

*Проф. др Александар Ђирић
Правни факултет, Ниш*

Правна заштита страних инвеститора

Резиме

Рад на тему "Правна заштите страних инвеститора" бави се значајем и облицима те заштите. У крајњем уводном излагању се указује да је, због могућих ризика комерцијалне и некомерцијалне природе, неопходно анализирати моделе и облике њихове правне заштите, као факторе који имају стимулативну улогу на "повољну инвестициону климу". Рад садржи издвојену целину "О облицима заштите страних инвеститора", у којој се, сходно примени одговарајућих критеријума, врши систематизација на: а) заштити страних улагања мерама државе увознице капиталала; б) заштити страних улагања мерама државе извознице капиталала и в) међународноправну заштиту страних улагања. У раду се само указује да се према критеријуму карактера и свој садржинског нивоа, правна заштита страних инвестиција дели на три сегмента: а) материјалноправну заштиту; б) заштиту осигурањем и в) процесноправну заштиту. Због ограниченог обима рада, целокупна даља пажња је посвећена мерама заштите које пружају државе порекла и земље пријема страног капитала, уз навођење извора права којима се обезбеђује међународноправна заштита страних инвеститора. На самом крају је изведен закључак о значају присујства правне заштите, али и контроле страних инвестиција, које својим обимом најчешће задире у националне интересе како земаља извозница, тако и земаља њиховог пријема.

Кључне речи: *Страни инвеститор; Стране инвестиције; Комерцијални ризици; Некомерцијални ризици; Мере правне заштите државе порекла; Мере правне заштите земље пријема; Међународноправна заштита страних инвеститора.*

1. Увод

Данашње међународне трговинске односе карактерише висок степен повезаности држава. Екстериторијални карактер и мобилност капитала су особине које у новим условима добијају на значају. Уз крупни инвестициони капитал везују се и нове технологије, повећавају се могућности инвестирања, обезбеђује се приступ ексклузивним тржиштима.

Власници капитала траже правну сигурност, тежећи да за своје улоге обезбеде најповољнији третман и сигурне гаранције. Они настоје да своја средства усмеравају путемима који им пружају највећи степен сигурности задржавајући их у срединама у којима постоје најповољнији услови за њихову оплодњу. Упркос томе, реализација инвестиција је увек повезана са одређеним степеном ризика за страног инвеститора, било комерцијалне или некомерцијалне природе. Он увек ризикује. Могућност наступања ризика се увећава у време политичке и економске нестабилности у земљи пријема капитала (рецептивна земља), затим код настанка оружаних сукоба, увођења ванредног стања и слично. Услед свих тих околности, пружање неопходне правне сигурности страним инвеститорима подстиче улагања капитала у развојне привредне пројекте. Из тога произлази потреба и значај за анализирањем модела, облика и досега правне заштите страних инвестиција.

2. Облици заштите страних инвеститора

Под страним инвестицијама подразумева се "трансфер материјалних вредности из једне државе (држава извозница капитала; држава порекла) у другу државу (држава домаћина; рецептивна држава), са циљем коришћења средстава у пословању предузећа у земљи пријема, ради директног или индиректног учешћа у добити предузећа"¹⁾. У најширем смислу, стране инвестиције подразумевају трансфер капитала из привреде једне, у привреду друге државе.

Правна заштита страних инвестиција има више облика, који се могу груписати сходно примени одговарајућих критеријума.

2. 1. Један од критеријума је порекло правних правила којима се штите страна улагања.²⁾ Према овом критеријуму, могу се разликовати: а) заштита страних улагања мерама државе увознице капитала (држава домаћин; рецептивна држава); б) заштита страних улагања мерама државе извознице капитала (држава порекла) и в) међународноправна заштита страних улагања.

1. Реч је о дефиницији појма стране инвестиције (е. "Foreign Investment") наведеној у "Encyclopedia of Public International Law", Band 8, Amsterdam-New York-Oxford 1985, стр. 246: "Foreign Investments are the transfers of funds or materials from one country (called the capital Exporting country) to another country (called the host country) to be used in the conduct of an enterprise in that country in return for a direct or indirect participation in the earnings of the enterprise".

2. Више о овој подели заштите страних инвестиција видети: А. Ђирић, "Правни оквири заштите страних директних инвестиција", Право и привреда, бр. 5-8/2002, стр. 471-490.

