

мр Горан РАКИЋ
судијски сарадник Привредног суда у Зрењанину

ИНДИРЕКТНА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА

Резиме

Међународно право у начелу не забрањује експропријацију имовине страних инвеститора, али предвиђа строге услове под којима се експропријација може спровести. Ови услови подразумевају постојање јавног интереса за такву меру, постојање по законом прописаној процедури, без дискриминације и обавезну исплату одговарајуће накнаде.

У савременом инвестиционом праву се сматра да експропријација постоји и када држава својим мерама онемогући инвеститора да користи своју имовину и стиче добит од ње, иако је инвеститор формално остао носилац права својине. Мере државе домаћина којима се произрукује ефекат какав има и сама експропријација се обично називају индиректним или de facto експропријацијом.

Кључне речи: експропријација, индиректна експропријација, страна улагања.

I Увод

Право државе да спроведе експропријацију произлази из њеног суверенитета. Услови и поступак за спровођење експропријације се по правилу уређују законом. У нашем праву је ова област регулисана Законом о експропријацији.¹ Поред домаћих прописа прави-

¹ Закон о експропријацији (Службени гласник РС, бр. 53/95, Службени лист СРЈ, бр. 16/2001 – одлука СУС и Службени гласник РС, бр. 20/2009).

ла о експропријацији су садржана и у бројним актима међународног права.² Разлози за доношење ових аката се огледају у потреби да се прецизно регулише деликатна ситуација која постоји у случајевима експропријације имовине страних држављана. Овај проблем је нарочито изражен у области страних улагања. Нормама међународног права се не оспорава могућност да државе изврше експропријацију имовине страних држављана, али се прецизно установљавају правила по којима оне то могу чинити. Државе, које уређују ова питања својим законодавством, предвиђајући услове и поступак за спровођење експропријације, најчешће уважавају међународне стандарде са циљем да обезбеде задовољавајући степен правне сигурности.³

Осим у законима и актима међународног права, одредбе о експропријацији су садржане и у великом броју билатералних уговора о страним улагањима. Србија је до сада закључила преко четрдесет оваквих споразума. Билатерални уговори садрже додатне гаранције инвеститорима, које се састоје у одређивању мера заштите од директне и индиректне експропријације, а обухватају услове за спровођење експропријације, којима се забрањује дискриминација, обавезује утврђивање постојања јавног интереса, исплата правичне накнаде и постојање прописаног поступка експропријације који је подложен судској контроли.⁴

Експропријација се сматра општим интересом, мотивисано принудно одузимање или ограничење права својине власника непокретности уз правичну новчану накнаду (не мању од тржишне вредности ствари) или натуралну реституцију и обештећење, спроведено у управном или судском поступку.⁵

Експропријација је, као један од ризика за страна улагања, предмет проучавања инвестиционог права. Како се ради о ограничењу права страних улагача једностраним актом државе, овом проблему је посвећена нарочита пажња.

Данас је формална експропријација имовине страних улагача ретка појава, не само због тога што се бројним споразумима и нормама

2 В.: Резолуција УН 1803 о сталном суверенитету над природним изворима из 1962. године (*UN General Assembly Resolution 1803 on Permanent Sovereignty over Natural Resources*), чл. I 4, чл. 3; Смернице Светске банке о третману страних директних инвестиција (*World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*), чл. 4; Предлог ОЕЦД-а о мултилатералном споразуму о инвестицијама из 1997. године – MAI (*OECD Multilateral Agreement on Investment*), чл. 2; Конвенција о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција из 1985. године (*Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)*), чл. 11.

3 В.: Драго Дивљак, „Једнострани акти државе и страна улагања“, *Правни животи*, бр. 11/2004, стр. 469–485.

4 В.: Rudolf Dolzer, Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1st edition, The Hague, 1995, стр. 49.

5 Лексикон грађанског права, Београд, 1996, стр. 151.

међународног права одређују строги и рестриктивни услови за њену примену, већ и због тога што државе у тежњи да привуку стране улагаче избегавају мере, попут отвореног преузимања стране имовине, којима свакако угрожавају своју репутацију међу инвеститорима.⁶

II Појам индиректне експропријације

У условима у којима је примена директне експропријације веома ограничена, а државе домаћини избегавају да је спроводе, индиректна експропријација је све чешћа појава.⁷ У типичним случајевима индиректне експропријације држава домаћин негира да спорне мере имају експропријаторни карактер и одбија исплату накнаде страном инвеститору.⁸

Индиректна или *de facto* експропријација се разликује од директне или формалне експропријације по томе што се не спроводи доношењем акта о експропријацији у законом предвиђеном поступку, већ на тај начин што држава домаћин предузима друге мере које инвеститора формално не лишавају права својине, али се по последицама које производе могу изједначити са формалном експропријацијом.⁹

Прецизан појам индиректне експропријације је тешко одредити. У теорији се још увек воде расправе, док се у арбитражним одлукама овај појам одређује према околностима конкретног случаја.¹⁰ Опште је прихваћен став да се мере којима се несумњиво угрожава страна имовина сматрају експропријацијом и да обавезују на исплату одговарајуће накнаде, чак и у случају када страни инвеститор формално остаје титулар права својине на предметној имовини.¹¹

Билатерални и мултилатерални споразуми о страним улагањима готово без изузетка садрже одредбе о индиректној експропријацији.¹² У

6 Д. Дивљак, „Једнострани акти државе и страна улагања“, стр. 475.

