

ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА

МАСТЕР СТУДИЈЕ: Међународно пословно
право
ПРАВО СТРАНИХ УЛАГАЊА

др Марко Јовановић, LL.M.

Београд, децембар 2014.

УВОД

- ◎ Историјски осврт на проблем ограничења и/или одузимања имовинских права страним улагачима
- ◎ Неопходност успостављања делотворних механизма заштите од недозвољене експропријације

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- Теоријски концепт: експропријација представља одузимање одређеног имовинског добра од његовог власника праћено плаћањем одговарајуће накнаде, како би се то добро искористило за остварење неког јавног циља
- Последица теоријског концепта: експропријација је међународно *дозвољена* радња, под условом да су испуњени захтеви за њену законитост

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Кључни проблеми у дефинисању појма експропријације:
 1. Дефинисање појма одузимања имовинског добра
 2. Дефинисање круга заштићених имовинских добара
 3. Одређивање одговарајуће накнаде за извршено одузимање

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Практичне тешкоће у дефинисању појма експропријације:
 1. мноштво различитих концепата (не)дозвољености одузимања имовинских права у националним правима;
 2. неусклађеност и неодређеност дефиниција садржаних у међународним инструментима заштите права страних улагача

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

○ Пример 1 - Споразум НАФТА:

Члан 1110(1): Ниједна Страна-уговорница неће директно или индиректно национализовати или експроприсати улагање улагача из друге Стране-уговорнице на својој територији, нити предузети меру која има исто дејство као национализација или експропријација, осим уколико је то учињено:

1. У јавне сврхе;
2. На недискриминаторној основи;
3. У законитом поступку (due process) и у складу са чланом 1105(1), и
4. Уз плаћање накнаде у складу са ставовима 2-6.

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- Пример 2 - Нацрт Мултилатералног споразума о улагањима

Страна-уговорница неће на својој територији експроприсати или национализовати директно ни индиректно улагање улагача из друге Стране-уговорнице, нити ће предузимати меру или мере које имају исто дејство, осим уколико:

1. Служе сврси која је у јавном интересу;
2. Предузимају се на недискриминаторној основи;
3. У складу са законитим поступком, и које су
4. Праћене исплатом брзе, адекватне и ефективне накнаде.

ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ПОЈМА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- Дефинисање експропријације у двостраним споразумима о заштити и подстицању страних улагања који обавезују Републику Србију
- Карактеристични примери: споразуми са Шведском, Белгијско-луксембуршком унијом, Кином, Ираном, Малтом, Румунијом

ФАКТОРИ УЈЕДНАЧАВАЊА РАЗЛИЧИТИХ ДЕФИНИЦИЈА

- Пракса форума за решавање улагачких спорова (Стални суд међународне правде, Међународни суд правде, арбитраже према Споразуму NAFTA, ICSID арбитраже, Трибунал за иранско-америчка потраживања,...)
- Схватање права на уживање имовине као људског права (Универзална декларација о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода)

УСЛОВИ ЗА ДОЗВОЉЕНОСТ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

1. Постојање јавног интереса (по правилу се а priori узима да је овај услов задовољен јер је већински став праксе да мотиви државног одузимања имовине не могу да буду оспоравани од појединаца, али има и супротних примера - ADC v. Hungary)
2. Исплата брзе, адекватне и ефективне накнаде
3. Одузимање не сме да буде учињено на дискриминаторан или арбитреран начин (експропријација неће бити дозвољена када не постоје оправдани разлози за различито поступање према различитим категоријама улагача)
4. Законит поступак (due process)

МЕЂУДЕЈСТВО МЕЂУНАРОДНОГ И УНУТРАШЊЕГ ПРАВА

- Питање квалификације дозвољености експропријације као међународно недозвољеног дела меродавно је међународно право
- Члан 3 Правила о одговорности државе за међународно недозвољена дела: “За квалификовање радње државе као међународно недозвољене меродавно је међународно право. Квалификација радње према унутрашњем праву без дејства је на квалификацију те исте радње према међународном праву”
- АЛИ, за постојање самог имовинског права које је предмет експропријације меродавно је унутрашње право! Пример: *EnCana v. Ecuador*