а) Заштита страних улагања мерама рецептивне државе постиже се обезбеђењем примене одређених стандарда и руководних идеја у поступању са страним капиталом, попут начела правичности, националног третмана, највећег повлашћења, једнакости, стабилизационе и ревизионе клаузуле и тд. Поред тога, од значаја је заштита коју пружају клаузуле дијагоналних споразума (споразума државе рецептора и страног инвеститора, *states contracts*). У мере заштите страних улагања које се примењују на територији државе домаћина, спада и закључење уговора приватноправне природе, чијим закључењем се страни инвеститор може осигурати од штетних последица евентуалног наступања ризика.³⁾

б) Заштита страних инвестиција мерама земаља извозница капитала најчешће се реализује издавањем гаранција инвеститорима домаћег порекла за улагања извршена у иностранству. Поред тога, у овај облик заштите спада и дипломатска заштита коју држава порекла пружа својим инвеститорима за случај да је држава домаћин предузела одређене мере против таквог инвеститора и његовог капитала, које су у супротности са правилима Међународног јавног права.

в) Међународноправна заштита⁴⁾ страних улагања има за циљ постизање одређених стандарда универзалног или регионалног значаја у области осигурања ефикасне заштите права и интереса страног инвеститора.⁵⁾ Правни оквир ове заштите чини разграната мрежа међународних докумената различитог правног карактера (конвенције, мултилатерални и билатерални споразуми, извори "мекког нормативитета"), које, у њиховој укупности, називамо "Међународним инвестиционим правом".

2.2. Према критеријуму карактера и свог садржинског нивоа, правна заштита страних инвестиција се дели на три сегмента: а) материјалноправну заштиту; б) заштиту осигурањем и в) процесноправну заштиту.

а) Материјалноправна заштита се огледа у обавези рецептивне државе да гарантује одређени третман страним инвестицијама. У инвестиционим законодавствима и међудржавним мултилатералним и билатералним споразумима прихваћени су одређени општи принципи правног третмана страних инвестиција, који се користе као метод утврђивања садржине и обима права страног инвеститора. Значај ових принципа (стандарда, начела) за страног улагача је што позивањем на њих он може штитити своја права и интересе проистекле из конкретне инвестиције.

б) Други сегмент заштите страних улагања, према напред наведеном критеријуму, је осигурање страних улагања од последица наступања некомерцијалних ризика. Овај вид заштите остварује се издавањем гаранција инвеститорима који улажу у државе са високим степеном вероватноће наступања политичких ризика. Некомерцијални ризици се диверзификују осигурањем инвестиција код државних агенција. Готово све развијене државе располажу системом осигурања инвести-

3. Према појединим националним законодавствима, имовина мешовитих предузећа са страним улозима подлеже осигурању на основу уговора који се закључује са домаћим осигуравајућим друштвом, без обзира на њено осигурање код другог осигуравача.

ција својих држављана у иностранству од политичких ризика, код приватних осигураваача или обезбеђивањем гаранција Мултилатералне агенције за гарантовање страних инвестиција - MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency).

в) Трећи облик заштите страних улагања од некомерцијалних ризика је процесноправна заштита. Она обухвата процедуралне механизме као што су: дипломатска заштита; заштита у поступцима које води држава порекла инвеститора против земље домаћина инвестиције; заштита права инвеститора у процедури у којој држава порекла капитала иступа као равноправна процесноправна странка са државом домаћином инвестиције.

Сви поменути облици заштите страних инвеститора свакако нису једини. Они могу бити примењивани и у међусобној комбинацији у интересу сигурности и обезбеђења што повољнијих услова за оплодњу уложеног иностраног капитала.

