

*Мр Предраг Цветковић,
асистент за предмет Међународно трговинско право,
Правни факултет, Ниш*

Ризици подобни за издавање гаранције МІГА (Мултилатерална агенција за гарантовање инвестиција)

Увод

Основ настанка Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција (у даљем тексту “Агенција”) је конвенција о њеном оснивању¹⁾. Текст конвенције усаглашен је од стране Савета гувернера Светске банке 11. октобра 1985. године у Сеулу. На снагу је ступила 12. априла 1988. године. Југославија је била 77. земља која је потписала Конвенцију. СФРЈ је почетком 1991. године донела Закон о њеној ратификацији и објавила га. Ратификација није била примљена од стране Савета гувернера Агенције, због става о непризнавању Југославије.²⁾

Агенција је основана да би подржала инвестиције усмерене ка земљама у развоју, а посебно приватне инвестиције.³⁾ Њена активност комплементарна је наци-

1. Енглески назив конвенције је “Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency”. Текст конвенције може се наћи на више различитих world wide web сајтова, попут www.miga.org или www.lexmercatoria.org. Интегрална верзија дата је и у књизи Ибрахима Шихате (Shihata, Ibrahim), *MIGA and Foreign Investment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
2. Податак наведен према Дабић, Љубиша, *Извори међународног приватног права о страним приватним директним инвестицијама*, “Страни правни живот”, бр. 1-3/1996, Београд, на стр. 124. Према подацима из фебруара 2002. године (www.miga.org), МІГА има 154 земље чланице. Од тог броја, 132 су земље у развоју, док су 22 развијене државе. Према истим подацима, СР Југославија налази се у процесу “испуњавања услова за приступање”.

оналним и регионалним програмима подршке страним инвестицијама, као и делатности приватних осигуравача.⁴⁾

МІГА је чланица Групе Светске Банке.⁵⁾ Њена активност допуна је делању Међународне банке за обнову и развој, Међународне финансијске корпорације и других међународних финансијских институција.⁶⁾

Седиште Агенције се налази у Вашингтону (САД). На рад и одлуке МІГА не утичу околности политичког карактера које се тичу држава чланица конвенције.⁷⁾

Органи Агенције су председник, савет гувернера и одбор директора. Она располаже и особљем квалификованим за пружање стручне помоћи у спровођењу њених активности. Структура органа, организација и начин управљања Агенцијом конципирани су према моделу примењеном у другим међународним финансијским организацијама, посебно у Међународној банци за обнову и развој.⁸⁾

Поред конвенције о оснивању Агенције, рад МІГА уређен је и другим актима: Operational Regulations⁹⁾, By-Laws¹⁰⁾, Rules of Procedure¹¹⁾, Financial Regulations¹²⁾. Садржина ових извора комплементарна је тексту конвенције. Од значаја је и зва-

3. Види став 1. и 2. преамбуле конвенције. Идеја о установљавању агенције за осигурање инвестиција настала је у педесетим годинама прошлог века. Покушаји њене реализације вршени су у оквиру Међународне банке за обнову и развој, у периоду између 1962-1972. године. Више о историјату настанка МІГА у : Риндлер, Хеиц, (Rindler, Heinz), "Der Schutz von Auslandsinvestitionen durch die MIGA", Wien, 1999, str. 54-59.
4. Види ст. 4. преамбуле конвенције.
5. У "Групу Светске банке" спадају Међународна банка за обнову и развој (IBRD), Међународно удружење за развој (IDA), Међународна финансијска корпорација (IFC) и МІГА. Више о природи односа институција чланица Групе Светске банке видети у: Поточник, Инес, "Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)", München, 1999, стр. 19-27. Наведено дело се, за разлику од других монографских радова, бави искључиво јавноправним аспектима организације и рада Агенције.
6. Види чл. 2. ст. 1. конвенције.
7. Види чл. 34. конвенције. Чланице конвенције су државе које су прихватиле и ратификовале њен текст. Приступ агенцији гарантован је свим државама чланицама Међународне банке за обнову и развој и Швајцарској, уколико испуне услове предвиђене конвенцијом (види чл. 4 а конвенције).
8. Дабић, op. cit, стр. 127. Искрпно о структури органа Агенције и њиховој надлежности видети у: Шихата, op. cit, стр. 293-318; Риндлер, op. cit, str. 59-65; Поточник, op. cit, str. 41-122.
9. "Operational Regulations" донео је одбор директора. Овим правилима разрађују се норме конвенције чија је садржина уопштена и код којих постоји могућност различите интерпретације. Сем тога, процедура њихове измене једноставнија је од промене конвенције, чиме се даје простор одбору директора да врши преформулације у складу са потребама праксе. Текст Operational Regulations дат је у Шихата, op. cit, стр. 435-497.
10. "By Laws" регулишу поступак сазивања састанака савета гувернера, као и друга процедурална питања. Доноси их и мења савет гувернера. Пун текст дат је у Шихата, op. cit, стр. 419-428.
11. "Rules of procedure" садрже правила о поступку сазивања и процедури састанака одбора директора. Доноси их и мења одбор директора. Пун текст правила дат је у Шихата, op. cit, стр. 428-431

нични коментар конвенције, чији је циљ да “описе основне карактеристике” и “помогне у интерпретацији” њених одредби.¹³⁾

1. Појам политичког ризика

1. 1. Опште напомене

MIGA је основана са циљем да унапреди токове страних инвестиција између држава чланица Агенције, а посебно прилив иностраног капитала у земље у развоју. У ту сврху, она издаје гаранције,¹⁴⁾ укључујући и саосигурања и реосигурања, са циљем заштите страних инвестиција у државама чланицама од последица политичких (некомерцијалних) ризика.¹⁵⁾

Ризик, као општи појам, јесте потенцијална могућност наступања догађаја којим се изазива имовинско оштећене предузећа или инвеститора. Шта се сматра политичким ризиком?¹⁶⁾

