвестиције, као што је улагање предмета инвестирања по систему одобрења или дозвола приликом увоза предмета улагања и сл.⁶²).

Од међународних вишестраних споразума регионалног карактера, свакако ваља указати и на **Римски уговор из 1957.** о оснивању СЕЕ⁶³), затим **правило (директиву) ЕЕЗ** од 24. 6. 1988. "О слободи кретања капитала уз поштовање принципа узајамности"; споразум из 1993. о сарадњи у области инвестиционе делатности у Зајеници независних држава (ЗНД, СНГ, ЦИС), који има и значај репоруке као модел закон за национална законодавства држава чланица⁶⁴).

8. Током реализације активности у вези са страним улагањима, могуће је да дође до спорних правних односа између учесника у тим пословима. Са становишта заштите права и интереса поводом страних улагања, веома је важно постојање ефикасних механизма за решење насталих спорова. У том смислу се веома важним вишестраним међународним актом сматра **Конвенција за решавање инвестиционих спорова између држава и грађана или правних лица других држава**. Наста-

59. D. D. Bradlow, A. Esher, op. cit. p. 69. <http://www.oecd.org/daf/investment>.

60. Основу даљих преговора у вези са усвајањем Мултилатералног инвестиционог споразума чини понуђени текст предлога MAI из априла месеца 1998. године и он садржи: преамбулу; подручје примене; статус инвестиција; заштита инвестиција (формирана је посебна комисија са задатком да ради на питањима заштите инвестиција); решавање спорова и др.

61. Комплексан критички однос према MAI видети у делу групе аутора: "MAI die Herrschaft der Konzerne", Deutcher Taschenbuch Verlag, Munhen, november, 1998. Детаљан критички приказ: ibid. M. Kurt Peter, "Eine kritische Kommentierung des Multilateralen Abkommens uber Investitionen", с. 129-158.

62. Овај споразум има посебан значај на плану либерализације страних улагања и подстицаја инвестирања. У том погледу је са споразумом усаглашен и наш најновији Закон о страним улагањима (чл. 16. закона).

63. Овим уговором установљено је начело слободе кретања капитала између земаља чланица и између њих и трећих држава.

64. О овоме: А. Ћирић, "Заједница независних држава", Ниш, 1998. стр. 309.

ла је на иницијативу Светске банке током 1965. године, а ступила је на снагу 1966. Југославија је потписала и ратификовала конвенцију и она је у односу на нашу земљу ступила на снагу 20. 04. 1967. године⁶⁵). На основу конвенције формирана је и међународна институција – **Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID-The International Centre for Settlement of Investment Disputes)**, са седиштем у Вашингтону. Центар је компетентан да разматра и решава спорове проистекле из инвестиционих уговора, у којим је једна од уговорних страна држава. Највећа специфичност конвенције и самог центра је управо у чињеници о постојању претпоставки да физичко или правно лице могу директно тужити државу пред међународним форумом⁶⁶).

V

Закључак

Реализација инвестиција је увек повезана са одређеним степеном ризика за страног инвеститора, било комерцијалне или некомерцијалне природе. Он увек ризикује. Могућност наступања некомерцијалних ризика се увећава у време политичке и економске нестабилности у земљи пријема капитала, затим код настанка оружаних сукоба, увођења ванредног стања и слично. Посебно непожељна мера у односу на стране инвестиције је национализација, као могућност преласка својине страног инвеститора над инвестираним добрима у својину рецептивне државе. Са друге стране, он може претрпети значајне губитке услед неиспуњења или неуредног испуњења обавезе свог пословног партнера. Све те и друге опасности које вребају страна улагања истичу значај питања њихове заштите и установљења одређених гаранција, како у унутрашњем законодавству, тако и у међународним уговорима. Начини заштите су бројни и међусобно се разликују, како по учесницима, тако и по својој правној природи. Међутим, сви они имају јединствен циљ који се огледа у предупређењу наступања ризика за стране инвеститоре, а уколико до њих и дође тежи се отклањању насталих штетних последица. У раду је ова материја посматрана кроз три целине, сагласно мерама заштите које су карактеристичне за државу порекла капитала, државу његовог пријема и међународни режим заштите, који је у процесу сталне изградње кроз непосредну праксу и нормативну делатност.

65. “Сл. лист СФРЈ”, Додатак “Међународни уговори” бр. 7/1967.

66. Конвенцијом су предвиђене процедуре мирења и арбитражног начина решавања спорова. Центар је надлежан уколико је једна од странака у поступку држава потписница конвенције, а друга странка је физичко или правно лице из друге државе потписнице. Центар није надлежан за решавање инвестиционих спорова у поступку између две државе, као и у поступку између приватноправних учесника. О овоме видети: I. Beguin, "L'arbitrage commercial international", Mont, 1987. p. 29.