

Мр Владимир Појовић,
"Рај-банка" а.д. - Главна филијала Ас-банка, Београд

Заштита страних инвеститора у банке на домаћем финансијском тржишту

I

Страна улагања, односно инвестиције у домаћи банкарски систем битна, су већ због самог значаја банака за финансијско тржиште и тржиште уопште, а посебно актуелна у овом тренутку потребе за страним капиталом.

Битно је како се у то уклапа нова правна концепција страних улагања. И, док је та нова концепција страних улагања регулисана новим Законом о страним улагањима (даље ЗСУ)¹⁾ с почетка 2002. године, који је заменио претходни такав закон (даље ПЗСУ)²⁾ из 1994. године, Закон о банкама и другим финансијским организацијама (даље ЗОБ)³⁾ из 1993. године, коме су управо претходна два закона препустила, по принципу *lex specialis*, регулисање страних улагања у банке у међувремену се у овој области није мењало. Да ли су неопходне његове промене и да ли су неопходне и нове промене *lex generalis* у овој области – остаје за анализу.

У контексту ове регулативе, као најважнијег извора, не може се заобићи супсидијарна примена ЗСУ у односу на ЗОБ, који ипак релативно оскудно регулише ову област. Отуда још већи значај и ЗСУ и његових евентуалних промена.

1. Закон о страним улагањима ("Сл. лист СРЈ", бр. 3/2002.).
2. Закон о страним улагањима ("Сл. лист СРЈ", бр. 79/94, 29/96).
3. Закон о банкама и другим финансијским организацијама ("Сл. лист СРЈ", бр. 32/93, 61/95, 44/99).

II

Ко је, заправо страни инвеститор-улагач. ЗОБ само предвиђа страном правно и физичко лице, али их ближе не одређује.⁴⁾ То чине ЗСУ и ПЗСУ, а у њиховим одредбама долазио је до варирања у одређењу овог појма.

Наиме, страном правно лице најпре је било правно лице са седиштем у иностранству, а потом, од 1996. године и предузеће у земљи у коме је учешће страног капитала веће од 51%, па и свако предузеће које је страном лице основало у Југославији. Нови пропис вратио се на стару концепцију правног лица са седиштем у иностранству,⁵⁾ очигледно са позитивном намером отварања према страном капиталу, да се према свим правним лицима која имају седиште у земљи примењује исти, национални третман, без обзира ко их је основао, односно уложио капитал, домаћи или страни улагач.

Страном физичко лице је до 1996. године било свако физичко лице са пребивалиштем, односно боравиштем у иностранству, без обзира на држављанство, потом страном физичко лице (држављанин), али и југословенски држављанин са пребивалиштем, односно боравиштем у иностранству дужим од годину дана, а сада је то само страни држављанин. Међутим, само привидно, јер је новим прописом заправо проширен појам страног улагача са страних правних и физичких лица на наведеног југословенског држављанина.⁶⁾ Задржана је концепција из 1996. године, која је, међутим, ужа од раније концепције.

Потенцијал инвеститора, али и концепција која се заузима у законодавству у погледу отворености и то одређењем страног инвеститора и, у међузависности, третмана (националног или принципа узајамности) битно опредељују параметре одлучивања страног капитала за улазак у земљу. Притом, по претпоставци је значајнији потенцијал правних лица, али не треба занемарити потенцијал ни појединих физичких лица, која тако могу бити важан субјект ових правних односа и предмет регулативе.

III

Облици страних улагања су следећи битан, претходни и незаобилазни, фактор инвестирања. Јер, од њих зависи управо режим који се примењује. Страном улагање, прилично је комплексан појам, на шта указује и то да је новим ЗСУ уопштеније регулисан него ПЗСУ. Тако, док је ПЗСУ принципијелно регулисао страна улагања као оснивање предузећа, улагање у предузеће и оснивање филијале страног правног лица које има својство правног лица, при чему је јасно предвидео уговор о улагању, одвојен од уговора о оснивању и регулисао елементе и једног и другог уговора,⁷⁾ ЗСУ је друкчије, правилније, регулисао, оснивање, и то као стицање ак-

4. Чл. 5. ЗОБ.

5. Чл. 2. ПЗСУ и ЗСУ.