Политички ризик је могућност интервенције владе односно органа државе домаћина, са последицом лишавања инвеститора његових права, уз истовремено смањење вредности инвестиције. То је, дакле, опасност да ће страни инвеститор у држави домаћину бити изложен једном или више видова мешања и ометања, изнад нивоа који је постојао и који је апроксимиран у време када је инвестиција чињена.¹⁷⁾

У појединим радовима може се наћи покушај ужег дефинисања „некомерцијалног ризика“. Према Риндлеру „политички ризик је догађај политичке природе,

12. “Financial regulations” уређују финансијско вођење Агенције, које се врши у складу са принципом “промишљеног” и “обазривог” финансијског управљања (енг. “sound business and prudent financial management”), а “у циљу обезбеђења финансијске способности Агенције да одговори својим обавезама” (чл. 2. а Financial Regulations). Доноси их и мења одбор директора.
13. Види увод коментара. Текст коментара (у наставку: Коментар) објављен је у Шихата, *op. cit.*, стр. 391-416.
14. На овом месту потребно је објаснити употребу термина »гаранција« и »осигурање«. Шихата (*op. cit.*, стр. 333, напомена 1), објашњава да се термину “гаранција даје предност у односу на термин “осигурање”, јер се овај последњи употребљава за “означавање покрића неизвесних догађаја, чију је вероватноћу наступања могуће обрачунати математичким методама”, односно који су “мерљиви употребом установљених закона вероватноће” (Поточник, *op. cit.*, стр. 124). За некомерцијалне ризике, пак, не постоји статистички основ обрачунавања вероватноће њиховог наступања. Још један разлог за употребу термина “гаранција” је наглашавање дисконтинуитета у односу на претходне, неуспешне покушаје оснивања агенције за заштиту страних инвестиција од политичких ризика. Ипак, треба напоменути да се чак и у извештајима MIGA (види MIGA Annual Report 1993, стр. 2, напомена 2) изричито наглашава да се “кроз овај извештај термини гаранција и осигурање употребљавају као синоними” (цитирано према: Поточник, *op. cit.*, стр. 124, напомена 621).
15. Види чл. 2. ст. 2. а) конвенције. Агенцији се признају и друга “потребна овлашћења” (енг. “incidental powers”), “неопходна или пожељна” (енг. “necessary or desirable”) за остваривање наведених циљева (види чл. 2. ст. 2. ц конвенције).

проузрокован арбитрарним или дискриминаторним пропуштањима или акцијама владе, којима се наноси штета страном инвеститору и којима се одступа од опште прихваћених принципа међународног права”.¹⁸⁾

1. 2. Разликовање политичких и комерцијалних (пословних) ризика.

Како разликовати комерцијални и некомерцијални ризик? Обављање привредне делатности (производне, трговачке, услужне, инвестиционе), носи одређени ризик за предузимача. Комерцијални ризици инхерентни су сваком пословном подухвату. То су догађаји чије (не)наступање је у домену утицаја уговорног партнера који је субјект приватног права. Типичан представник врсте је могућност да уговорни партнер не испуни (или испуни рђаво) своје обавезе¹⁹⁾. Разлог таквом понашању може бити у домену његове калкулације, или имати принудну природу (инсолвентност). Дакле, комерцијални ризици у овом смислу обухватају како дискреционе, тако и принудне потезе приватних предузетника. Ови ризици постоје и у условима политички стабилне климе. Мада се могу јавити код сваког пословног подухвата, наступају чешће, а делују интензивније, у земљама у развоју. Разлог томе је недостатак развијене правне и економске инфраструктуре, низак ниво технолошког развоја и необразована потрошачка база.²⁰⁾

У пракси је, понекад, тешко разликовати политичке и комерцијалне ризике.²¹⁾ Ова дистинкција од значаја је приликом одређивања субјекта који сноси штетне последице њиховог наступања. Последице комерцијалних ризика сноси

16. Изрази »политички« или »некомерцијални« ризик примењују се као синоними, и служе као генусни појам за ратне догађаје различитог интензитета, јавноправне радње попут експропријације, ограничење трансфера добити и слично (упоређи: Шихата, *op. cit.*, стр. 122; Риндлер, *op. cit.*, стр. 123). MIGA Конвенција употребљава назив „не-комерцијални ризици“ (види чл. 2. а конвенције). У литератури, израз „политички ризик“ односи се само на догађаје и чињенице који могу наступити у држави у коју је инвестирано (држава домаћин инвестиције; енгл. „host country“; нем. „Gaststaat“), али не и за ризике који наступају у држави порекла капитала (енгл. „capital exporting country“; нем. „Herkunftsstaat“). Више у: Linn Willams, "Political and Other Risk Insurance: Eximbank", OPIС and MIGA, Part I: OPIС Insurance, Middle East Executive Reports 11 (1988) 8, напомена бр. 1; Риндлер, *op. cit.*, стр. 8. напомена бр. 38.
17. Комер, Паул (Comeaux, Paul), Кинсела, Стефан (Kinsela, Stephan), "Protection foreign investment under international Law", Boston, 1997, стр. 28, напомена бр. 46.
18. Julian Radcliffe, *The Principles of Managing Political Risk and the Use of Insurance*, Fariborz Ghadar et al, "Managing International Political Risk: Strategies and Techniques", Washington DC 983, str. 98. Цитирано према Риндлер, стр. 7, напомена бр. 32. У литератури, а и у међународним изворима, појам политичког ризика односи се само на ризике који могу наступити у држави у коју је инвестирано (држава домаћин; енгл. „host country“; нем. „Gaststaat“), али не и за ризике који наступају у држави порекла капитала (енгл. „capital exporting country“; нем. „Herkunftsstaat“). Више у: Linn Willams, "Political and Other Risk Insurance: Eximbank, OPIС and MIGA", Part I: OPIС Insurance, Middle East Executive Reports 11 (1988) 8, напомена бр. 1; Риндлер, *op. cit.*, стр. 8. напомена бр. 38.
19. У типичне комерцијалне ризика спадају и ризик слабе потражње производа или услуга, трошкова производње виших од очекиваних, инсолвентност добављача.

