

Војин Драшкоци
адвокатски приправник, Београд

Проблем прешироке дефиниције појма инвестиције у двостраним споразумима о међусобном подстицању и заштити улагања између Србије и страних држава

Резиме

Велика већина билатералних инвестиционих споразума (ВИТ – ова) између Србије и страних држава садржи прешироку дефиницију појма инвестиције која омогућава да субјекти који потичу из тих држава поведу спор за заштити своје квази-инвестиције против државе домаћина – Србије, на шта не би имали право да је дефиниција овог појма правилне ширине. Посебно је широко одређена категорије имовинских подстицања страног инвеститора унутар овакве дефиниције инвестиције, која обухвата и подстицања по основу комерцијалних послова којима недостижу суштинске карактеристике појма инвестиције - тј. је погрешно да се она подводе под овај појам. Сходно томе, потребно је да се ова дефиниција сузи у будућим ВИТ-овима између Србије и страних земаља, што се може учинити по угледу на начин на који је то сprovedено у одређеним инструментима међународног инвестиционог права.

Кључне речи: *дефиниција појма инвестиције, билатерални инвестициони споразуми (ВИТ-ови), имовинска подстицања, комерцијални послови, инструментни међународног инвестиционог права*

Увод – постављање проблема

Иако је по природи ствари уобичајено и много чешће да се, нарочито у правним круговима, говори о недовољној заштити страних инвеститора у државама-увозницима капитала, на основу појединих аспеката правног система Србије се може говорити управо о супротном – о претераној заштити страних инвеститора. Разлог оваквом закључку је прешироко постављена дефиниција појма (стране) инвестиције у великој већини двостраних споразума о узајамном подстицању и заштити улагања (тзв. билатерални инвестициони споразуми или ВІТ-ови, од енгл. *BITs*¹⁾) који важе између Србије и појединих страних држава. Оваква дефиниција појма инвестиције омогућује да незадовољни страни субјекти успешно поведу спор за заштиту своје квази-стране инвестиције у Србији²⁾ (у складу са механизмом решавања инвестиционих спорова предвиђеног одговарајућим ВІТ-ом³⁾) против државе домаћина – Србије, иако на то не би имали право да је ширина дефиниције инвестиције у овим ВІТ-овима правилно одмерена.⁴⁾ Ово за последицу може имати штетне последице нарочито по углед и буџет државе Србије, која је још увек претежно земља увозница капитала.

Анализа дефиниције појма инвестиције у ВІТ-овима између Србије и других држава и импликације њене ширине

Дефиниција инвестиције у великој већини ових споразума⁵⁾ је готово идентична⁶⁾ (садржана у првом члану споразума) и може се раздвојити на два елемента.

1. Скраћеница за *Bilateral Investment Treaty(ies)* [Билатерални инвестициони споразум(и)].
2. Наравно, обзиром да су у питању споразуми о "међусобној" заштити и подстицању улагања могуће је и обратно – подношење тужбе српског инвеститора против стране државе домаћина инвестиције. Међутим, ова проблематика није сврха овог реферата, између осталог зато што ће по природи ствари много чешће бити тужена држава Србија као претежно земља увозница капитала.
3. Најчешће су у ову сврху предвиђене две могућности: или изношење спора пред суд државе домаћина стране инвестиције, или пред међународну арбитражу. Видети: проф. др Маја Станивуковић, "Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања", *Зборник радова у сјомен проф. Др. Миодрага Трајковића*, Правни факултет Универзитета у Београду & Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе, Београд, 2006, стр. 526-528.
4. Овај правни феномен није остао незапажен од стране правне теорије, а извесно је да ће стварати проблеме у пракси – видети *Id*, стр. 527-528.
5. Србија је на дан 6. марта 2007. имала на снази укупно 33 ВІТ-а: са Аустријом, Албанијом, Белгијско – луксембуршком економском унијом, Босном и Херцеговином, Египтом, Финском, Ганом, Грчком, Холандијом, Хрватском, Индијом, Ираном, Италијом, Израелом, Канадом, Кипром, Кувајтом, Либијом, Литванијом, Мађарском, Македонијом, Немачком, Нигеријом, Сједињеним Америчким Државама, Словачком, Словенијом, Шпанијом, Швајцарском, Шведском, Турском, Уједињеним Краљевством и Украјином. У овом реферату предмет анализе су примерци наведених споразума на српском језику у електронској форми из базе података "Paragraf Net".
6. У само четири ВІТ-а инвестиција је другачије одређена и као таква неће бити предмет дискусије у овом реферату: у споразуму са Француском, Канадом, Сједињеним Америчким Државама и Шведском.