6. Ibid.

ција и удела у домаћем предузећу и то оснивањем или накнадном куповином (претпостављамо и преносом без накнаде) акција или удела, што је определио као основне облике страних улагања, док је све друге облике подвео под стицање сваког другог имовинског права којим страни улагач остварује своје пословне интересе у земљи. Овде је, такође, предвиђен уговор о улагању и уговор о оснивању, али оба у оквиру наведених основних облика улагања стицањем акција или удела.⁸⁾

Концентрисаћемо се, као што то чини и ЗСУ, на основне облике страних улагања и то у банке, полазећи од тога да се интереси сваког таквог инвеститора (управљачки, а преко њих и остваривање добити и сваки други економски-интерес), најпотпуније остварују стицањем акција.

У том контексту, ЗОБ предвиђа да банку може основати страно правно и физичко лице.⁹⁾ Дакле, закон говори само о оснивању, а не и о накнадном стицању акција, што је чудно ако се узме у обзир низ одредаба тог закона, додуше накнадно додатих, тек 1999. године, кроз које је он коначно прихватио да ризикује појмове оснивача и (свих) акционара и напустио превазиђену концепцију поистовећивања ових појмова, као да промет акција замире после оснивања банке.¹⁰⁾ Међутим, ЗОБ управо у погледу основних облика страних улагања није напустио ову концепцију. Да ли је у изменама закона 1999. године то “случајно” пропуштено, или заиста ни сада страно лице не може накнадно стицати акције банке, остаје дилема са озбиљним последицама по услове за заштиту страних инвеститора, која се изменама ЗОБ-а мора разрешити.

И сада долазимо до интересантног граничног случаја страног улагања који је, такође интересантно, ЗОБ третирао још у свом основном – тексту из 1993. године. ПЗСУ их касније, 1994. године, такође третира, а нови – ЗСУ, издвајајући само основне облике страних улагања, не наводи овог посебно, што не значи да он не може бити обухваћен оним његовим широким кругом “неосновних” облика страних улагања.

Говоримо о филијалама страних правних лица, конкретно о филијалама страних банака у земљи које имају својство правног лица, односно о афилијацијама (како их је ЗОБ назвао). На услове за издавање дозволе за њихов рад, на њихово пословање, управљање и организовање примењују се одредбе ЗОБ-а које важе и за домаће банке.¹¹⁾ Оне се, дакле, могу назвати банкама на домаћем финансијском тржишту. У њих је уложен страни капитал и оне несумњиво представљају облик страног улагања на домаћем финансијском тржишту. Али, то је истовремено једини облик страних улагања на том тржишту који је под новим прописима опстао

7. Чл. 5, 19. и 20. ПЗСУ.

8. Чл. 3. и 4. ЗСУ.

9. Чл. 5. ЗОБ.

10. Чл. 12, 17, 19. г. и др. ЗОБ.

11. Чл. 15. ЗОБ.

као банка која није домаћа банка. Отуда је то гранични облик и отуда и у наслову овог рада не стоје домаће банке, него банке на домаћем финансијском тржишту.

Банка на домаћем тржишту која није домаћа банка, заправо је, како јој и назив говори, организациони део стране банке. То, уосталом, потврђује и чињеница да једино за ово банкарско правно лице не важи обавеза постојања два оснивача. Афилијација је, као таква, и организационо и у погледу капитала, много статичнија од домаће банке која је основана или у коју је уложен капитал стране банке. Капитал такве домаће банке може се претворити у мешовити, уопште, његова својинска структура се може мењати. Код афилијације, међутим, то искључиво може бити страни капитал, она не може променити својинску структуру капитала.

IV

ЗОБ је највећи део супсидијалне примене препустио ЗСУ управо у самом правном режиму страних инвестиција, који, уз дате предуслове, применом одређених принципа функционализују регулативу у овој области. Ипак, има и значајних разлика. При томе, ЗСУ је прихватио нове принципе у односу на ранију регулативу, тако да смо у присуству развоја, али и паралелног постојања сукоба различитих концепција.