сам привредник, односно инвеститор код стране инвестиције. Он то може чинити директно, или индиректно, плаћањем премије осигурања. Није од значаја да ли је код њега постојала свест о постојању пословног ризика. Сваки учесник у правном промету дужан је да се брине о својим пословима. Уколико то не уме или их води недовољно вешто, тржиште је неумољиво. Оно фаворизује способне, а одстрањује оне који немају довољно пословног умећа. Таква улога тржишта неопходна је да би се утицало на повећање ефикасности читаве привреде. Са друге стране, политички ризици су околности чији се корен не налази у условима тржишне утакмице, већ су политичке природе.²²⁾ Њихова алокација је предмет мултилатералних и билатералних споразума и докумената, али и општих правила међународног јавног права.²³⁾

У литератури се могу наћи гледишта о постојању привредних ризика (нем. "Wirtschaftliche Risiken") као посебне категорије ризика. Њих је тешко, без сагледавања конкретних околности случаја у питању, сврстати у групу комерцијалних

20. Инвеститор може знати више или мање о циљевима и методама којима се служе јавно-правне институције државе у коју се улаже. Уколико он има довољно релевантних информација о циљевима и методама деловања јавноправних власти државе домаћина, а посебно о односу према страним инвестицијама, ризик се смањује. Ако то није случај, његово инвестирање подложно је утицајима различитих неповољних околности. Могуће је и да инвеститор улаже у одређену земљу мада има знање о постојању околности које отежавају или угрожавају његову инвестицију. Таква, спекулативна инвестирања, обично нису покривена програмима осигурања инвестиција; уколико је то и случај, онда су премије изузетно високе.
21. Пропуштање државне фирме (у литератури на енглеском језику за овакве фирме користи се скраћеница "SOE"-State owned enterprises) да испоручи производе или изврши услуге у корист инвеститоровог постројења може се сматрати ризиком пословне, али и политичке нарави. Уколико је испорука одбијена због стварне економске немогућности државног предузећа, онда је реч о ризику избора пословног партнера, који је по својој природи комерцијални. Уколико је SOE, међутим, у могућности да испоручи робу или пружи услугу, али то не чини из разлога политичке природе, с изговором комерцијалне немогућности, онда је реч о политичком ризику *par excellence*.
22. Постоји став (Коме, *op. cit.*, стр. 1) да је "прави" политички ризик могућност да ће држава домаћин конфисковати сва или део појединих својинских права страног инвеститора. За разумевање политичког ризика у овом, ужем смислу, претходно питање јесте утврђивање појма својине. Има мишљења да јединствени, генерични концепт својине није на јасан начин одређен у међународном праву, те да се »углавном полази од принципа да је својина оно што је одређено у националном правном систему правника који се бави овим проблемом«. Истовремено, питање је "како знати да је појединац изгубио својинско право а не разумети шта је својина у ствари"? (реч је о мишљењу судије Розалин Хигинс из ICJ, изнетом у Rosalyn Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", 1982, стр. 268.).
23. Када је реч о заштити од некомерцијалних ризика применом правила међународног јавног права, мисли се на "дипломатску заштиту" државе порекла капитала инвеститору под њеним суверенитетом, који трпи штету због поступања владе државе домаћина. Више о појму, примерима и дOMETИМА дипломатске заштите у: Коме, *op. cit.*, стр. 217-237; Birppus, Birgit, "Der Internationalrechtliche Schutz von Investitionen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung des diplomatischen Schutzrechts der Staaten", Berlin, 1989.

или некомерцијалних. То су ризици које са собом носе могуће измене општих услова обављања привредне активности. У ове ризике убраја се могућност промене цена сировина, полупроизвода и валутног курса. Мере које спадају у привредне ризике могу бити обичне, недискриминирајуће радње и акције којима се управља привредом.²⁴⁾ Није, међутим, искључено да у свом екстремном виду, превазилазећи уобичајени ниво регулативног уплива државе у економске токове, за резултат имају суштинско захватање у правну позицију страног инвеститора. Реч је о разноврсној палети могућих мера, чију природу, појавне облике и последице није могуће унапред утврдити на општи начин, без сагледавања околности конкретnog случаја.²⁵⁾

Узимајући у обзир наведене карактеристике комерцијалних ризика, целисходност налаже да се за њихово појмовно одређење употреби метод негативног дефинисања: то су догађаји и чињенице који не спадају у категорију политичких ризика. Када је реч о привредним ризицима, њихов карактер зависиће од околности конкретnog случаја у питању.

2. Политички ризици подобни за издавање гаранција MIGA

Овлашћење Агенције да издаје гаранције против политичких ризика засновано је на чл. 2а) конвенције. У поменутој одредби се, између осталог, наводи да ће MIGA ради остварења својих циљева, “издавати и гаранције, укључујући саосигурање и реосигурање од некомерцијалних ризика у односу на инвестиције капитала из једне државе чланице у другу државу чланицу”.²⁶⁾

У члану 11. конвенције набројана су четири типа политичких ризика: ризик трансфера валуте (енг. currency transfer); ризик експропријације или сличних мера (енг. expropriation); ризик кршења и раскида уговора (енг. breach and repudiation of contract); ризик рата и грађанских немира (енг. war and civil disturbance).²⁷⁾ Енумерација је егземпфикативна. Није искључено издавање гаранција и за друге ризике, уколико се испуне услови предвиђени конвенцијом и другим актима којима се уређује њен рад.²⁸⁾

24. Недискриминирајуће мере преузете у уобичајеном обиму изричито су искључене из покривених ризика, у складу са чл. 11 а) MIGA.

25. Проблем детерминисања природе привредног ризика посебно се истиче код два случаја: ограничења трансфера новца (који може бити вид “тихе експропријације”, али и мера домаће државе да спречи изношење девиза из земље због хроничног билансног дефицита), и уништење или одузимање имовинске вредности у условима ратног сукоба. О појму “тихе експропријације” види излагање *infra* 2. 2. “Ризик експропријације и сличних мера”.

26. Израз “држава чланица” се, у смислу конвенције (види чл. 3 а) а и у литератури, употребљава за земље које су приступиле MIGA.

