

*Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

ПРИМЕНА НАЦИОНАЛНОГ ТРЕТМАНА У ПРАВУ СТРАНИХ УЛАГАЊА СРБИЈЕ¹

Сажетак: Предмет истраживања у раду је национални третман страних улагача у праву Србије, преважно садржај, поље и домашај његове примене, укључујући и систем изузетака а све у компаративном контексту.

У новом инвестиционом законодавству Србије је предвиђена примена националног третмана, на широкој и прецизније регулисаној основи и у оквиру међународних компаративних стандарда, укључујући и систем изузетака. Недостатак новог законодавства је што што изменила њихово регулисање из инвестиционог законодавства у специјалне законе, што умањује ефективну транспарентност и моћност лакшег сналажења страних улагача. Ипак, видљиво је да је у овој области наша земља успела да се приближи свом концепцијском циљу, да ипак своје интересе, на рационалној основи успостави систем заштите страних улагача, уз задржавање подстицајног правног окружења за њихове инвестиције.

Кључне речи: национални третман, страни улагач, билатерални инвестициони уговори, правно регулисање, поље примене, систем изузетака

У модерно доба експанзиван привредни развој скоро да није замислив без прилива страног капитала, посебно у земљама у развоју. Саставни део овог процеса је либерализација правног режима међународних инвестиција. У том контексту је од суштинске важности принцип националног третмана, који заједно са другим стандардним третманима, утврђује правни статус страних инвестиција у земљи њиховог пријема.

¹ Рад је настао као резултат истраживања на пројекту: »Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)«, који се реализује на Правном факултету у Новом Саду .

Национални третман, као традиционални принцип међународне трговине² и инвестиција³ је уједно један од најшире прихваћених и најважнијих правних стандарда у третману међународних инвестиција. Истовремено то је важан фактор при одлучивању улагача о инвестицији и вредновању инвестиције.⁴ Са аспекта земље домаћина инвестиције, он може бити важан инструмент у погледу стимулација страних лица да послују на домаћем тржишту, што је и за нашу земљу од посебног значаја.

Сви наведени елементи који илуструју значај овог третмана, говоре у прилог разматрања овог принципа у раду који следи. У њему ћемо анализирати приступ његовој правној регулативи, садржају и домаћају његове примене, укључујући и систем изузетака у праву Србије, а све у компаративном контексту.

1. Правна регулатива

Не постоји принцип обичајног међународног права којим се безусловно признаје право страних улагача на третман националног третмана.⁵ Из тог разлога, он је морао бити формално предвиђен, како националном, тако наднационалном правном регулативом. Иако није био првом плану после Другог светског рата,⁶ у модерно доба, напором земаља извозница, али земаља домаћина, као и мултилатералних напора, створен је основни супстрат концепта националног третмана

Земље појединачно могу на различите начине приступити овом проблему.⁷ У најмању руку, остваривање недискриминације по основу нацио-

² О националном третману у међународној трговини: Horn, H., Mavroidis, P.C., "Still hazy after all these years: the interpretation of national treatment in the GATT/WTO case-law on tax discrimination." *European Journal of International Law* 15.1 (2004); Słok-Wódkowska, M., Czarny, E., *National Treatment Rules in the EU Regional Trade Agreements*, ETSG, 2013; Дивљак, Д., Национални третман у међународној трговини - домаће право и међународни стандарди, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, vol. 48, бр. 3.

³ Концепт националног третмана је прво развијен у Латинској Америци и то као одговор Латинске Америке на страну експлоатацију природних ресурса у региону. Он је првобитно био усмерен да буде правни основ за борбу од непримерног страног утицаја на домаћу економију- На том трагу, Andean Common Market (ANCOM) је забранио давање већих права страним инвеститорима од домаћих.

⁴ Zhou, J., *National Treatment in Foreign Investment Law: A Comparative Study from a Chinese Perspective*, *Touro Int'l L. Rev.* 10 (2000): 39., стр. 82-83.

⁵ Gudgeon, K. S., *United States Bilateral Investment Treaties: Comments On Their Origin, Purposes, And General Treatment Standards*, *Int'l Tax & Bus. Law* 4 (1986): , стр. 117.