Први елемент чини општа и свеобухватна одредница инвестиције која се, са мањим или већим (углавном чисто стилским) разликама своди на означавање "улагања" као било које врсте имовинске вредности (увелико преовлађује израз "свака врста средстава",⁷⁾ а употребљени су још и изрази "свака врста имовине",⁸⁾ "имовинска вредност",⁹⁾ "свака врста активе",¹⁰⁾ таутолошки израз "било која врста улагања",¹¹⁾ те "свака врста вредности"¹²⁾ коју улагач једне споразумне стране уложи на територији друге споразумне стране. Други елемент дефиниције инвестиције чини готово без изузетка *exempli causa*¹³⁾ листа категорија које извесно потпадају под овај појам – стварна права, хартије од вредности и други облици учешћа у привредним друштвима, права интелектуалне и индустријске својине, концесије и сродна права, те категорија која се може одредити као имовинска потраживања и која би се према формулацији у великом броју ових споразума могла односити на уговорне форме инвестирања (гранична категорија између директних инвестиција и комерцијалних послова, каква су нпр. уговори о вођењу привредног друштва или уговори "кључ у руке"¹⁴⁾).

Чак и површни познавалац материје права страних улагања и номенклатуре инвестиција утемељене ранијим Законом о страним улагањима¹⁵⁾ може приметити да су овом листом обухваћене стандардне врсте страних инвестиција – облици директних страних инвестиција, портфолио инвестиција, те права интелектуалне и индустријске својине и стварна права. Међутим, оно што "боде очи" јесте одређење категорије имовинских потраживања, услед њеног потенцијала за неоправданим проширењем појма инвестиције.¹⁶⁾

Наиме, ова категорија је у већини ВПГ-ова формулисана као "новчана потраживања" или било која "друга потраживања по основу уговора који имају економску вредност". У мањем броју¹⁷⁾ ВПГ-ова Србије додата је ближа одредница да уговор или економска вредност коју он поседује буде у вези са "улагањем". Такође, срећу се још и формулације ". . . приход на основу уговора који има економску вредност",¹⁸⁾ ". . . средства по основу уговора која имају економску вредност",¹⁹⁾

7. нпр. у члану 1 споразума са Босном и Херцеговином.

8. Члан 1 ВПГ-а са Албанијом.

9. Члан 1 ВПГ-а са Немачком.

10. Члан 1 ВПГ-а са Ираном.

11. Члан 1 ВПГ-а са Израелом.

12. Члан 1 ВПГ-а са Украјином.

13. Занимљиво је да једино ВПГ са Ираном не садржи израз "посебно, маде не и искључиво" који овој листи даје нелимитативан карактер.

14. Предраг Цветковић, *Међународно-правна заштитија страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска теза [необјављен рукопис], Правни факултет Универзитета у Нишу, 2005, стр. 38.

15. Службени лист СРЈ бр. 79/94, 15/96 - одлука СУС и 29/96.

16. Видети такође горњу ноту 3, стр. 527.

17. У свега 10 од укупно 29 који садрже практично исту дефиницију инвестиције, и то: са Албанијом, Ираном, Кувајтом, Либијом, Мађарском, Немачком, Нигеријом, Словенијом, Шпанијом и Турском.

"новчана потраживања. . . по основу обављања послова који имају економску вредност", ²⁰⁾ ". . . право на сваки учинак. . . који има економску вредност", ²¹⁾ "право. . . на услуге и давања у природи која имају економску вредност", ²²⁾ те невероватно широко одређење "новчана потраживања" и сва "друга потраживања која имају економску вредност". ²³⁾

Суочен са овако сročеним одредбама (изузев оних малобројних у којима је извршено прецизирање да потраживање мора бити у вези са улагањем), и остављајући по страни последње наведену формулацију имовинског потраживања за коју је замисливо да под појам стране инвестиције (апсурдно) подведе и потраживање накнаде штете по основу претрпљених физичких повреда страног инвеститора - физичког лица на територији државе домаћина, инстинктивна реакција читаоца са елементарним познавањем области комерцијалних облигационоправних односа је неверовање да описана имовинска потраживања могу представљати страном (или чак икакво) "улагање". Разлог томе је што се таквом читаоцу као прва асоцијација на поменуте формулације природно јавља потраживање исплате цене, односно испоруке робе/пружања услуга из класичног међународно - привредног уговора о продаји робе или пружању услуга – што је институт облигационог права - а не појам стране инвестиције која је и у међународним и (по правилу) у националним оквирима регулисана посебним правним и појмовним режимом, те као таква никако не може потпасти под правно-појмовни режим облигационог права. Другим речима, наведене одреднице имовинских потраживања су сročене на начин да недвосмислено обухвате и потраживања из класичних међународних комерцијалних уговора, а што је погрешно. У супротном, постојање посебног правног режима страних улагања било би сувишно.