27. Види чл. 11. MIGA Конвенције.

28. Види излагање *infra* под 3: “Остали ризици подобни за издавање MIGA гаранција”.

У погледу методике дефинисања, запажа се да су наведени ризици одређени флексибилно. Тиме је остављен простор да се индивидуалним уговорима о гаранцији садржина одређења појединог ризика уподоби потребама конкретне инвестиције.

2. 1. Ризик немогућности или ограничења трансфера односно конверзије валуте²⁹⁾

Конвенцијом се омогућава издавање гаранције за ризик ограничења или немогућности конверзије домаће валуте у страну конвертибилну валуту (ризик неконвертибилности), односно ризик ограничења или немогућности преноса (трансфера) валуте (конвертибилне домаће валуте или стране конвертибилне валуте у коју је домаћа конвертована), изван територије државе домаћина. У оба случаја неопходно је да се ограничења или искључења конверзије односно трансфера могу приписати органима домаће државе. Ризик трансфера укључује пропуштање државе домаћина да поступи у разумном року по захтеву држаоца гаранције за трансфером средстава или конверзијом валуте.³⁰⁾ Претпоставка наступања ризика трансфера је да се ради о средствима која представљају добит или капитал инвеститора из гарантоване инвестиције.³¹⁾

Конкретним уговором о гаранцији требало би навести валуту у коју се средства имају конвертовати.³²⁾ У уговору је, поред тога, потребно одредити врсту курса конверзије и дан који се узима као релевантан за обрачунавање изабраног курса. Препоручује се да то буде важећи курс у држави домаћину на дан када је одбијена конверзија или трансфер валуте.³³⁾

Претпоставка наступања ризика трансфера је да држалац гаранције може да слободно располаже средствима у држави домаћину. Уколико таквог права нема (у случају замрзавања средстава), на располагању му стоји могућност ангажовања покрића за експропријацију.³⁴⁾

29. У даљем тексту за овај ризик употребљаваће се израз “ризик трансфера”.

30. Види чл. 11. а) конвенције и објашњење у Шихата, *op. cit.*, стр. 123. Претпоставка постојања овакве, “пасивне” рестрикције трансфера валуте јесте одбијање надлежног органа домаће државе да у року од деведесет дана (или у другом року предвиђеном уговором о гаранцији) поступи по захтеву инвеститора за конверзијом или преносом валуте (види чл. 1. 24. Operational regulations).

31. Види чл. 1. 23. Operational regulations

32. Види чл. 1. 27. Operational regulations

33. Види чл. 1. 28. Operational regulations У наведеној одредби се иначе, препоручује да уговор о гаранцији одреди врсту курса који ће се примењивати. Шихата (*op. cit.*, стр. 123) сматра да то може бити званичан курс, или један од више званично одређених односно коришћених курсева (ако је реч о државама са више валутних курсева), али и тржишни курс. Дакле, уговор одређује врсту курса, али сама вредност се одређује према стању на дан одбијања односно ограничења конверзије или трансфера валуте (дан реализације трансфера ризика).

34. Види чл. 1. 25. Operational regulations

2. 2. Ризик експропријације и сличних мера

Експропријација се може дефинисати као одузимање имовине страног инвеститора од стране органа државе домаћина, за сврху задовољења »јавних потреба« или »јавног интереса«. ³⁵⁾

С обзиром на метод, разликује се директна и индиректна експропријација.

Директна експропријација је одузимање имовине од власника које чине органи јавне власти својим актима и радњама и пренос те својине на државу.

Индиректна («тиха», *de facto*, енг. "creeping") експропријација назив је за низ мера којима се држава »меша у право својине до те мере да је то право суштински неупотребљиво, те се мора сматрати да је својина експроприсана, чак и када је правно остала код првобитног власника«. ³⁶⁾ То су случајеви када је експропријација остварена путем низа радњи државе које саме по себи немају ефекат нарушавања својине, већ је њихова кумулативна последица одузимање инвеститоровог права. Спровођењем тихе експропријације он остаје власник само *eo nomine*, док је супстанца својинских овлашћења у рукама државе. ³⁷⁾

Могућност компензације на основу MIGA гаранција против ризика експропријације, условљена је одређеним претпоставкама. Постоје три такве претпоставке: *прво*, да се одузимање имовине може приписати влади државе домаћина; *друго*, да се не ради о мерама које влада предузима у оквиру својих законских овлашћења, без кршења права инвеститора и норми међународног права; и *треће*, да је дејство мера такво да се њима инвеститор лишва власништва, контроле или

35. Термин "експропријација" често се употребљава симултано са терминима "национализација" и "конфискација". Национализација је специфична форма манифестовања експропријације. Она се од ње разликује по обиму и интензитету, пре него у правној природи. Предузима се са циљем остваривања социјалних и економских реформи. Национализацијом могу бити обухваћене све стране инвестиције, или само инвестиције у одређеној привредној грани. Примери национализације су одузимање страног капитала у банкарском и сектору осигурања у Ирану 1979. године и америчких флотација за производњу бакра у Чилеу 1971. године. Конфискација је одузимање имовине које чини држава без накнаде, са циљем казне власника који је учинио злочин или је употребио имовину супротно њеној сврси. Више о примерима експропријације у: Комер, *op. cit.*, стр. 7. Термин "експропријација" у овом чланку употребљава се као збирни појам за све наведене мере. Њихово суштинско разликовање остаје изван овде изнетих разматрања.

36. Шихата, *op. cit.*, стр. 124.

37. Није назив, већ је суштина права својине од значаја за просуђивање о постојању експропријације. Уколико је држава преузела контролу над предузећем, одређујући му обим и врсту производа, начин продаје, меру учешћа на тржишту, супстанца права својине потпуно је ван утицаја инвеститора. » Есенција експропријације је одузимање права својине од стране државних органа, били непосредно, било путем континуираног трансфера управљачке моћи и контроле над инвестицијом« (Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", 531, 1990; цитирано према Комер, *op. cit.*, стр. 4.). Као примери »тихе« експропријације могу се навести наметање такси, ограничење извоза и увоза, контрола цена, продужена привремена контрола над инвестицијом, увођење високог нивоа минималних надница, контрола репартијације профита, наметање менаџера (пример током исламске револуције у Ирану), захтев за обавезном продајом производа по контролисаним ценама.