7 В.: Jan Paulsson, Zachary Douglas, „Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations“ у: Norbert Horn (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, стр. 145.

8 Rudolf Dolzer, „Indirect Expropriation of Alien Property“, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 1986, стр. 41.

9 В.: Anne Hoffmann, „Indirect Expropriation“, у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, стр. 151–170.

10 В.: Yves Fortier, Stephen Drymer, „Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor“, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, 2004, стр. 293.

11 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 93.

12 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

њима се индиректна експропријација одређује као мера којом се страни улагачи директно или индиректно лишвају имовине или као мера која има сличне ефекте, односно која производи слично дејство као експропријација.

За страног инвеститора нема суштинске разлике између ситуације у којој држава домаћин злоупотребом својих права преузме контролу над инвестицијом и ситуације у којој држава домаћин изричито изрази намеру да експроприше имовину.¹³ Стога, у погледу одговорности државе и њене обавезе да исплати одговарајућу накнаду, међународно право не прави разлику између директне и индиректне експропријације.¹⁴

Данас се у арбитражној пракси може наћи велики број случајева чији је предмет управо индиректна експропријација. Иако се индиректна експропријација може манифестовати на различите начине, у арбитражној пракси постоји јединствен став да у случају примене мера које имају дејство слично експропријацији, држава домаћин мора инвеститору исплатити накнаду.

Тако је у спору вођеним пред Међународним центром за решавање инвестиционих спорова (*ICSID*), због акта државе домаћина којим се укида статус слободне зоне у којој је пословао страни инвеститор, заузет јасан став да иако у конкретном случају није било формалног одузимања имовине, акт државе домаћина производи исте последице као и експропријација, због чега држава домаћин има обавезу да исплати накнаду.¹⁵ Према арбитражној одлуци укидање статуса слободне зоне принудило је инвеститора да обустави све пословне активности, чиме је он лишен могућности да управља својом инвестицијом и истовремено онемогућен у стицању профита, који би био остварен, да није донет акт о укидању слободне зоне. Стога се овај акт третира као мера која има ефекат попут мере одузимања или ограничења права својине.

У спору који се водио пред *ICSID* између *Middle East Cement Shipping* и Египта, поводом забране увоза у земљу домаћина, такође је утврђено постојање индиректне експропријације.¹⁶ Наиме, држава домаћин је донела акт о забрани увоза цемента на њену територију. Ова забрана је изазвала престанак пословања страног инвеститора, будући да се његова

13 B.: OECD, „Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law“, Working Papers on International Investment, 2004/4, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>.

14 Michael Reisman, Robert Sloane, „Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation“, *British Year Book of International Law*, 2003, стр. 115-121.

15 Goetz v. Burundi, Award, 10 February 1999, 15 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2000, стр. 457.

16 Middle East Cement Shipping v. Egypt, Award, 12. April 2002, 7 *ICSID Reports*, 2005, стр. 178.

делатност састојала у увозу, ускладиштењу и дистрибуцији цемента у Египту. У арбитражној одлуци је закључено да се мере које спроводи држава, а чији је ефекат онемогућавање инвеститора да употребљава или стиче приходе од своје инвестиције, чак и када формално остаје титулар права својине, сматрају индиректном експропријацијом, те да нужно доводе до обавезе накнаде штете.

1. Критеријуми за утврђивање постојања индиректне експропријације

Узимајући у обзир да је индиректна експропријација сложена појава, која се може манифестовати на различите начине, поставља се питање како се у конкретном случају може са сигурношћу утврдити њено постојање.¹⁷ Према ставовима у арбитражној пракси, као и према критеријумима који су установљени у правној теорији, може се закључити да су за препознавање индиректне експропријације од кључног значаја економски ефекат државне мере на инвестицију и постојање фактичке контроле над инвестицијом.¹⁸

На индиректну експропријацију може указати постојање следећих околности које су изазване мером државе домаћина:¹⁹