Имајући ово на уму, отвара се питање специфичне разлике појма (стране) инвестиције у односу на имовинска потраживања из међународних пословних трансакција (како смо видели - "уговора", "учинака", "услуга" и др.) на начин на који су описана у већини ВПГ-ова између Србије и страних држава, односно питање садржине дефиниције овог појма уопште. Иако делује да ове разлике, као и појам инвестиције, нису подобни за сажето дефинисање, чини се да није погрешно рећи да су трајније (а не само спорадично) задовољење знатног интереса субјекта који није непосредни учесник трансакције из које проистиче страна инвестиција (често је то јавни интерес), те својство да страна инвестиција пружа одређене користи држави домаћину и након што је изворна трансакција извршена, неке од суштинских разлика. Тако, на пример, страном лице може наручити одређени број ваздухошлова

18. Члан 1 став 2 под б) ВПГ-а са Албанијом.

19. Члан 1 став 2 под в) ВПГ-а са Финском.

20. Члан 1 под а) iii) ВПГ-а са Холандијом.

21. Члан 1 став 1 под ц) ВПГ-а са Ираном и члан 1 став 1 под iv) ВПГ-а са Нигеријом.

22. Члан 1 став 1 под ц) ВПГ-а са Немачком; слично и члан 1 став 1 под 3) ВПГ-а са Словачком, те члан 1 став 1 под в) ВПГ-а са Италијом.

23. Члан 1 став 1 под в) ВПГ-а са Хрватском и члан 1 став 1 под в) ВПГ-а са Израелом. Занимљиво је да ВПГ са Украјином не садржи (ову) категорију имовинских потраживања.

које производи државна компанија државе домаћина - ово ће несумњиво ангажовати расположиву радну снагу те државе и државни буџет ће по исплати куповне цене извесно бити знатно обogaћен. Међутим, овакво задовољење јавног интереса за запошљавањем (искоришћењем расположиве радне снаге) и за приливом на буџетском рачуну државе, као и корисни ефекти који из ових догађаја проистичу - су спорадични и престају испоруком произведене робе. С друге стране, по извршеној куповини удела у страниој компанији сама компанија (а и запослени у њој итд.) ће у одређеном периоду константно имати користи од профитом вођеног управљања од стране новог власника - у овом случају страног инвеститора у правом смислу те речи. Чак и код портфолио инвестиција извршених куповином хартија од вредности стране компаније (од бившег власника тих хартија), у којем случају нови власник компаније - страни инвеститор по правилу није заинтересован за учешће у управљању компанијом, мотивација за што већим дивидендама односно капиталним добитком од даље продаје ових хартија учиниће да компанија у питању има користи од ове ("праве" стране) инвестиције одређено време по извршеној иницијалној куповини.²⁴⁾

У складу са реченим може се изградити и колико толико сажета и свеобухватна дефиниција појма инвестиције у оквиру које неће бити места за потраживања из комерцијалних уговора и сличних правних категорија којима фале суштинске карактеристике овог појма. Штавише, једна таква дефиниција је и сачињена од стране коментатора међународно прихваћене Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965 (енгл. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - ICSID*, енгл. *ICSID*²⁵⁾) а која одређује инвестицију кроз јединство четири елемента: као производ подухвата 1) одређеног трајања, 2) који укључује одређени предузетнички ризик, 3) који подразумева утрошак новца или други улог и који 4) доприноси економском развоју државе домаћина.²⁶⁾

Поред наведених теоретских реперкусија, неизбежан је закључак да на описани начин прешироко постављена дефиниција инвестиције у ВIT-овима између Србије и страних земаља (природно) проузрокује и практичне последице од незане-

24. У крајњој линији, и колоквијално значење речи "улагање, инвестирање" подразумева давање одређеног трајног доприноса нечему што ће по правилу (али не нужно) донети принос улагачу по протеклу одређеног временског периода.

25. Скраћеница за *International Center for Settlement of Investment Disputes* [Међународни центар за решавање инвестиционих спорова].

26. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* [ICSID Конвенција: Коментар], Cambridge University Press, 2001, стр. 140. Вероватно најпознатији ICSID случај у коме је спорна инвестиција, уговор о грађењу аутопута од стране тужиоца подведен под широку ВIT категорију имовинских потраживања, цењена према ова четири критеријума је *Salini Construttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco* [Салини Конструкторри С. п. А и Италстраде С. п. А. против Краљевства Мароко], ICSID случај бр. АРБ/00/4, Одлука о надлежности од 23. јула 2001, 42 ИЛМ 609 (2003), такође доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.investmentclaims.com/decisions/Salini-Morocco-Jurisdiction-23Jul2001.pdf>, на дан 31. марта 2007.