суштинске користи од своје инвестиције. Деликатни баланс у просуђивању (не)постојања наведених ограничења неопходан је да би се успоставила равнотежа између сувереног права државе да на својој територији предузима акте реализације свог економског суверенитета са циљем задовољавања јавних интереса и потреба, са једне стране, и са друге, потребе заштите права страних улагача. За исплату компензације Агенције по основу гаранције издате за покриће ризика експропријације, потребно је кумулативно испуњење напред наведених претпоставки.

2. 2. 1. *Први услов чије је испуњење неопходно да би се једна мера сматрала експропријаторном, тј. била погодно за гаранције Агенције, јесте да се може ирригити органима домаће државе.* Експропријаторна мера може бити манифестована у било ком пропису или правном акту, или бити резултат пропуштања власти државе домаћина³⁸⁾. Да би им се приписало експропријаторно дејство, прописи или акти морају бити самоизвршни (енг. “self executing”), односно непосредно применљиви; то значи да не сме бити потребна даља легислативна активност за њихову имплементацију.³⁹⁾ Када је реч о пропуштањима, она могу бити основ за компензацију на основу гаранције за експропријацију, уколико постоји правна обавеза органа домаће државе да поступа по захтеву инвеститора, који је такво поступање тражио на начин и у року предвиђеном законом.⁴⁰⁾

Сматраће се да су органи државе домаћина одговорни за радње и чињенице које су одобрили, за чије су вршење пружили овлашћење, накнадно их конвалидирани или њима управљали.⁴¹⁾

2. 2. 2. *Други услов испуњавања компензације по гаранцији Агенције за ризик експропријације јесте да инвеститорово право није ограничено “не-дискриминаторним мерама које се генерално примењују и које владе уобичајено спроводе у сврху уређивања економских активности на својој територији”.*⁴²⁾ Да би се

38. Види чл. 11. а) конвенције.

39. Види чл. 1. 32. Operational regulations.

40. Треба напоменути да су из покрића ризика искључена пропуштања правосудних органа и тела и то оних која и формално и стварно врше правосудну функцију. Разлог за овакво ограничење покрића за експропријацију је тежња да се обезбеди финансијска стабилност Агенције. MIGA би се нашла у неодрживој позицији уколико би плаћала компензацију због непостојања права која су локални закони требали да обезбеде, односно због непостојања одлуке суда која је требало да уследи. У таквој ситуацији, рефундирање од државе било би знатно отежано тешкоћама у доказивању чињеница “пропуштања”, односно “непоступања” локалних правосудних органа у складу са законом. Наравно, уколико је реч о органима који су само формално правосудни, а суштински врше управне функције, пропуштање може бити основ компензације за експропријацију, с обзиром да се тада de facto не ради о поступању правосудних тела, већ деловању управних органа преко којих се еманира воља државе (види чл. 1. 32. Operational regulations). Претпоставља се да је надлежни орган одбио да поступа уколико није реаговао на захтев инвеститора у року од деведесет дана (види чл. 1. 33. Operational regulations).

41. Види чл. 1. 34. Operational regulations. Уколико уговор о гаранцији то предвиђа, израз “домаћа држава” може укључити и de facto владу која врши власт на територији на којој се инвестиција налази (види чл. 1. 35. Operational regulations).

42. Види чл. 11 а) конвенције.

једна мера сматрала дозвољеном у смислу уговора о гаранцији MIGA и била искључена из покрића за експропријацију, потребно је да сви елементи из наведене одредбе буду испуњени кумулативно. То значи да мера у питању мора бити: 1. недискриминаторна у односу на инвеститора, односно да је опште примењива, 2. предузета у оквиру уобичајене надлежности органа домаће државе у регулисању економских односа на њеној територији, и 3. уведена и спроведена с искреном намером уређивања економских активности.⁴³⁾

Са друге стране, сматраће се експропријаторном мера државе домаћина која спада у оквиру дозвољеног уређивања економских активности, али је предузета са циљем проузроковања “конфискаторног ефекта”, односно фактичког приморивања инвеститора да одустане од инвестиције или је прода по нижој цени.⁴⁴⁾ У литератури се наводи да је за просуђивање о (не)експропријаторном карактеру мере у питању потребно проценити да ли постоји суштинска диспропорција између њених последица по инвестицију и прокламованог циља регулаторне активности.⁴⁵⁾

2. 2. 3. Трећи услов да би одређена мера била предмет гаранција MIGA за експропријацију, јесте да има дејство ограничавања контроле или својине корисника гаранције над инвестицијом, или да инвеститора лишава суштинске користи коју има од инвестиције⁴⁶⁾.

Агенција има дискрецију у погледу избора између пружања гаранције за потпуни или делимични губитак. Конкретним уговором се, у зависности од околности случаја, одређује да ли покриће обухвата само случајеве потпуног губитка инвестиције или се односи и на парцијалне штете.⁴⁷⁾

Претпоставка о основној и основној штићеној у два случаја. Први је када је мером државе домаћина инвеститор спречен у вршењу „суштинских права заштићених гаранцијом“ (енг. „fundamental covered rights), или је приморан да одложи реализацију инвестиције за одређени период. Претпостављени рок немогућности вршења “суштинских права заштићених гаранцијом”, односно у коме се одлаже реализација инвестиције, након чијег се истека сматра да је испуњена претпоставка о потпуном губитку корисника гаранције износи 365 узастопних дана, при чему се уговором о гаранцији може одредити и други (дужи или краћи) период. Друга је ситуација у којој се Агенција сложила да држалац гаранције на њу

43. Шихата, *op. cit.*, стр. 127. То су мере које надлежни органи уводе и спроводе у доброј вери, попут општеважећих такси, царина, пореза, контроле цена, радноправних и прописа заштите околине, као и остале мере којима се обезбеђује јавна сигурност. Види чл. 1. 36. Operational regulations и тачку 14. коментара.