4. Најзначајнији извори у овој области су двострани међународни споразуми о сарадњи и заштити инвестиција (Bilateral Investment Treaties—BITs), споразуми о избегавању двоструког опорезивања, уговори о привредној и индустријској сарадњи, али и вишестрани споразуми универзалног карактера, као што су: Сеулска конвенција из 1985. о оснивању Агенције за мултилатералне гаранције инвестиција (Multilateral Investment Guarantee Agency – MIGA- 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; D. D. Bradlow, A. Esher, *Legal aspects of foreign direct investment*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999.); Декларација и одлука о међународним инвестицијама и мултинационалним компанијама (The Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises), која садржи важне руководне идеје, као што су национални третман водич за мултинационална предузећа, оцена инструмента инвестиционих стимулација и дестимулација; Споразум о трговинским аспектима иностраних инвестиција (TRIM-WTO/ GATT), Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965, као и међународни вишестрани споразуми регионалног карактера, попут Римског уговора из 1957. године о оснивању Европске економске заједнице и посебно Правило (директиву) ЕЕЗ од 24. 6. 1988. "О слободи кретања капитала уз поштовање принципа узајамности", Споразума о сарадњи у области инвестиционе делатности у Савезу Независних Држава из 1993. године (Модел за национална законодавства), Северноамерички споразум о слободној трговинској размени (*North American Free Trade Agreement-NAFTA*) из 1993. и други извори. Значај принципа (стандарда, начела) садржаних у овим изворима, који они имају за страног улагача, је у чињеници што он, позивањем на њих, може штитити своје интересе проистекле из конкретне инвестиције. Са становишта заштите права страних инвеститора, посебно је значајна Конвенција за решавање инвестиционих спорова између држава и грађана или правних лица других држава. Настала је на иницијативу Светске банке. Ступила је на снагу 1966. На основу Конвенције формиран је и Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (ICSID-The International Centre for Settlement of Investment Disputes), са седиштем у Вашингтону.
5. Капитал се креће у свим смеровима. 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 око 90%. То свакако говори о тежњи и потреби успостављања контроле над иностраним предузећима, будући да присуство страних приватних инвестиција, због свог обима, задира у националне интересе како земаља извозница, тако и земаља пријема страног капитала.

Са тог аспекта важно је, још у фази пословних преговора, познавати сваку врсту гаранције и моделе ефикасне правне заштите страних улагача од ризика који прате њихова улагања у конкретне пословне подухвате.

Сагласно ограничењима која произлазе из саме теме, у раду ће изостати аспекти правне заштите који се тичу појединих од наведених облика, а задржаћемо се на мерама правне заштите страних инвеститора које пружају државе порекла инвестиција и земље њиховог пријема. Значај питања ефикасности правне заштите, али и контроле приватних инвестиција, произлази и из чињенице што оне својим обимом најчешће задиру у националне интересе како земаља извозница, тако и земаља пријема страног капитала.

3. Заштита инвеститора мерама земље порекла капитала

3.1. 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. Ипак, изузетак од тог правила је могућност предузимања мера дипломатске заштите инвестиција субјеката из државе извознице на територији државе увознице капитала. Мере којима држава порекла капитала пружа заштиту улагањима својих субјеката на територији стране земље карактеришу облици дипломатске заштите. Такав вид заштите имовинскоправних интереса државе и њених инвеститора служи реализацији права на накнаду штете, која је резултат повреде међународноправних обавеза друге државе. Он 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 њим у супротности. Те мере су широког дијапозона, укључујући и могућност војне интервенције. 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.)⁶⁾. У области међународног споразумевања у овој материји, важно је поменути и посебну врсту међудржавних тзв. "луп сум" споразума (е. 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 повери-

6. 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.

лац намирује своје индивидуалне инвеститоре, сагласно њиховим утврђеним правима⁷⁾.

3.2. Руководно начело "територијалности" ("територијални принцип"), истиче у први план примену законодавства земље седишта предузећа са страним капиталом, које је меродавно за стране инвестиције. Политика забрана и ограничења, као вид заштите националних инвестиција од евентуалних ризика у иностранству, спроводи се применом начела "персоналног важења"⁸⁾ прописа за страна улагања, који се најчешће спроводи у области спољнотрговинских или/и валутно-финсијских операција. При томе, поједине државе имају специфичне приступе. Тако се на различит начин опредељује појам, домет и разграничење тазв. "директних" од "индиректних" ("портфолио") инвестиција. Поред осталог, директне инвестиције обезбеђују инвеститору ефективни степен контроле над предузећем у које је уложио своја средства⁹⁾. Учешће инвеститора у предузећу се материјализује у броју акција или величини удела који он у њему поседује¹⁰⁾. Многа национална законодавства третирају дугорочне активне кредитне аранжмане својих субјеката, као и дугорочне гаранције одобреним иностраним партнерима као "директне инвестиције", пружајући им правну заштиту и осигурање¹¹⁾. Ваља нагласити да су се у последњој деценији двадесетог века појавиле и тенденције придавања екстериторијалног дејства националних законодавстава¹²⁾, укључујући и област страних инвестиција, посебно сферу опорезивања њихове добити.