марљивог значаја. У евентуалном спору у коме је инострани тужилац у ствари титулар потраживања из обичног уговора у привреди, а не страни инвеститор у смислу одговарајућег ВПГ-а, те као такав и правно–политички и практично довољно заштићен постојећим (чисто приватноправним) механизмима вођења спора против саговорника – привредног субјекта државе домаћина, суд односно арбитражни трибунал (пред који је спор изнет) може се огласити надлежним за решавање спора оваквог тужиоца директно против државе домаћина.

У овој тачки разматрања поставља се додатно питање о могућности сужења прешироко постављене дефиниције инвестиције путем системског тумачења целине одредби ВПГ-ова. Међутим, сви су изгледи да до оваквог сужења не може доћи из више разлога. Као прво, одредбе које би једино могле послужити у ову сврху су одредба опште одреднице појма инвестиције (први елемент њене дефиниције), којом је прецизирано да улагање страног инвеститора на територији државе домаћина мора бити учињено у складу са њеним законима и прописима (право улагања страног инвеститора сагласно регулативи државе домаћина),²⁷⁾ те њен пандан – одредба којом је прописано да ће држава домаћин дозволити страна улагања у складу са својим законима и прописима (дужност државе домаћина да дозволи страном улагање сагласно својој регулативи).²⁸⁾ На несрећу, ни тумачење ових одредби није без недоумица. У неким ВПГ-овима пре синтагме "у складу са... законима и прописима [државе домаћина]" стоји зарез – апозиционо означавање, што применом граматичког тумачења води закључку да регулатива државе домаћина одређује и питање шта се сматра (дозвољеним) улагањем, и конкретну процедуру (начин) за пуноважно извршење улагања. У другим ВПГ-овима пак нема овог зареза, што говори у прилог тумачења да регулатива државе домаћина једино одређује процедуру за пуноважно извршење (допуштеног) страног улагања. Ипак, бесмислено је да прописи државе домаћина регулишу искључиво процедуру за пуноважно вршење страних улагања на својој територији без утицаја на одређење шта може бити допуштени предмет те процедуре, јер би по тој логици и незаконите инвестиције (нпр. улог у испоруци технологије и *know - how* за справљање опојних дрога) могле бити извршене - под условом да су прошле за то прописану процедуру државе домаћина.²⁹⁾ Штавише, може се заступати теза да у циљу избегавања некохерентности између *ad hoc* приоритетних режима страних улагања утемеље-

27. Занимљиво је да синтагма у питању (или њен еквивалент) недостаје у дефиницији инвестиције у ВПГ-у са Албанијом, Холандијом и Уједињеним Краљевством.

28. Опет, интиресантно је да ова одредница (или њен еквивалент) недостаје у ВПГ-у са Италијом.

29. У пракси нарочито решавања спорова из ВПГ-ова под окриљем ICSID-а, став да се улагање које је нелегално према прописима државе домаћина правно не сматра улагањем за сврхе билатералног споразума, дубоко је утемељен. Видети горњу ноту 27 (случај *Salini Construtorri S. p. A and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco*), те случај *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan* [Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A. S. против Исламске републике Пакистана], ICSID случај бр. АРБ/03/29, Одлука о надлежности од 14. новембра 2005, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.investmentclaims.com/decisions/Bayindir-Pakistan-Jurisdiction.pdf>, на дан 31. марта 2007.

них бројним ВІТ-овима (као правним актима веће правне снаге од закона) и јединственог режима страних улагања постављеног националним законодавством државе домаћина, израз "у складу са законом и прописима [државе домаћина]" треба тумачити као захтев да се страном инвестицијом сматрају само оне категорије које се као такве сматрају у националном законодавству државе домаћина. Опет, ни овај начин резоновања не може допринети сужењу дефиниције инвестиције, будући да важећи Закон о страним улагањима Србије садржи дефиницију страног улагања једнако широку као дефиниције у ВІТ-овима.³⁰⁾ На крају, устаљена је међународна пракса, што треба очекивати и код нас, да се одредбе ВІТ-ова тумаче сагласно Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. (енгл. *Vienna Convention on the Law of Treaties*),³¹⁾ која важи за кодификацију међународног обичајног права у материји тумачења међудржавних уговора,³²⁾ а по којој ће се "[међудржавни уговор] тумачити у доброј вери у складу са уобичајеним значењем израза у конвенцији у њиховом контексту и у светлу предмета и сврхе [тог међудржавног уговора]",³³⁾ и по којој за сврхе тумачења међудржавног уговора контекст између осталог обухвата преамбулу и анексе тог уговора.³⁴⁾ Како преамбуле ВІТ-ова Србије са страним државама садрже (иначе) типични израз намере за што интензивнијим подстицањем и заштитом инвестиција између држава потписница и сл., сва је вероватноћа да ће евентуални будући арбитри инвестиционих спорова проистеклих у вези са овим споразумима видети њихов контекст у духу ширења појма инвестиције, те уско тумачење дефиниције инвестиције у њима садржане неће доћи у обзир.