44. Експропријаторни карактер могу имати и сукцесивни акти опорезивања, који индивидуално немају природу експропријације, али чија је крајња последица деструкција финансијске одрживости инвестиције (види чл. 1. 36. Operational regulations). Такве ситуације могу бити обухваћене гаранцијама MIGA. Више у Шихата, *op. cit.*, стр. 126.

45. Шихата, *ibidem*, стр. 127.

46. Види чл. 11. а 2 конвенције.

47. Види чл. 1. 39. Operational regulations

пренесе сва права, захтеве и друге интересе који се односе на гарантовану инвестицију, или део инвестиције покривен гаранцијом.⁴⁸⁾

У појединим случајевима, покриће може бити обезбеђено само за случајеве тоталног, али не и парцијалног губитка инвестиције. То су ситуације у којима је мерама државе домаћина инвеститор спречен у вршењу својих права, или је суштински онемогућено вођење или профитабилност инвестиције.⁴⁹⁾ Сврха ограничења издавања гаранције само за случај потпуног губитка инвестиције, јесте да се спречи опасност да MIGA исплати штету већу од стварно настале, с обзиром да је у наведеним ситуацијама тешко квантификовати величину нанетог губитка (sic!).⁵⁰⁾

3. Ризик кршења или раскида уговора

Инвеститори често покушавају да остваре права и осигурају предности у односу на инвестицију стипулишући их у уговору са државом домаћином.⁵¹⁾ Агенција омогућава да се уговором о гаранцији осигура примена таквих споразума инвеститора и домаће државе.⁵²⁾ Тиме се појачава поузданост ових уговорних аранжмана, као и очекивања инвеститора да ће његова права из споразума са државом домаћином бити заштићена и уколико му касније ослаби позиција коју је имао у моменту закључивања уговора.⁵³⁾

Потреба за издавањем гаранција од ризика кршења или раскида уговора најчешћа је код уговора о експлоатацији природних богатстава. Код ових истражива-

48. Види чл. 1. 40. Operational regulations. Правило о постојању тоталног губитка у ситуацији када се Агенција сагласила са преносом свих права везаних за гарантовани део инвестиције или целу инвестицију, засновано је на претпоставци да је вредност интереса инвеститора у односу на текућу инвестицију већа од суме коју добија на основу гаранције. Инвеститор ће, дакле, пристати да преда инвестицију само уколико је она за њега „суштински“ бескорисна због интервенције владе државе домаћина, те му је исплативије да добије компензацију од Агенције него да задржи власништво над инвестиционим пројектом. Шихата упозорава да MIGA мора бити опрезна у престанку на такве преносе. Инвеститорова воља да пренесе свој интерес на инвестицији не мора бити индикација озбиљности мера домаће државе, већ може бити резултат комерцијалне пропасти инвестиционог пројекта. Стога би Агенција требало да се сагласи са таквим преносима само уколико је инвестиција у питању била „несумњиво профитабилна“ у периоду непосредно пред предузимање експропријаторних мера домаће државе. Више у Шихата, *op. cit.*, стр. 130.

49. Види чл. 1. 41. Operational regulations .

50. Види Шихата, *op. cit.*, стр. 130. Да би се сматрало да постоји тотални губитак, потребно је да буду испуњене претпоставке из чл. 1. 40. Операционал регулатионс (види напомену супра 48. и пратећи текст).

51. За уговоре између државе домаћина и инвеститора у правној литератури енглеског говорног подручја употребљава се израз “investor-state contract”.

52. Кршење уговора се може подвести и под експропријаторну меру. Наиме, чл. 1. 30. Operational regulations предвиђа да поједине експропријаторне мере “могу имати форму кршења уговора”.

ња, инвеститор улаже новац и ризикује утолико што се може испоставити да природни извори не гарантују обим и трајност експлоатације који обезбеђују исплативост иницијалног улагања. Уколико се, пак, испостави да истраживани ресурси омогућавају економски одрживу производњу, те се започне са коришћењем налазишта, инвеститорово учешће у профиту може се учинити претераним властима домаће државе, које “забораве” чињеницу да је почетни ризик у потпуности преузео страни инвеститор.⁵⁴⁾ Тада се држава може одлучити да запрети кршењем или раскидом уговора, било зато што јој је то истинска намера, било из жеље да присили инвеститора на ново “преговарање” о условима споразума.

Инвеститор може тражити накнаду од Агенције позивајући се на реализацију ризика раскида или кршења уговора, уколико: 1. *инвеститор жели да оствари своја права поводом раскида или кршења уговора, али нема могућности обраћања правном или арбитражном форуму*, 2. *судски или арбитражни орган није донео одлуку по захтеву инвеститора поводом кршења или раскида уговора у “разумном” року* и 3. *инвеститор није у могућности да сprovede одлуку коју је у његову корист донео надлежни орган поводом захтева у вези са раскидом или повредом уговора склопљеног са домаћом државом*.

2. 3. 1. *Прва ситуација у којој је Агенције дужна да инвеститору надокнади губиће због ризика раскида или кршења уговора јесте да не постоји могућности обраћања правном или арбитражном форуму*. Покриће се не искључује и инвеститор има право на компензацију, уколико му је на располагању орган који је само формално правосудни, није независан у свом раду, не даје гаранције за фер саслушање страна, или нема овлашћења да донесе одлуку којом се решава спор.⁵⁵⁾ Дакле, да би се покриће искључило, потребно је да инвеститор има приступ органу независном од извршне власти, који поступа као правосудни орган и овлашћен је да донесе коначну и обавезујућу одлуку. Ипак, и када претпостављени орган одлучивања има горе наведене одлике, а теоретски му се инвеститор може обратити, може постојати обавеза компензације по гаранцији од стране Агенције, уколико је инвеститору онемогућен приступ наведеном форуму због процедуралних сметњи.⁵⁶⁾

2. 3. 2. *Друга ситуација када инвеститор има право на накнаду због штеће настале наситуирањем ризика кршења или раскида уговора јесте када судски или арбитражни орган не донесе одлуку о захтеву поводом кршења или раскида уговора у “разумном” року*. “Разуман” рок је стандард чија се садржина у конкретном случају утврђује у зависности од фактора попут комплексности уговор

53. Да би био “квалификован” за гаранцију MIGA, није неопходно да уговор буде закључен непосредно са државом домаћином. Довољно је да се као друга страна јавља јавноправни орган, попут локалних власти (Шихата, op. cit, стр. 132).