Јасно је да је питање правне заштите инвестиција, у постојећим условима пословања на светском тржишту, постало незаобилазно. То је посебно значајно за

7. О овоме више: I. Seid Hohenveldern, *International Economic Law*, 2nd revised edition, "Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston, London, p. 146-149.
8. Принцип "персоналног важења прописа" подразумева обавезу поштовања законодавства земље на чијој се територији налази седиште, односно боравиште домаћег лица које инвестира у иностранству.
9. Према Закону о спољнотрговинском пословању Србије, поред других ограничења, српски 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; основати предузеће у иностранству које за своје обавезе одговара до висине уложених средстава, као и да ће обезбедити уобичајену контролу финансијског пословања предузећа. О овоме: А. Ђирић: Оснивање предузећа у иностранству, "Правни живот", 1990. Том II; А. Ђирић, Оснивачи предузећа у иностранству и принцип правичности, "Правни живот", бр. 9-10/1994.
10. Тако се према француском законодавству "директним инвестицијама" сматрају оне које прелазе 20% оснивачког капитала предузећа у иностранству, док је тај обим у САД –10%.
11. У Француској се, на основу Закона Н0-71-1025 из 1971. и Закона Н0-73-1128 из 1973. осигурањем извозних инвестиција у области трговине бави француска компанија за осигурање спољне трговине (*Compagnie française d'assurance du commerce extérieur*), а у области улагања у производњу и индустрију – Француска банка за спољну трговину (*Banque française du commerce extérieur*).
12. Видети: Document 396R2271 Council Regulation (EC) No 2271/96 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).

инвестиције које се реализују у државама са нестабилним политичким, социјалним, економским и укупним друштвеним односима.

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 савакако 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, насталу штету предузећу инвеститору надокнађује осигуравајућа организација (фонд, агенција) 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.

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

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 пројекте у Србији¹³). Немачки извозници капитала се могу пријавити за добијање извозних гаранција које обезбеђује Федерална влада, као вид државне подршке немачком из-

13. Инвестициони пројекти и послови који су за Србију реални, уз укључење ХЕРМЕС гаранције, имају, пре свега, 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 је услед процене о повећаним ризицима пословања на нашем тржишту, изнад уобичајене. Период отплате кредита је 5 година у десет полугодишњих рата, са почетком отплате у року од 6 месеци након првог коришћења.

возу робе, услуга и новца¹⁴). Управљање Шемом гаранција је делегирано на посебан Конзорцијум који чине HERMES Kreditversicherungs-AG i PwC Deutch Revision AG, при чему је ХЕРМЕС водећи партнер у Конзорцијуму. Захтев за добијање гаранције се подноси на обраду ХЕРМЕСУ, након чега се доставља Међуминистарском комитету за извозне гаранције, који доноси коначну одлуку¹⁵). ХЕРМЕС гаранције покривају неколико видова ризика: политичке; комерцијалне; ризике неисплате. 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 групи 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. Овој групи осигураних ризика припада и **Pre-shipment risk cover**, који 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.

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 инвеститоре¹⁶), затим од врсте осигураног ризика, висине осигуране суме, динамике и начина плаћања потраживања немачког инвеститора у иностранству и др.¹⁷).

3. 4. Осигурање инвестиција САД у иностранству обавља самофинансирајућа државна установа под називом Корпорација иностраних приватних инвестиција (Overseas Private Investment Corporation-OPIC). Корпорација одобрава директне зајмове, гаранције за одобрене позајмице, осигурава инвестиционе пројекте од политичких ризика, укључујући и ризике експропријације¹⁸). Карактеристичан је пример закључења двостраног уговора између Владе Руске Федерације и Владе САД

14. Максимум осигуране суме одређује Парламент (Бундестаг) 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.