⁶ Преговори у вези са страним директним инвестицијама сада су битан део међународних трговинских преговара, али то није увек било тако. Раније су првом плану била питања експропријације, "нови међународни економски поредак " или статус мултинационалних корпорација.

⁷ Велики број могућих правних третмана се може применити на страна улагања и она се крећу од потпуне либерализација за домаће и стране инвеститоре до минималног стандарда за стране улагаче.

налног статуса омогућава улагачу да функционише у равноправној конкуренцији са домаћим улагачима. Стога је овај третман у најбољем интересу инвеститора, а последично томе свакако и у интересу земље из које они потичу, дакле у интересу земље извозника капитала. За земље увознице капитала ово питање је комплексније. Постоји оправдана бојазан да оне на тај начин умањују своју способност да заштите своје домаће економске и друге интересе. Из тог разлога, неке земље, посебно оне у развоју, су традиционално имале резерве према инкорпорацији овог правног института у свој правни систем. Међутим, дугорочно посматрано, конципирање националног третмана је свакако у интересу тих земаља, посебно ако желе да стимулишу страна улагања у циљу убрзанијег привредног развоја. Из наведеног тог разлога, земље појединачно, постепено инкорпорирају овај третман у своје национално законодавство.

Тако је поступљено и у нашем праву. Овај принцип је био предвиђен Законом о страним улагањима из 2002. године,⁸ али и постојећим Законом о улагањима из 2015. године. У првом наведеном закону, у делу који се односи на права улагача, утврђује се његово важења, како за улагача, тако и за предузеће са страним улогом.⁹

Ново национално законодавство о улагањима већ у уводним одредбама дефинише као циљ између осталог и изједначавање третмана домаћих и страних улагача. У погледу регулисања самог третмана, у новом законодавству је оно нешто шире и прецизније постављено. Осим овог начелног права, дефинишу се права улагача у вези стицања права својине својине, службености, залог и других стварна права на покретним стварима и непокретностима.¹⁰

Због различитог националног приступа овом питању, морало се процесу стварања међународно прихватљивих правила о овом питању. Тиме се истовремено сужавају могућности самосталног регулаторног приступа појединачних земаља.

Велики значај у процесу проширења праксе примене овог третмана је у међународној трговини, као и у уједначавању правне регулативе на наднационалном плану дали су међудржавни уговори о заштити страних инвестиција,¹¹ нарочито због своје распрострањености.¹²

⁸ Закон о страним улагањима, Сл. лист СРЈ, бр. 3/2002 и 5/2003 Сл. гласник РС, бр. 107/2014.

⁹ У чл. 8. се наводи да страни улагач у погледу свог улога ужива једнак положај, права и обавезе као и домаћа физичка и правна лица, уколико овим законом није друкчије предвиђено. Предузеће са страним улогом ужива једнак правни положај и послује под једнаким условима и на једнак начин као и југословенска предузећа без страног улога.

¹⁰ Чл. 7. Закона о улагањима из 2015. године.

¹¹ У САД су ови споразуми комерцијалне су генерички познати као уговори о пријатељству. Упореди: Gudgeon, K. S., op.cit. стр. 107. Код нас као уговори узајамном подстицању и заштити улагања

Они се генерално креирају да подстакну нове инвестиције повећањем степена сигурности страних улагача. У том циљу они се редовно реферишу на национални третман за директне и индиректне инвестиције, чиме се великој мери смањује неодређеност и могућност неспоразума у датој области. Потврду његовог значаја налазимо у типским моделима оваквих уговора који служе као инструктивна подлога за билатералне преговоре дате земље и трећих земаља.

И за нашу земљу наведени међудржавни споразуми несумњиво имају велики практични значај у овој области. У циљу подстицања страних улагања, Србија је закључила већи број уговора таквих споразума, који по правилу, у себи садрже обавезу поштовања принципа националног третмана,¹³ у релативно стандардизованом облику. Слично компаративним искуствима, израђен је и нацрт типског модела Споразума о узајамном подстицању и заштити улагања.¹⁴ Сходно нашој позицији земље пријема страних улагања, наша полазни став је другачији у односу на земље извознице капитала. Док оне у основи имају за циљ да обезбеде механизме за заштиту својих улагача у трећим земљама од нелојалне конкуренције или дискриминаторног поступања, дотле је наша земља преваходно заинтересована да штитећи своје интересе, на рационалној основи успостави систем заштите страним улагачима, уз задржавање начелног подстицајног правног окружења за њихове инвестиције.