- да је државна мера таква да се може оценити као неправична,
- да су права инвеститора толико ограничена, да је доведен у исти положај као да је извршена експропријација,
- да је инвеститор фактички лишен својинско-правних овлашћења,
- да су права инвеститора постала практично бескорисна,
- да су уведена таква ограничења због којих се имовина може сматрати одузетом,

17 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

18 Goetz v. Burundi, Award, 10 February 1999, 15 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2000, стр. 457; Middle East Cement Shipping v. Egypt, Award, 12. April 2002, 7 *ICSID Reports*, 2005, стр. 178; Metalclad Corp. v. Mexico, Award, 30 August 2000, 5 *ICSID Reports*, стр. 209; CME v. Czech Republic, Partial Award, 13, Septembar 2001, 9 *ICSID Reports*, стр. 121; TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, 43 *International Legal Materials*, 2004, str. 133; RFCC v. Morocco, Award, 22 December 2003, 20 *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 2005, стр. 391; Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Eng. Of Iran, 6 *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 1984, стр. 219; Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction, 27. October 1989, 95 *International Law Review* 1995, стр. 184; Wena v. Egypt, Award on Merits, 8 December 2000, 41 *International Law Review*, 2002, стр. 896; Santa Elena v. Costa Rica, Award, 17 February 2000, 39 *International Legal Materials*, 2000, стр. 317.

19 Y. Fortier, S. Drymer, *нав. чланак*, стр. 293–305.

- да се у целини или у значајној мери онемогућава стицање реално очекиване економске користи од инвестиције,
- ако се ускрати било који облик искоришћавања инвестиције,
- ако реализација инвестиције више није прихватљива,
- да инвеститор није задржао контролу над инвестицијом,
- да држава домаћин утиче на пословање компаније (одређује цену производа, куповину сировина, именује менаџмент...).

У случају *CMS v. Argentina*²⁰ арбитри су утврдили да није било индиректне експропријације када је Аргентина једнострано укинула претходно договорену тарифу за транспорт гаса услед економске кризе. Америчка компанија *CMS* је као тужилац, између осталог, тврдила да је укидањем тарифе Аргентина извршила индиректну експропријацију. Ова тврдња није прихваћена, иако је утврђено да је предметна мера имала значајан ефекат на пословање тужиоца. Кључно питање које су разматрали арбитри је да ли је инвеститор онемогућен у управљању инвестицијом. Утврђено је да је инвеститор имао контролу над инвестицијом и да држава домаћин не управља његовим свакодневним пословним активностима. Стога инвеститор има сва стварно-правна овлашћења и пуну контролу над инвестицијом, те у конкретном случају не постоји индиректна експропријација.

У случају *Telenor v. Hungary*²¹ вођен је спор јер је уведен нови јавни приход, који се односио на све провајдере телекомуникационих услуга. Инвеститор, као тужилац, сматрао је да је тиме извршена индиректна експропријација. Арбитри су заузели став према којем је за постојање индиректне експропријације неопходно да утицај државне мере има такав интензитет који значајно утиче на вредност целокупне инвестиције. Према овој одлуци, повреда права мора у битној мери лишити инвеститора добити или могућности да управља инвестицијом да би се радило о индиректној експропријацији. Приликом утврђивања да ли се мера државе може сматрати индиректном експропријацијом, одлучујући фактори су интензитет и трајање ефеката такве мере. У конкретном случају, арбитри су сматрали да јавни приход који је додатно уведен нема довољан интензитет да би представљао индиректну експропријацију.²²

Данас је у арбитражној пракси начелно усвојен став да је пресудан критеријум за утврђивање постојања индиректне експропријације

20 *CMS v. Argentina*, Award, 12 May 2005, 44 *International Legal Materials*, 2005, стр. 1205.

21 *Telenor v. Hungary*, Award, 13. September 2006.

22 В.: J. Paulsson, Z. Douglas, *нав. чланак*, стр. 145.

утицај државне мере на могућност власника имовине да своју имовину користи и њоме располаже. Ефекат који државна мера проузрокује је најзначајнији, а према појединим ауторима и једини критеријум за препознавање индиректне експропријације. Овакав приступ је у теорији инвестиционог права познат као „*sole effect doctrine*“.²³

2. *Creeping expropriation*

Као што се до сада може закључити, за постојање индиректне експропријације потребно је да државна мера има такав интензитет и временско трајање да инвеститора у битној мери лишава добити од инвестиције или могућности да управља својом инвестицијом. Међутим, може се десити да држава донесе низ мера од којих појединачно ниједна по свом дејству нема експропријаторни карактер према поменутиим критеријумима, али које кумулативно имају такав ефекат на имовину страног улагача да се њихова експропријаторност не може оспорити.²⁴

Оваква појава се сматра посебном врстом индиректне експропријације и назива се *creeping expropriation*.²⁵ Битна карактеристика ове врсте експропријације је доношење већег броја државних мера којима се проузрокује штета инвеститору. То практично значи да индиректна експропријација може бити извршена одједном, доношењем једне државне мере или у фазама, доношењем већег броја мера.²⁶

У арбитражној пракси су познати бројни случајеви овог облика индиректне експропријације.²⁷ У арбитражној одлуци у спору *Generation Ukraine v. Ukraine*²⁸ је наведено да је *creeping* експропријација

23 А. Hoffmann, *нав. чланак*, стр. 156.