Савремене тенденције у међународној регулативи и пракси решавања инвестиционих спорова – истовремено ширење и сужавање дефиниције појма инвестиције

Појава неоправданог ширења појма инвестиције у ВІТ-овима није специфичност Србије и њених држава саговорница, већ је последњих година све више присутна и на светском плану.

Тако, Вашингтонска (*ICSID*) конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава уопште не садржи дефиницију инвестиције – једино одредбу којом је предвиђено да ће Међународни центар за решавање инвестиционих спорова установљен овом Конвенцијом бити надлежан да ре-

30. Видети члан 3 став 2 (новог) Закона о страним улагањима Републике Србије ("Сл. лист СРЈ", бр. 3/2002 и 5/2003 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 – Уставна повеља).

31. Тачније члану 31 наведене конвенције, доступне на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, на дан 31. марта 2007.

32. Видети случај *Libiya v. Chad* [Либија против Чада], ICJ Reports 4 (1994).

33. Видети горњу ноту 32, члан 31 став 1.

34. Видети горњу ноту 32, члан 31 став 2.

шава спор између државе потписнице конвенције и држављана друге државе потписнице који је настао "непосредно из инвестиције" (енгл. *arising directly out of an investment*).³⁵⁾ Но, непостојање дефиниције појма инвестиције у *ICSID* Конвенцији се у арбитражној пракси није поставило као препрека широком тумачењу овог појма. На тај начин, у познатом *ICSID* случају *Salini Construttori S. p. A and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco*,³⁶⁾ у питању је био спор између италијанских компанија и државе домаћина Краљевине Мароко, у вези са применом уговора о изградњи ауто-пута.³⁷⁾ Релевантни ВIT садржао је неограничавајућу листу категорија које се сматрају инвестицијом и која је укључивала "... потраживања било које уговорне користи која има економску вредност" (енгл. *rights to any contractual benefit having an economic value*), те "било ког права имовинске природе пренетог законом или уговором..." (енгл. *any right of an economic nature conferred by law or by contract*). Такође, ВIT је садржао одређење да страна улагање мора бити учињено у складу са законима и прописима државе домаћина. Тужена држава је заступала тезу да ова последња одредница чини њену регулативу меродавну за одређивање шта се може сматрати страним улагањем у смислу ВIT-а, а како је спорни уговор према њеном законодавству у ствари представљао уговор о вршењу услуга (изградње), Краљевина Мароко је тврдила да он не може бити подведен под појам страног улагања. Међутим, *ICSID* арбитражни трибунал је заузео став да израз "у складу са законима и прописима државе домаћина" представља (нарочито) захтев да страна инвестиција буде законита према регулативи те државе да би уживала заштиту према споразуму, и да он нема никаквог утицаја на питање шта представља инвестицију у смислу ВIT-а. Штавише, арбитражи су пропустили спорни уговор о изградњи ауто-пута кроз горе описани тест са четири елемента, конципиран од стране коментатора *ICSID* Конвенције, и утврдили да је подухват у питању подразумевао и одређени предузетнички ризик - иако накнада извођача уопште није зависила од количине профита коју пројекат доноси. Сходно томе, арбитражи су се огласили надлежним у спору и наставили са расправљањем меритума.

Такође као илустрацију квалификације (потраживања из) комерцијалних трансакција као страних инвестиција од стране *ICSID* арбитража, али са ипак једном битном разликом, занимљиво је поменути случај *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela*.³⁸⁾ Спор је проистекао поводом меница издатих од стране Републике Венецуеле и пренетих (индосаментом) на компанију Федакс са Холандских Антила. Релевантан ВIT између Венецуеле и Холандије садржао је стандардну "примера

35. Члан 25 став 1 Вашингтонске конвенције из 1965, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>, на дан 31. марта 2007.

36. Видети горњу ноту 27.

37. Видети такође: Eloise Obadia, "ICSID, Investment Treaties and Arbitration: Current and Emerging Issues" [ICSID, Инвестициони споразуми и арбитража: текућа и будућа питања], vol. 18 no. 2 [издање 18 том 2], *News from ICSID* [Вести из ICSID-а], 2001, доступно на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.worldbank.org/icsid/news/n-18-2-4.htm>, на дан 31. марта 2007. Наведено према: видети горњу ноту 15, стр. 357.