Нашој регулаторној пракси од користи могу бити искуства и стандарди у области националног третмана на регионалном и глобалном нову, који су настали као израз потребе за либерализацијом међународних инвестиција.¹⁵ На регионалном плану, овом питању је посвећена посебна пажња у оквиру NAFTA-е,¹⁶ док се у Европској унији основа његове примене налази у општој забрани дискриминације.

¹² Временом су се они све мање ограничавали на уговоре између развијених и неразвијених земаља. Gudgeon, K. S., *op.cit.* стр. 129.

¹³ Упореди: Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Аустријом 2001. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Данском 2009. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Италијом 2000. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Кином 1995. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Русијом 1995. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Холандијом 2002. године, Споразум о подстицању инвестиција са САД 2001. године, Споразум о подстицању и узајамној заштити улагања са Словенијом 2002. године, Споразум о подстицању и узајамној заштити улагања са Шанијом 2002. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Швајцарском 2005. године, Споразум о узајамном подстицању и заштити улагања са Великом Британијом из 2001. године.

¹⁴ <http://mtt.gov.rs/download/novi%20tipski%20SRB.pdf>

¹⁵ Wallace Jr, D., Bailey, D.B., *Inevitability of National Treatment of Foreign Direct Investment with Increasingly Few and Narrow Exceptions*, *The "Cornell Int'l LJ 31* (1998): стр. 616.

¹⁶ Par. 1102 NAFTA-е.

На глобалном плану, поред ОЕЦД са креирањем нацрта Међународног мултилатералног споразума о инвестицијама (МАИ),¹⁷ посебно се издваја нормативна активност Светске трговинске организације и њен продукт Споразум о трговинским аспектима страних инвестиција-Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs).

Он је означио суштински искорак у односу на приступ ГАТТ-а,¹⁸ без обзира што су поједини случајеви из праксе и то време указивали на магловито кретање према инкорпорацији националног третмана у међународни трговински систем.¹⁹ У споразуму се осим утврђивања важења национално третмана,²⁰ у његовом Анексу, наводи и илустративна листа недозвољеног понашања држава чланица СТО у овој области. То су обавезе куповине или коришћење од стране компаније страног инвеститора робе домаћег порекла или из домаћег извора, као и везивање увоза за извоз, у обиму или у вредности извоза.²¹ Без обзира на своју парцијалност у регулацији, наведени споразум је постао важан инструмент у решавању спорова у овој области.²²

С обзиром да наша земља није чланица СТО, оваква стипулација националног третмана за нашу није обавезна, Међутим, с обзиром да смо у процесу приступања овој међународној организацији, наведени споразум има потенцијално већи практичан значај. У том случају, од тих обавеза ћемо се моћи ослободити само путем примене дозвољених изузетака, предвиђених у пар. XX и XXI ГАТТ-а из 1994. године.

2. Правна садржина третмана

Национални третман регулише третман страних инвестиција и инвеститора у контексту његовог националног статуса,²³ односно утврђује забрану дискриминације страних улагача у односу на домаће инвеститоре.²⁴

¹⁷ Он није усвојен, због бројних критика стручног и политичког карактера.

¹⁸ ГАТТ није био усмерен према кретању страних инвестиција, већ либерализацији кретања роба, те стога није ни могао штитити интересе страних улагача.

¹⁹ Vidi: GATT Panel Report on the U.S.-Canada Dispute on the Administration of Canada's Foreign Investment Review Act (Canada Act); Wallace Jr, D., Bailey, D.B., op.cit. стр. 620.

²⁰ У њему се, у делу који се односи на национални третман, у пар. 2 став 1 наводи да ни једна држава неће предузети било коју меру која није у складу са пар. 3 и 9 Општег споразума о царинама и трговини.