15. Видети: A. A. Winfried, *Legal aspects of Foreign Direct Investment*, edited by D. D. Bradlow, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999, p. 585-591; J. P. Agarwal, A. Gubitz, P. Nunnenkamo, *Foreign Direct Investment in Developing Countries, The Case of Germany*, Tubingen, str. 97-101.

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

17. О ХЕРМЕС гаранцијама - Web адреса: <http://hermes.de/aga/eng>.

о заштити инвестиција из 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 увођење забране конверзије националне валуте у слободно конвертибилна средства, као и 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)¹⁹.

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".

3.5. У Аустрији постоји федерални Влади 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 пројектима²⁰.

3.6. Србија примењује Закон о фонду за осигурање и финансирање спољнотрговинских послова²¹. Између осталог, делатност Фонда је осигурање спољнотрговинских послова и пружање других услуга у вези са осигурањем од некомерцијалних и комерцијалних ризика²². Закон у члану 5. предвиђа да су " некомерцијални ризици, у смислу овог Закона и штете настале у вези са имовином уложеном у трговачка друштва или пословне јединице у другој држави. . . " ²³.

Сличне системе заштите својих приватних инвеститора у иностранству познају и многе друге државе: Јапан, Норвешка, државе-чланице ЕУ и друге земље.

18. S. Linn Williams, Political And Other Risk Insurance: Eximbank, OPIC And MIGa, Middle east executive reports, 1988. p. 8-18.

19. 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. Богуславский, Иностранные инвестиции, правовое регулирование, Москва, 1996. стр. 188.

20. 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)

21. "Сл. лист СРЈ", бр. 3/1992.

22. Чл. 8. ст. 1. Закона.

23. 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.

4. Заштита инвеститора у земљи пријема капитала

4. 1. Стандарди поступања са страним инвеститорима

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. 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 заштиту страних инвестиција. То се може чинити и конкретним уговорима са страним инвеститорима, а такође и мерама економске политике државе, политичким декларацијама и слично. У том смислу од посебног значаја је принцип поштовања начела и руководних идеја које су постале стандард у заштити интереса страних инвеститора, како од комерцијалних тако и од некомерцијалних ризика. При томе под некомерцијалним ризиком се подразумева могућност да правна ситуација инвестиције буде измењена без сагласности, односно противно вољи инвеститора, са последицом лишавања његових права након што је инвестирао, уз истовремено смањивање вредности инвестиције. Некомерцијални ризици могу се поделити на: ризик експропријације; ризик трансфера вредности; ризик рата и грађанских немира; ризик кршења уговора. За разлику од некомерцијалног ризика, комерцијални ризик је појам под који се сумирају околности чији узрок лежи изван сфере политичке воље државе пријема капитала.

Национална инвестициона законодавства и међународни извори предвиђају одређене стандарде (принципе, начела) поступања са страним инвестицијама који се користе као метод утврђивања садржине и обима права страног инвеститора. Ови стандарди (третмана; поступања) инструмент су утврђивања садржине материјалноправне заштите страних инвеститора.

Садржина стандарда поступања примењених на конкретну страну инвестицију и страног инвеститора може бити утврђена објективно (објективни стандарди поступања) и субјективно, то јест у односу на третман инвестиција правних субјеката трећих држава или домаћих инвеститора (релативни стандарди поступања).

Објективни стандарди поступања са страним инвеститорима (стандарди третмана страних улагања) обезбеђују одређена права страном инвеститору независно од овлашћења домаћих или страних улагача. У објективне стандарде третмана убрајају се: а) стандард правичног и једнаког третмана; б) стандард заштите и сигурности; в) стандард недискриминације (е. "non-discrimination"); г) стандард минималног третмана²⁴.

Релативни стандарди поступања са страним улагањима имају за циљ да се, коришћењем права домаћих или држављана треће државе као "предмета поређе-

24. О поменутих начелима видети: А. Ђирић, Р. Ђуровић, Међународно трговинско право, Посебни део, Правни факултет, Ниш, 2005.