ради" листу категорија које потпадају под појам инвестиције, која је обухватала и "новчана потраживања, имовинска потраживања или потраживања било каквог испуњења које има економску вредност. . ." (енгл. *titles to money, to other assets or to any performance having an economic value*). Тужена држава је истакла да пренос меница није трансакција која се може сматрати директном страном инвестицијом, која инвестиција подразумева дугорочни трансфер капитала из једне земље у другу ради стицања учешћа у компанији који носи одређени ризик потенцијалном инвеститору; те да се не може сматрати да је ова трансакција учињена на територији државе домаћина (последње одређење је било саставни елемент дефиниције инвестиције из ВПГ-а). Арбитри су били схватања да индосирање меница у конкретном случају представља инвестицију финансијског карактера (не директну), а не обичну комерцијалну трансакцију, обзиром да су државне менице биле издате сходно венецуеланском Закону о јавном кредиту који је регулисао јавно кредитирање за прикупљање средстава "за продуктивне радове, потребе од државног интереса и прелазне потребе јавног трезора". Дакле, јавни кредит који је држава добила емитовањем меница укључивао је значајан јавни интерес, која чињеница је оправдавала да трансакција у питању буде сматрана инвестицијом.

Значајну количину креативности у тумачењу дефиниције инвестиције испунили су и *НАФТА* (Северно-амерички споразум о слободној трговини из 1992, од енгл. *NAFTA*³⁹⁾) арбитражни трибунали.⁴⁰⁾ Међутим, Северно-амерички споразум о слободној трговини садржи дефиницију инвестиције у много чему различиту од оних које смо до сада видели, која изражава свест о немогућности да се продукти чисто комерцијалних трансакција сматрају инвестицијом. Као прво, дефиниција инвестиције у *НАФТА* споразуму садржи ограничавајућу, иако исцрпну листу категорија које се сматрају инвестицијом у смислу споразума. Њом су обухваћене разне врсте учешћа у страниој компанији, укључујући и зајам под одређеним условима, затим имовину која се састоји из непокретности, те физичких и "нефизичких" ствари (енгл. *tangible or intangible property*), концесионе и сродне улоге (уговор "кључ у руке" и друге уговоре о грађењу).⁴¹⁾ Такође, у *НАФТА* споразуму је изричито предвиђено да појам инвестиције не обухвата: 1) новчана потраживања

38. [Федах Н. В. против Републике Венецуеле], ICSID случај бр. АРБ/96/3, Одлука о надлежности од 11. јула 1997, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.investmentclaims.com/decisions/Fedax-Venezuela-Jurisdiction-11Jul1997.pdf>, на дан 31. марта 2007.

39. *North American Free Trade Agreement*, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp#top>, на дан 31. марта 2007.

40. Видети додатно *НАФТА* случајеве *Ethyl Corporation v. Government of Canada*. [Етхул Цорпорацион против Владе Канаде], Одлука о надлежности од 24. јуна 1998, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnJurisdiction.pdf>, и *SD Myers Inc. v. Government of Canada* [СД Муерс Инц. против Владе Канаде], Коначна мериторна одлука од 13. новембра 2000, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.appletonlaw.com/cases/Myers%20-%20Final%20Merits%20Award.pdf>, на дан 31. марта 2007.

41. Члан 1139 *НАФТА* споразума, одељак "Дефиниције" од а) до х).

која искључиво произлазе из комерцијалних уговора о продаји робе и вршењу услуга или продужења кредита у вези са комерцијалном трансакцијом, попут финансирања трговине, као и 2) било која друга новчана потраживања која не укључују претходно наведене имовинске вредности – учешће у компанији, зајам, непокретну и другу имовину или улоге концесионог типа.⁴²⁾

У веома занимљивом *НАФТА* случају *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*,⁴³⁾ страни инвеститор-тужилац била је америчка корпорација филијала чије филијале је основана у Канади – као компанија која се бави производњом меке дрвне грађе чији највећи део продаје америчким купцима. Инвестициони спор је проистекао управо у вези са том компанијом и америчка корпорација - инвеститор је у арбитражном поступку истакла да "неограничен приступ тржишту САД-а" који је она омогућавала филијали своје филијале представља инвестицију у смислу *НАФТА* споразума – имовину (физичку или "нефизичку"), односно улоге концесионог типа (енгл. *interests arising from the commitment of capital or other resources...to economic activity... such as under...concessions*) из одговарајућих тачака *НАФТА* споразума. Влада Канаде је негирала ову тврдњу, сходно свом ставу да "неограничен приступ тржишту САД-а" није ништа друго до "апстракција" инвеститора. Коначно, инвеститор је у одговору на владине аргументе заступао тезу да неограничени приступ тржишту САД-а служи као средство којим филијала његове филијале – што је неспорно страна инвестиција, остварује приход који улази у вредност саме те филијале, те да би задирање државе у приступ тржишту САД имало непосредан ефекат на вредност филијале. Арбитражни трибунал је прихватио становиште америчког инвеститора, закључивши да је приступ тржишту САД веома важан део пословања филијале – компаније произвођача дрвне грађе (извесно инвестиције у смислу *НАФТА* споразума), те да као такав спада у категорију "имовине, физичке или нефизичке, стечене у очекивању или коришћене за сврху економске користи или у друге пословне сврхе" (енгл. *property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes*)⁴⁴⁾ из *НАФТА* споразума. У сваком случају, "неограничен приступ тржишту САД" је заиста појам превише апстрактан да би представљао страну инвестицију. Да је амерички инвеститор тврдио да са његове стране обезбеђење купаца дрвне грађе из САД филијали своје филијале, а идентитет којих купаца је утврдив, представља страном улагање – то би имало смисла. Нарочито ако се зна да је *goodwill* – пословна репутација, клијентела и сл. општеприхваћена врста ("нефизичког") улога у привредном друштву на северноамеричком континенту.