Разлике су, прво, у примени принципа узајамности или принципа националног третмана. ПЗСУ је уопште био заузео став о примени принципа узајамности код заједничких улагања,¹²⁾ а ЗОБ тај принцип заступа и сада у погледу оснивања банке од стране правног лица (осим афилијације). Нови *lex generalis*, међутим, опредељује се за принцип националног третмана.¹³⁾

Није чудно што се принцип узајамности раније генерално примењивао, а посебно што је унет у ЗОБ. Он одржава релативно ограничену отвореност према страним инвеститорима, у зависности од третмана домаћих лица у страним државама. Дакле, третман домаће државе према страним улагачима је у том смислу селективан, тим пре што је у питању заштита тако значајног домаћег система какав је банкарски.

Међутим, актуелне потребе за страним капиталом као неопходним замајцем решавања привредних проблема у земљи, али и светски, а посебно европски процес обједињавања тржишта и неспорно неопходно укључивање земље у тај процес, отворили су пут примени принципа националног третмана, дакле једнак статус страних и домаћих улагача (једнака права и обавезе) и страних и домаћих предузећа (послују под једнаким условима и на једнак начин), независно, дакле, од третмана у страним државама према домаћим улагачима и предузећима у иностранству са домаћим улогом. Нема, дакле, дискриминације у погледу услова и на-

12. Чл. 1. ПЗСУ.

13. Чл. 8. ЗСУ.

чина привређивања. Систем постаје, генерално узев, отворен за страни капитал, без препрека узајамности.

Разлике и сучељавања ова два принципа јасно се огледају, између осталог, на одређење страног лица и страног улагача. Тако је, у циљу “заштите” уз примену принципа узајамности, изменама ПЗСУ из 1996. драстично проширен појам страног правног лица на већ наведени начин, очигледно са намером да се на сваки начин што више административно проверава, контролише и, у крајњем, онемогући активност страног улагача. А у те стране улагаче били су увршћени и југословенски држављани. Нелогично је што је то и сада случај, у условима примене принципа националног третмана.

Када је у питању примена принципа на облике страних улагања, регулатива ЗОБ-а изражава свој специфични карактер због специфичности банкарске области. Истовремено, показује константност, без обзира на варирања у одговарајућој регулативи предузећа уопште. Због чега се, рецимо, на оснивање, (улагање у) друге банке примењује све време принцип узајамности, а на афилијацију се такође све време примењује принцип националног третмана. Одговор је у већој обазривости, односно мањој отворености према страним улагачима код оснивања, односно улагања у домаће банке, с обзиром на њихов, по претпоставци, значајнији потенцијал и могућност већег уписа у домаћи банкарски систем него када су у питању афилијације, у погледу којих је, због тога, то отварање према страним улагачима лакше.

Најзад, примене принципа националног третмана се врло упечатљиво огледа у промени, односно изузетном поједностављењу процедуре када је у питању регистрација страног улагања. Ранија не само компликована процедура, него и процедура са неизвесним исходом, замењена је, у очигледној функцији заштите страних инвеститора, процедуром регистрације страних улагања пред регистарским судом, у складу са регистрационим прописима који важе за домаћа лица.¹⁴⁾

У оквиру тзв. гарантованих права страних улагача, као стандарда у упоредном праву, која су прихваћена новим законом, поред принципа националног третмана, као најзначајнија новина издваја се тзв. правна сигурност,¹⁵⁾ у правној теорији позната као “стечена права”. Иако се у досадашњој правној теорији и пракси врло често указивало на правну сигурност као *conditio sine qua non* за унос страног капитала, за шта није потребна велика аргументација, ЗСУ тек сада у пуном смислу у овој области уводи овај правни принцип и институт у регулативу. Управо се то односи на законску одредбу да права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у судски регистар не могу бити сужена накнадном изменом закона и других прописа.

На питање које ова мала, али изузетно значајна одредба поставља – о којим правима је реч - закон даје одговор у наредним одредбама. То су, између осталог, наведена гарантована права страних улагача, регулисана овим законом у овом

14. Чл. 21. ЗСУ.

15. Чл. 9. ЗСУ.

тренутку – да улог страног улагача и имовина предузећа са страним улогом не могу бити предмет експропријације, осим када се утврди јавни интерес, право на трансфер добити и имовине и друга,¹⁶⁾ али, подразумева се, обухваћена су и сва друга права регулисана другим законима и подзаконским прописима, на пр. у погледу – стицања својине на непокретности.