54. Из перспективе домаће државе, првобитни споразум је “превазиђена погодба”, којом је инвеститор обезбедио привилеговане услове у односу на коришћење природног богатства због кога је инвестиција учињена.

55. Види чл. 1. 44. Operational regulations

56. Види чл. 1. 44. Operational regulations

ног аранжмана или брзине рада надлежних органа државе домаћина. Сама конвенција, у погледу дужине овог рока, упућује на одредбе уговора о гаранцији и *Or. regulations*.⁵⁷⁾ Наведени период времена, одређен уговором о гаранцији, не би требало да буде краћи од две године од дана када је држалац гаранције иницирао поступак пред надлежним органом.⁵⁸⁾ Период од две године одређен је као минималан и дужи рок не треба држати за неразуман.⁵⁹⁾ Инвеститор се сматра преклудираним у односу на захтев за компензацију од Агенције у случају када одлука није донета у року одређеном у уговору о гаранцији због одлагања које је он сам проузроковао или се са тим одлагањем сложио.⁶⁰⁾

2. 3. 3. *Трећа ситуација у којој инвеститор има право на обештећење по основу гаранције Агенције за ризик кришења или раскида уговора је када није у могућности да спроводе одлуку коју је у већову користи донео надлежни орган поводом захтева у вези са раскидом или повредом уговора са домаћом државом.*⁶¹⁾ Пре него што поднесе захтев МІГА за компензацијом, инвеститор је дужан да предузме мере за спровођење таквих одлука. Врсте потребних мера и рок њиховог предузимања треба одредити уговором.⁶²⁾ Уколико извршење није омогућено у року од деведесет дана од подношења захтева инвеститора, или у другом року предвиђеном уговором о гаранцији, сматраће се да извршење одлуке надлежног органа домаће државе није могуће.⁶³⁾

4. Ризик рата и грађанских немира

Гаранцијом Агенције могуће је осигурати ризик штета насталих због “било које војне акције или грађанског немира на територији домаће државе”.⁶⁴⁾ Како се ово покриће примењује само на догађаје који су “изван контроле домаће државе”⁶⁵⁾, МІГА по правилу неће бити у могућности да се од државе домаћина рефундира за средства исплаћена по гаранцији. Стога, у односу на овај тип ризика гаранције Агенције имају традиционалну функцију осигурања, а рате премија би у већој мери морале да одражавају стварни економски потенцијал губитка.⁶⁶⁾ Узимајући

57. Види чл. 11 а) конвенције.

58. Види чл. 1. 43. *Operational regulations*

59. Шихата, *op. cit.*, стр. 133.

60. *Ibidem*, стр. 134.

61. Види чл. 11. а) конвенције.

62. Види чл. 1. 45. *Operational regulations*.

63. Види чл. 1. 44. *Operational regulations* Не постоји, међутим, обавеза инвеститора да предузима мере усмерене на извршење одлуке надлежног органа домаће државе, уколико су, према уверењу МІГА, такве мере без изгледа на успех. У таквим случајевима, Агенција ће исплатити компензацију без инсистирања на радњама инвеститора усмереним ка извршењу одлуке надлежног форума (види чл. 1. 45. *Operational regulations*)

64. Види чл. 11. а) конвенције.

65. Види пар. 16. коментара.

66. Шихата, *op. cit.*, стр. 138.

у обзир ову околност, Operational regulations остављају широку слободу преговарања приликом закључивања уговора о гаранцији, с циљем да се, путем “подешавања” обима покрића постигне баланс између остваривања свеобухватне и потпуне заштите инвестиције, с једне и поштовања тзв. “sound business principle” (принципа тржишног пословања), с друге стране. Operational regulations једино индицирају опције за дизајнирање одговарајућих одредби индивидуалних уговора о гаранцији, а у светлу околности сваког појединачног случаја.⁶⁷⁾

2. 4. 1. *Агенција, њојуи највеће броја националних инвестиционих програма, обезбеђује покриће за губитке настале као резултат војних акција или рата*⁶⁸⁾. Ово покриће не обухвата само “непријатељства између оружаних снага различитих држава” већ и грађанске ратове, односно сукобе између наоружаних снага ривалских група у истој држави.⁶⁹⁾ За компензацију је без значаја да ли је реч о објављеном или необјављеном рату.⁷⁰⁾

2. 4. 2. *Појам “грађанских немира”, као један од ризика покривених гаранцијама Агенције, широко је дефинисан.* То је “организовано насиље усмерено против владе државе домаћина са циљем свргавања те владе или њеног уклањања из одређеног региона”.⁷¹⁾ Пример оваквих догађаја су револуције, побуне и устанци.⁷²⁾ MIGA даје гаранције и за дешавања у форми демонстрација или цивилних немира.⁷³⁾ Покриће може да укључи протесте усмерене против владе државе домаћина, али и демонстрације против стране владе (на пример, владе државе порекла капитала), односно њене политике.⁷⁴⁾ Да би се квалификовали за издавање гарантног покрића, грађански немири морају да буду вођени или организовани од група чији је примарни циљ остваривање политичких или идеолошких циљева. Уколико су немири организовани са циљем остваривања специфичних радничких, студентских или других интереса, искључени су из покрића.⁷⁵⁾ Разлог искључења ових догађаја из ризика за које Агенција пружа гаранције јесте постојање адекватних програма њиховог осигурања код приватних осигураваача.⁷⁶⁾

67. Види чл. 1.46-1. 52. Operational regulations.