ња", обезбеди могућност страним улагачима да штите своја права захтевом упућеним држави рецептору капитала да у поступању са њиховом инвестицијом ове стандарде поштује. У релативне стандарде третмана убрајају се: а) стандард најповлашћеније нације; б) стандард националног третмана²⁵); в) стандард повољнијег третмана.²⁶⁾

Начелом пуне заштите и сигурности страних инвестиција и њихових носилаца, установљава се општи стандард третмана који држава домаћин гарантује страним инвестицији. Рецептивна држава мора показати дужну пажњу у односу на страну инвестицију и поштовати права страног инвеститора, као и гарантовати заштиту у "разумним оквирима". То значи да се заштита не може гарантовати апсолутно, већ у датим економским, социјалним и политичким околностима. Начело заштите и сигурности инвестиције садржано је у изворима Међународног инвестиционог права²⁷⁾. Ово начело је, дакле, прихваћено као стандард поступања државе домаћина приликом експропријације, али изостаје законско дефинисање његове улоге као општег стандарда третмана страних инвестиција. Његова примена могућа је применом члана 13. Закона о страним улагањима Србије, који допушта примену одредби билатаралних споразума чије су уговорне стране наша земља и држава порекла инвеститора, а који садрже начело заштите и правне сигурности инвестиције.

У националним законима о страним инвестицијама, као и у уговорима државе и инвеститора, је веома честа одредба о гаранцији непроменљивости правног режима по коме је страно улагање извршено (*stabilisation clause*)²⁸⁾. Тиме се у уговор државе и инвеститора инкорпорира важеће законодавство рецептивне земље, те касније измене немају дејство на права, обавезе и одговорности уговарача. Тако је према нашем Закону, као и према тексту Предлога новог Закона о страним улагањима Србије, предвиђено да страни улагач ужива сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем. Права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у регистар не могу бити сужена накнадном изменом закона и

25. Њиме се изједначава статус страних инвеститора са положајем који произлази из признатог правног положаја домаћих лица, која она имају у обављању инвестиционих послова. У пракси има примера према којима је тај положај некада чак и повољнији, а некада и издиференцирано мање повољан од статуса који имају домаћи инвеститори.
26. О овоме детаљније: А. Ђирић, Р. Ђуровић, Међународно трговинско право, Посебни део, Правни факултет, Ниш, 2005.
27. Видети чл. 1105. ст. 1. НАФТА Споразума; чл. 3. а) Водича III Светске банке), као и билатералне споразуме о заштити инвестиција. Начело заштите и правне сигурности за страну инвестицију садржи и наш Закон о страним улагањима (видети: чл. 9. ст. 1. Закона) у одредби која регулише услове експропријације и начин обрачуна и исплате компензације за експроприсану имовину.
28. Познати су случајеви из уговорне праксе, у којима је била уговорена *stabilisation clause*. Тако у примеру *Texasco 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.

других прописа²⁹). Стабилизационом клаузулом може се искључити дејство појединих прописа, или примена читавог легислативног оквира. Њоме се може "стабилизovati" правни режим својине инвеститора, фискални режим, радноправна легислатива и друге области регулација. Циљеви који се желе постићи стабилизационом клаузулом могу да буду ефикасније реализовани адекватном формулацијом клаузуле поновног преговарања. Клаузула поновног преговарања даје подстрек флексибилности уговора, док стабилизациона клаузула појачава његову ригидност. У том смислу она је, дакле израз примене начела "*rebus sic stantibus*" на правни положај страних инвеститора. Клаузула поновног преговарања код уговора државе и инвеститора није реткост, а код уговора о концесијама пре је правило него изузетак. Политичке, економске и друге премисе на којима је заснован уговорни однос су променљиве величине, при чему се могу појавити и околности чије наступање није било могуће предвидети, а које суштински мењају карактер уговора и баланс права и обавеза уговарача.

Дакле, од режима пријема и заштите инвестиција, утврђеним унутрашњим законодавством рецептивне државе, очекује се да, поред стимулисања страних инвестиција, одговара међународним стандардима који подразумевају поштовање достигнутих руководних идеја у овој области, које се испољавају преко низа прихваћених начела од којих су, поред већ поменутих, посебно незаобилазни принципи "правичности" и "једнакости"³⁰.

Посебан вид заштите инвестиција је изузетна рестриктивност у спровођењу мера од стране органа јавне власти рецептивне земље, којима се онемогућава обављање инвестиционе делатности предузимањем мера експропријације и национализације. Ове мере су *sedes materiae* двостраних инвестиционих споразума између заинтересованих држава.