Напоменимо да је претходни закон само ограничено усвојио принцип правне сигурности (стечених права), ограничавајући се на уговор о улагању и правне одnose из тог уговора, односно на закон на основу кога је уговор закључен.¹⁷⁾

Принцип националног третмана има свој пандан у принципу повољнијег третмана, дакле, у неким случајевима још повољнијем положају страних улагача у односу на домаћа лица, чиме још више долази до изражаја одређење појма страног улагача и његова заштита. Не ради се само о условима предвиђеним билатералним или мултилатералним међународним уговором који својом регулативом иде испред одредаба ЗСУ у погледу третмана страног улагача или његовог улагања. Ради се и о тзв. подстицајима страних улагача, односно о пореским и царинским олакшицама и, посебно, о царинским ослобођењима када је у питању увоз опреме.¹⁸⁾ Наравно, овде се користи законски, ужи појам “подстицаји”, јер, у ширем смислу подстицаји су, као што смо видели, много свеобухватнији.

V

Евидентно је да се поменом политичких односа и променом економске и правне политике, неопходношћу за излазак из изолације и унос страног капитала као услов за развој, променила и правна – економска концепција у односу на страна улагања. Све се више смањују баријере заштите привредног система од страних инвестиција и утицаја по том основу.

Принцип националног третмана заменио је принцип узајамности, принцип правне сигурности (стечених права) је јасно и релативно потпуно конституисан, а процедура регистрације, као услов за почетак рада, изузетно поједностављана, ослобођена инстанце управе.

Ипак, како све има и своју другу страну, поставља се питање да ли постоје одређене привредне гране код којих се не може, или може само под одређеним условима, применити принцип националног третмана, због њиховог стратешког значаја за земљу. Нови прописи сужавају круг тих грана.

Где је у свему томе банкарски систем – банке на домаћем финансијском тржишту (употребимо најшири појам). Према Закону о банкама и другим финансијским организацијама, још увек у погледу оснивања домаћих банака, односно стицања њихових акција од стране иностраних правних и физичких лица, важи принцип узајамности. Делимично се то може објаснити “атавизмом”, с обзиром да се

16. Чл. 7. – 13. ЗСУ.

17. Чл. 12. ПЗСУ.

18. Чл. 14. - 16. ЗСУ

ЗОБ у погледу страних улагања уопште у међувремену није мењао, међутим, много важнији је одговор у стратешком значају банкарског система. Ипак, да ли тако треба и да остане. Наравно да је то предмет економског и политичког одмеравања у актуелном тренутку отварања према свету и неопходности улаза страног капитала, што ће све резултирати одговарајућом правном регулативом у лику, пре свега Закона о банкама и другим финансијским организацијама, односно кроз његове очекиване скоре измене или доношење новог закона.

Додуше, код афилијација од раније већ важи принцип националног третмана, али то је мањи део банкарског потенцијала и то ипак нису домаће банке, већ почетне “сонде” за испитивање примене овог принципа код страних улагања у домаће банке.

Закон о банкама, иако регулише врло мало материје страних улагања, треба и да остане на томе. Нема и не треба да буде таквих специфичности банака као субјеката привредног система, без обзира на њихов значај, да не би били прихваћени и на банке примењени сви они остали принципи и институти предвиђени у новом Закону о страним улагањима. Једино је правно целесходније да се, ради избегавања непотребне правне “гимнастике” (поготово што ЗОБ-ом нигде није експлицитно предвиђена супсидијарна примена ЗСУ), материја регулише тако да Закон о страним улагањима важи генерално и за банке, а да ЗОБ може специфично регулисати нека питања.

Нови прописи усмерени су на заштиту страних инвестиција и страних инвеститора, олакшано и сигурније пласирање страног капитала у земљи и, на тај начин и заштиту домаће привреде. Код банака је још увек *status quo* што се тиче примене принципа националног третмана или принципа узајамности. Додуше, у перспективи, уједначавањем услова привређивања на међународном нивоу, ова два принципа ће се у свом резултату изједначити. До тада, међутим, има још доста пута да се пређе. У међувремену се домаће банке, са свим својим специфичностима, ипак морају прилагођавати новим процесима.