24 В.: М. Reisman, R. Sloane, *нав. чланак*, стр. 115–125; Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, стр. 293.

25 Термин *creeping expropriation* („тиха“, „шуњајућа“ експропријација) се понегде у литератури користи и као синоним за експропријацију. В.: R. Dolzer, C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 114; С. McLachlan, L. Shore, М. Weiniger, *нав. дело*, стр. 292–294; Предраг Цветковић, *Међународнојравна заштитна створаних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш, 2005, стр. 55.

26 На опасност од *creeping* експропријације указао је UNCTAD у: *Series on Issues in International Investment Agreement, Taking of Property*, 2000, доступно на адреси: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteitd15.en.pdf>.

27 Biloune v. Ghana, *International Law Review*, бр. 95/1994, стр. 184; TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, *International Legal Materials*, бр. 43/2004, стр. 133; Santa Elena v. Costa Rica, Award, 17 February 2000, *International Legal Materials*, бр. 39/2000, стр. 317.

28 Generation Ukraine v. Ukraine, Award, 16 September 2003, *International Legal Materials*, бр. 44/2005, стр. 404.

облик индиректне експропријације за коју је карактеристично да држава домаћин доноси серију аката у току извесног временског периода, који заједно проузрокују експропријаторни ефекат. Сваким новим актом држава додатно угрожава права инвеститора све до тренутка када су његова права у толикој мери ограничена, да се то сматра кршењем релевантних међународних стандарда заштите од експропријације.

У одлуци којом је окончан спор *Tradex v. Albania*²⁹ истакнут је значај кумулативног ефекта више државних мера. Изведен је закључак да ниједна појединачна мера државе домаћина на коју је упућивао тужилац, не може бити квалификована као експропријација, али када се узму у обзир све наведене мере и процене њихови ефекти у својој укупности, могло би се закључити да експропријација заиста постоји.

Поступак који је вођен у случају *Siemens v. Argentina*³⁰ настао је као последица доношења низа државних аката који су довели до одлагања и престанка пословне делатности инвеститора. У одлуци је наведено да се *creeping expropriation* односи на процес, који на крају има ефекат експропријације. Ако процес престане пре него што дође до настанка таквог ефекта, тада нема ни овог облика експропријације. У том случају не мора да значи да нема никаквих негативних ефеката. Иако неки акт може имати негативан ефекат, он сам по себи не мора представљати противправни акт. Међутим, доношење низа аката, од којих сваки у одређеној мери угрожава права инвеститора, представља својеврстан процес, који на крају по својим укупним ефектима свакако представља експропријацију.

На основу свега наведеног може се закључити да индиректна експропријација постоји у случају када држава онемогући инвеститора да управља својом инвестицијом или да стекне добит од ње, без обзира на то да ли такав ефекат настаје доношењем једног или више државних аката. Постојање индиректне експропријације се цени према свим околностима конкретне случаја. Сматра се да свака мера коју спроводи држава, а чији је ефекат онемогућавање инвеститора да употребљава или стиче приходе од своје инвестиције, чак и када он формално остаје титулар права својине, представља индиректну експропријацију.

Повреда права мора бити таква да у битној мери лишава инвеститора добити или могућности да управља инвестицијом. Приликом утврђивања да ли се мера државе може сматрати индиректном експропријацијом, одлучујући фактори су интензитет и трајање ефеката такве мере.

29 Tradex v. Albania, Award, 29 April 1999, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, бр. 14/1999, стр. 197.

30 Siemens v. Argentina, Award, 6 February 2007, наведено према: R. Dolzer, C. Schreuer, *нав. дело*, стр. 115.

Mag. Goran RAKIĆ
Assistant Judge, Commercial Court, Zrenjanin

INDIRECT EXPROPRIATION

Summary

International law does not preclude host states from expropriating foreign investments provided certain conditions are met. These conditions are as follows: the taking of the investment for a public purpose, as provided by law, in a non-discriminatory manner and with compensation.

International law is clear that the seizure of legal title of property constitutes a compensable expropriation. Expropriation or deprivation of property could also occur through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of the benefits even where the property is not seized and the legal title to the property is not affected. The measures taken by the State which have a similar effect to expropriation are generally termed "indirect" or "de facto" expropriation.

Key words: *expropriation, indirect expropriation, foreign investments.*