68. Шихата, op. cit, стр. 145.

69. Види чл. 1. 47. Operational regulations.

70. Ibidem.

71. Види чл. 1. 48. Operational regulations.

72. Види чл. 1. 48. Operational regulations и пар. 16. коментара.

73. Демонстрације (енг. “riot”) у Operational regulations (чл. 1. 48) одређују се као јавни акт насиља који је учињен од стране скупа индивидуалаца у знак протеста против јавне власти. Грађански немири (енг. “civil commotion”) су догађаји који имају карактеристике демонстрација, али су шири и интензивнији (види чл. 1. 48. Operational regulations).

74. Шихата, op. cit, стр. 138.

75. Види чл. 1. 49. Operational regulations Из покрића су искључени и акти тероризма или киднаповања. Ипак, овакве акције, као и студентске, радничке или сличне демонстрације, могу бити предмет уговора о гаранцији уколико постоји заједнички захтев државе домаћина и инвеститора, који одбор гувернера одобри специјалном већином (чл. 1. 53. Op. reg).

76. Види Шихата, op. cit, стр. 138. и напомена бр. 124. на стр. 145.

2. 4. 3. *Гаранције Агенције за ризик рајџа и грађанских немира оградичава се на случајеве када су постојале или друга добра која чине инвестициони објекти оштећена, уништена или уклоњена.* Губици настали због “смањеног обима пословних могућности” или “погоршања услова привређивања”, настали као последица војне акције или грађанских немира не уживају покриће, чак и када је пословно окружење до те мере нарушено да се потпуно девестира “комерцијални основ инвестиције”.⁷⁷⁾ Ови се лимити правдају потребом осигурања финансијске стабилности Агенције. Без њих, отворио би се простор за постављање компензаторних захтева увек када дође до немира у држави домаћину инвестиције, без обзира на стварне последице тих догађаја на инвестициони пројекат.⁷⁸⁾

2. 4. 4. *Покриће се може обезбедити и за војне акције или грађанске немире у државама-суседима земље домаћина инвестиције, али и у трећим земљама.* Гаранцијом Агенције могу се осигурати штете на инвестицији настале због ратних сукоба у којима држава домаћин није једна од страна. Наиме, и војна акција изван њене територије квалификује се за покриће уколико се њоме уништава или оштећује инвестициони објекат или друго добро лоцирано у држави домаћину, односно ако се на други начин утиче на вођење инвестиционог пројекта. Уговором о гаранцији могуће је осигурати инвестицију од догађаја у трећим земљама, који чине немогућим или знатно отежавају употребу транспортних веза виталних за искоришћавање инвестиције. Хипотетички, држава која нема излаз на море може бити зависна у погледу транспорта производа сувоземним путевима преко територије суседне или неке треће државе до луке отпреме. Уколико рат или цивилни немири у суседној или трећој држави спрече употребу саобраћајних комуникација за период одређен уговором о гаранцији, инвеститор може тражити компензацију од Агенције за настали губитак.⁷⁹⁾

Остали ризици подобни за издавање МІГА гаранција

Агенција може издавати гаранције и за друге ризике, уз испуњење два услова: 1. постојање заједничке пријаве државе домаћина и инвеститора, и 2. постојање одлуке одбора директора донете квалификованом већином.⁸⁰⁾ Када је реч о другом услову, дејство одобрења може бити ограничено на конкретан случај или бити формулисано на начин који омогућава да МІГА генерално, од момента давања одобрења, буде овлашћена на гарантовање ризика у њему наведених.⁸¹⁾

Предмет гаранције Агенције ни у ком случају не могу бити: 1. ризик девалуације и депресијације валуте, 2. било која акција или пропуштања државе домаћина, за које је држалац гаранције одговоран или са којима се сложио⁸²⁾ и 3. акција или

77. Види чл. 1. 52. Operational regulations

78. Шихата, op. cit, стр. 138.

79. Види чл. 1. 50. Operational regulations.

80. Види чл. 1. 53. Operational regulations.

81. Види чл. 1. 38. Operational regulations и пар. 17. коментара.

пропуштања владе домаће државе предузети пре закључења уговора о гаранцији⁸³).

Закључак

Мултилатерална агенција за осигурање инвестиција пружа заштиту од четири врсте политичких ризика: ризик трансфера (енг. currency transfer), ризик експропријације или сличних мера (енг. expropriation), ризик кршења и раскида уговора (енг. breach and repudiation of contract), ризик рата и грађанских немира (енг. war and civil disturbance). Наведени ризици су у конвенцији о оснивању Агенције широко дефинисани, чиме се оставља простор да се уговори о гаранцији уподобе потребама осигурања конкретне инвестиције. За њихово ближе одређење од значаја су и секундарни акти којима је уређено пословање MIGA и процедура рада њених органа. То пре свега важи за Operational regulations, у чијој се садржини може наћи помоћни правни инструментариј тумачења норми које су конвенцијом прешироко формулисани, односно за решавање њоме нерегулисаних питања. Номенклатура некомерцијалних ризика подобних за осигурање Агенције није лимитативна. Могуће је осигурање и других политичких ризика, уз испуњење тачно одређених услова прописаних конвенцијом и Operational regulations.

82. Види члан 11. ст. ц) конвенције. Ближе разрађивање ових критеријума дато је у члану 1. 54. Operational regulations. Инвеститор ће се посебно сматрати одговорним за акције или пропуштања владе државе домаћина којима је нанета штета пројекту, уколико су се он сам, лице за које одговара или предузеће које управља инвестицијом (до мере до које инвеститор вршењем својих права могао спречити такво понашање овог предузећа) понашали на начин противан праву државе домаћина.

83. Види чл. 11. ст. ц) конвенције. Када је реч о догађајима и чињеницама насталим пре него што је уговор о гаранцији закључен, могуће је компензовати и губитке настале реализацијом ових ризика, уколико у време закључења уговора за њих нису знали ни Агенција ни подносилац пријаве, односно ако је реч о околностима које су тек касније, након закључења уговора, довеле до губитка (види чл. 1. 57. Operational regulations).