Нормама унутрашњег државног права решавају се не само питања заштите, већ и гаранције страним инвестицијама. Оне почивају на структури мера које имају функцију преузимања финансијских последица, насталих резултатом наступања ризика, пре свега политичког карактера, као сто су: национализација; експропријација; ограничење и забрана конверзије и трансфера финансијских средстава; ризици унутрашњих немира и војних дејстава; једностранни раскид инвестиционог уговора од стране државе пријема и др.

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"). Најчешћи из ове

29. Члан 9. ст. 1. и 2. Закона ("Сл. лист СРЈ", бр. 3/2002. и 5/2003.) и чл. 9. ст. 1-2 Предлога за нови Закон о страним улагањима.

30. 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 полази од уважавања интереса свих заинтересованих страна, како самих инвеститора, тако државе извознице и државе увознице капитала.

групе су 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.

Поред државних мера заштите, ваља нагласити и могућност осигурања на основу уговора приватноправне природе, чијим се закључењем страни инвеститор може осигурати од штетних последица евентуалног наступања ризика³¹). Дакле, као инструменти заштите приватноправне природе могу се, на пример, користити: уговор о осигурању; банкарска гаранција; хипотека; залога, као средство обезбеђења и друге мере.

5. Закључак

Инвестициона законодавства и међународни извори права предвиђају одређене стандарде (принципе, начела) поступања са страним инвестицијама који се користе као метод утврђивања садржине и обима права страног инвеститора. Ови стандарди (стандарди третмана; стандарди поступања) су инструмент утврђивања садржине заштите страних инвестиција. При томе, обим и начин заштите страних инвестиција имају централни значај не само за њихову несметану реализацију, већ и за стимулативан или дестимулативан приступ инвеститора који, још у прединвестиционој фази, тиме може бити подстакнут или демотивисан за улагање капитала у одређене пројекте.

Облици заштите страних инвеститора, наведени у раду, свакако нису једини. Они су далеко бројнији и могу бити примењивани у међусобној комбинацији у интересу сигурности и обезбеђења што повољнијих услова за оплодњу уложеног иностраног капитала. Са тог аспекта важно је, још у фази пословних преговора, познавати сваку врсту гаранције и ефикасне правне заштите страних улагача од ризика, који прате њихова улагања у конкретне пословне подухвате.

У раду је изостала детаљнија анализа правне заштите која се односи на неке од њених поменутих, али и непоменутих облика. Изнети, у ограниченом обиму, аспекти о мерама правне заштите страних инвеститора које пружају државе порекла инвестиција и земље њиховог пријема су, и са тог аспекта, указали на значај чињенице присуства страних инвеститора у националним системима привређивања. Систем гаранција које они уживају истовремено прате и мере контроле присуства страног капитала јер он, својим обимом и ефектима које производи, најчешће задире у националне интересе како земаља извозница, тако и земаља његовог пријема.

31. 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.

Aleksandar Ćirić, Ph.D.
Professor at the Faculty of Law, Niš

LEGAL PROTECTION OF FOREIGN INVESTORS

Summary

The Article " Legal Protection of Foreign Investors" examines the significance and forms of such protection. Short introductory remarks emphasises the necessity to analyse the modals and patterns of foreign investors legal protection, as factors which could stimulate the creation of adequate "investment climate". This necessity has its origin in the possible damage which could be caused to the foreign investors by the commercial and non-commercial risks. The contents of the paper has one separate part named "The Forms of Foreign Investors" Protection), in which, according to the relevant criteria, the systematization of forms of foreign investors protection is made in the following manner: a) the foreign investment protection provided by the host state; b) protection provided by the home state, and c) international legal protection of foreign investments. Also, the paper points out to the systematization based on the criterias of the character and the content of foreign investments legal protection. This systematization includes: a) substantive legal protection; b) the protection by insurance, and c) procedural protection. Because of limited volume of the paper, the full attention is given to the measures of protection provided by the home state and host state, with the remarks regarding the legal documents which create the legal framework for the foreign investors international legal protection. The paper ends with the conclusions about the importance of legal protection's establishment, as well about the importance of control of foreign investments which by their economic volume, significantly influence the national interests of home state and host state.

Key words: *Foreign investor; Foreign Investment; Commercial risk; Non-commercial risk; Home state protection of foreign investments; Host state protection of foreign investments.*