С друге стране, присутне су и глобалне тежње ка ужем дефинисању појма инвестиције. Тако, најприхваћенија вишестрана конвенција која регулише (и) заш-

42. *Id.*, под и) и ј).

43. [*Pope & Talbot Inc. protiv Vlade Kanade*], Међуодлука од 26. јуна 2000, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.appletonlaw.com/cases/P&T-INTERIM%20AWARD.PDF>, на дан 31. марта 2007.

44. Видети горњу ноту 42, под г).

титу инвеститора,⁴⁵⁾ Енергетска повеља (од енгл. *Energy Charter Treaty*, скраћено *ECT*⁴⁶⁾) из 1994, садржи разумно широку дефиницију инвестиције. Главни показатељ овога је што (сад већ ноторна) категорија унутар неограничавајуће листе инвестиција у *ECT* – "новчана потраживања и потраживања испуњења по основу уговора који има економску вредност", је ближе одређена да мора бити "у вези са улагањем".⁴⁷⁾

Сличан начин сужавања одреднице појма (подобне, енгл. *eligible*) инвестиције је употребљен од стране редактора Споразума о установљењу Мултилатералне агенције за гарантовање страних инвестиција⁴⁸⁾ (енгл. *MIGA Convention*) при групацији Светске банке, у коме је предвиђено да овај појам (по одлуци Одбора Агенције) може да се прошири и на зајмове ван оних већ одређених споразумом, али само под условом да су они повезани са улагањем које покрива (или ће покрити) Агенција.⁴⁹⁾

Истим путем кренуо је и *OECD*⁵⁰⁾ предлог Мултилатералног споразума о инвестицијама (*MAI*) из 1998.⁵¹⁾ Овај документ, у фази редиговања у којој се налази, садржи типично широку дефиницију појма инвестиције, укључујући и ставку широког домаћаја: "новчана потраживања и потраживања испуњења".⁵²⁾ Међутим, у напоменама уз дефиницију инвестиције изричито је наглашено да је група за израду овог предлога сагласна да овако широка дефиниција инвестиције захтева даљи рад на одговарајућим "оградним" (енгл. *safeguard*) одредбама.⁵³⁾ Штавише, напоменуто је и да ће из разлога веће извесности уз дефиницију инвестиције бити унесена интерпретативна напомена у циљу прецизирања да појам инвестиције у смислу *MAI*-а мора имати "карактеристике инвестиције", као што су обавеза уно-

45. Andrei Konoplyanik, Thomas Walde, "Energy Charter Treaty and its Role in International Energy" [Енергетска повеља и њена улога у међународној енергији], vol. 24 no. 4 [бр. 24 том 4], *Journal of Energy & Natural Resources Law* [Часопис енергетског права и права природних извора], 2006, стр. 523. 52 државе су тренутно чланице *ECT*. *Id.*, стр. 525.

46. Потписана 1994, ступила на снагу 1998, доступна на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf, на дан 31. марта 2007.

47. Члан 1 став 6 тачка ц) *ECT*.

48. Енгл. *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*, из 1985, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www.miga.org/citelevel2/level2.cfm?id=1107>, на дан 31. марта 2007. .

49. *Id.*, члан 12 под б).

50. Од енгл. *Organisation for Economic Co-operation and Development*, чији интернет вебсајт је доступан на енглеском језику на интернет адреси http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_00.html, дана 31. марта 2007.

51. Од енгл. *Multilateral Agreement on Investment (MAI)*, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>, на дан 31. марта 2007. Иначе, од даљег рада на овом предлогу – хармонизацији међународног права инвестиција, се одустало.

52. Енгл. "Claims to money and claims to performance", параграф 2 тачка v) одељка "Дефиниције" *MAI*-ја.