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ⦿ Директна и индиректна експропријација
- ⦿ Критеријум поделе: да ли је заштићено имовинско право страног улагача формално одузето од улагача и пренето на новог титулара или не
- ⦿ Мере могу да буду усмерене ка конкретном улагачу или да погађају целу грану привредне делатности (принудно подржављење банака и осигуравајућих друштава у Ирану 1979. године)

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Директна експропријација: присилно одузимање ствари или права од страног улагача које чини држава управним или законским мерама (Тестед v. Мехико)
- ◎ Некада доминантан облик експропријације, данас се јавља спорадично (нпр. Funnekotter v. Zimbabwe)

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Кључни проблем: када ће се сматрати да је држава одлузела заштићено имовинско право?
- ◎ Одговор: правила о приписивости
 1. Структурални тест (приписивост радњи државних органа држави)
 2. Функционални тест (приписивост радњи лица које је од државе овлашћено да делује у јавноправном својству)
 3. Тест постојања државне контроле (приписивост радњи лица која делују под контролом и по упутствима државе)

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- Индиректна експропријација: држава предузима радње које нису директно усмерене ка страном улагању али за последицу имају ефективан губитак могућности управљања, коришћења или контроле предмета улагања, или доводе до значајног губитка вредности страног улагања
- Карактеристични концепти индиректне експропријације: неразумно мешање у улагачка права, спречавање улагача да ужива своја права, суштинско лишавање улагача његових права

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

⊙ Може ли до индиректне експропријације да дође нечињењем?

“Да би дошло до експропријације, мора да постоји радња која се разумно може сматрати подобном да произведе дејство лишавања оштећене стране њених имовинских права, тако да онај ко је извео експропријацију директно или индиректно стиче контролу или бар ужива плодове експроприсане имовине. Експропријација зато захтева постојање циљане радње. Нечињење, колико год озбиљно било, није довољно” (Eudoro Armando Olguin v. Paraguay)

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Потребни степен мешања у улагачка права да би се сматрало да је дошло до индиректне експропријације: значајно / суштинско мешање у заштићена улагачка права (по економској вредности и по трајању)
- ◎ Новији приступ: узимање у обзир намере

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ **Случајеви индиректне експропријације из праксе форума за решавање улагачких спорова:**
 - Принудно наметање менаџера у компанији која је предмет улагања
 - Непредвидљиво и прекомерно опорезивање страног улагача или његовог подухвата у мери која значајно умањује вредност улагања или га у потпуности обесмишљава
 - Протеривање улагача или његовог особља из државе пријемнице улагања или њихово онемогућавање да у државу уђу
 - Стваљање подручја на коме се налази предмет улагања под посебан правни режим чиме се сужавају улагачева права управљања и располагања предметом улагања
 - Забрана увоза сировина које улагач користи за свој пословни подухват

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Потпуна и делимична експропријација
- ◎ Критеријум поделе: домашај експропријације
- ◎ Карактеристични случајеви: Middle East Cement v. Egypt, Grand River v. USA

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ⊙ Моментална и “пузећа” експорпријација
- ⊙ Критеријум поделе: временска димензија
- ⊙ Појам пузеће експропријације: низ сукцесивних радњи државе где је појединачна вредност сваког експроприсаног добра занемарљива, али је кумулативна вредност свих експроприсаних добара значајна

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- Услови чију је испуњеност потребно доказати да би захтев за накнаду штете услед незаконите пузеће експорпријације био успешан:
 1. Постојање сложене експропријаторне радње
 2. Приписивост те радње држави
 3. Узрочна веза између сложене радње и штете која је њома наступила
 4. Суштинско лишавање улагача његовог заштићеног имовинског права

ВРСТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

- ◎ Експропријација ствари и експропријација права
- ◎ Критеријум поделе: предмет експропријације
- ◎ Практичан проблем: разликовање експропријације имовинских права од неиспуњења обавеза из комерцијалних уговора државе са страним улагачем

ЗАКЉУЧАК: МЕТОДОЛОГИЈА УТВРЂИВАЊА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

1. Да ли је улагач лишен права коришћења свог улагања у значајној мери током дужег временског периода, имајући у виду његова разумна очекивања добити у пословању?
2. Да ли се радња којом је улагач лишен права може приписати држави?
3. Каква је природа радње којом је улагач лишен права?
4. Да ли су испуњени услови за дозвољеност експропријације?
5. Да ли постоји сличност са неким ранијим предметом из праксе форума за решавање улагачких спорова који се тицао недозвољене експропријације?