53. *Id.*

шења капитала или других средстава, очекивање добитка или профита, или преузимање ризика у вези са њом.⁵⁴⁾

Коначно, одређени ВПГ-ови новијег датума изражавају свест о потреби сужења дефиниције овог појма. Дobar пример ових споразума су Споразум о слободној трговини између САД и Сингапура (енгл. *USSFTA*⁵⁵⁾) из 2003. и Споразум о узајамном подстицању и заштити инвестиција између САД и Уругваја из 2005.⁵⁶⁾ Први споразум је у овој примерно непосредан одређујући да се инвестицијом сматра свака "имовинска вредност (енгл. *asset*). . . која има карактеристике инвестиције", уз двојачко прецизирање: а) да имовинска вредност која не поседује ове карактеристике не може бити инвестиција у смислу споразума без обзира на форму, и б) да карактеристике инвестиције укључују обавезу уношења одређеног капитала, очекивање добитка или профита, или преузимање ризика у вези са улагањем.⁵⁷⁾ У другом споразуму ово је учињено напоменом уз *ецемџли сауса* листу категорија које се сматрају инвестицијом, којом је одређено да потраживања исплате која одмах доспевају и произилазе из уговора о продаји робе или пружања услуга, нису инвестиције за сврхе споразума.⁵⁸⁾

Закључак – могућност сужења дефиниције појма инвестиције у ВПГ-овима између Србије и страних држава према постојећим решењима у инструментима међународног инвестиционог права

Као што смо видели, већина ВПГ-ова између Србије и страних држава садржи прешироку дефиницију стране инвестиције, која омогућава да се трибунали за решавање инвестиционих спорова проистеклих у вези са тим инвестицијама (иначе предвиђени овим ВПГ-овима) неоправдано огласе надлежним по тужби квази-страних инвеститора против државе Србије, ради остварења потраживања из чисто комерцијалних послова (и сродних трансакција) са домаћим привредним субјектима. Због тога, дефиницију инвестиције треба сузити у будућим ВПГ-овима између Србије и других земаља, што се може учинити на начин на који је то учињено у релевантним мултилатералним инструментима међународног инвестиционог

54. Енгл. ". . . *commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.* "

55. Скраћеница од *United States - Singapore Free Trade Agreement*, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf, на дан 31. марта 2007.

56. Енгл. *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, доступан на енглеском језику у електронској форми на интернет адреси http://www.sice.oas.org/BITS/URYUSA2005_e.pdf, на дан 31. марта 2007.

57. Члан 15. 1. став 13 са напоменом 15-1 Споразума о слободној трговини између САД и Сингапура. Видети горњу ноту 56.

58. Одељак А, напомена бр. 2 уз члан 1 Споразума о узајамном подстицању и заштити инвестиција између САД и Уругваја. Видети горњу ноту 57.

права (Енергетској Повелји, *OECD* предлогу Мултилатералног споразума о инвестицијама итд.), или у одређеним ВПТ-овима скорашњег датума међу којима посебно добар пример пружа Споразум о слободној трговини између САД и Сингапура. Обзиром да је ова тенденција ка широком постављању појма инвестиције присутна у глобалним размерама, до овог сужења вероватно неће брзо доћи. Ипак, потреба за тим је очита. По речима познатог теоретичара међународног инвестиционог права Сорнараџе (*Sornarajah*), претерано ревносно ширење појма страних инвестиција изван онога што су суверене државе хтеле, а чиме се проширују њихове сопствене улоге, водиће неиспуњењу њихових обавеза и сходно томе ће оштетити изграђен систем заштите инвестиција.⁵⁹⁾

Војин Драшковић LL.M.
Apprentice at law, Belgrade

PROBLEM OF OVERLY BROAD DEFINITION OF THE NOTION OF INVESTMENT IN BILATERAL TREATIES ON MUTUAL ENCOURAGEMENT AND PROTECTION OF INVESTMENTS (BITS) BETWEEN SERBIA AND FOREIGN STATES

Summary

Vast majority of bilateral investment treaties (BITs) between Serbia and foreign states contains overly broad definition of the notion of investment that enables the subjects originating from those states to successfully initiate proceedings for the protection of their quas –investment against the host state – Serbia, whereto they would not be entitled if the definition of this notion was of correct broadness and which would prevent [the occurrence] of detrimental consequences to the state due to the entertainment of these disputes. The category of economic claims of foreign investor within such definition of investment is particularly broadly established as it encompasses also claims [arising] from commercial transactions that lack the crucial characteristics of the notion of investment - so it is wrong to subsume them under this notion. Therefore, it is necessary that this definition be narrowed in future BITs between Serbia and foreign countries, which can be done following the manner wherein this was carried out in certain instruments of international investment law.

Key words: *Notion of investment, Bilateral Investment Treaties (BITs), Economic claims, Commercial transactions, International Investment Law instruments.*

59. Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment* [Међународно право страних инвестиција], Second edition [Друго издање], Cambridge University Press, 2004, стр. 16.