²¹ Пар. 111(4): (1) Анекса Споразума о трговинским аспектима страних инвестиција.

²² Упореди: Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry из 1998. године.

²³ Некад се то једноставно исказује као "национална дискриминација." Ortino, F., From 'non-discrimination' to 'reasonableness': A Paradigm Shift in International Economic Law?, NYU School of Law, 2005, стр.9.

²⁴ Wallace Jr, D., Bailey, D.B., op.cit. стр. 619.

По тој својој усмерености он је најуже повезан са принципом најповлашћеније нације²⁵, али логична је његова блиска веза и са другим принципима међународних инвестиција, са којима заједно утемељује кохерентан систем заштите интереса инвеститора.²⁶ Истовремено, та повезаност са принципом највећег повлашћења долази до изражаја и тако што је начело најповлашћеније нације може делотворан правни основ за проширење примене принципа националног третмана, уколико се та могућност унапред не искључи.²⁷

Слично третману најповлашћеније нације и национални третман је продукт компарације, чија садржина се добија упоређивањем третмана страних и домаћих улагача.²⁸

Као и сваки стандард општег типа, његова садржина и правни домаћај зависи од финеса правне регулативе и њеног тумачења у судској и арбитражној пракси.²⁹ Највећи број спорова се управо односи на примену принципа националног третмана.³⁰ Најшире посматрано, она је детерминисана самим нормативним одређењем, пољем његове примене укључујући и систем изузетака, као начином или методом за утврђивање његове повреде.

Концептуални приступ у дефинисању националног третмана страних улагања у битном дефинише начелну границу његово примене а тиме и домаћај. Он у пракси није унисон, што има битне реперкусије у наведеном погледу. Хипотетички он може подразумевати забрану давања већих права страним инвеститорима у односу на домаће, његово свођење на једнак третман или утврђење да страни улагач не може имати лошији третман у односу на домаће улагаче. Њиховим компарирањем видљиво је да прва два приступа, иако различитим техникама, не дозвољавају да се забрана дискриминације страних улагача фактички претвори дискриминацију домаћих улагача.

У нашем праву је прихваћен концепт једнаког третмана и то како у ранијем тако и у садашњем важећем законодавству. Исти концепт је прихваћен је у пракси нашег билатералног инвестиционог уговарања, додуше

²⁵ Може се рећи да национални третман има специјални карактер у односу на третман најповлашћеније нације. Słok-Wódkowska, M., Czarny, E., *op.cit.* стр. 10

²⁶ Очигледан је и повезаност и са фер и правичним третманом. Шире: Dolzer, R., *Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties. The International Lawyer* (2005), стр. 87-106-

²⁷ Упореди Уговор о заштити инвестиција између Шведске и бивше Чехословачке где је та могућност изрчито искључена.

²⁸ Управо у овом сегменту, овај третман се и разликује од третмана најповлашћеније нације, иако су функционално исто усмерени.

²⁹ Упореди пар. 1110 ст. 2 NAFTA и случај *Apotex Inc. v. United States of America*.

³⁰ Опширније: Wallace Jr, D., Bailey, D.B., *op.cit.* стр. 615 i dalje.

у одређеној модификацији, слично као и у упоредном праву.³¹ Наиме, по важећим правним правилима, страни улагачи, у погледу свог улагања у свему уживају једнак положај и имају иста права и обавезе као и домаћи улагачи, ако овим или другим законом није другачије уређено.

На основу наведеног, максимум који страни инвеститори могу формално остварити у праву Србије био би само равноправност са домаћим инвеститорима и ништа више од тога. Међутим, у нашој земљи, једно време је овај приступ био битно нарушен у корист страних улагача. Наиме, по основу подзаконских прописа успостављен је систем подстицаја за искључиво стране улагаче. На тај начин, бар у домену подстицаја страни улагачи су добили привилегован третман, а сам принцип једнаког третмана остао у сфери декларације. Међутим, нова подзаконска решења у погледу стимулација улагања, изједначавају третман страних и домаћих улагача и по том основу, чиме је стање враћено у регуларне правне токове.³²

На овај начин, ми смо се једно време фактички приближили трећем приступу, према којем страни улагачи не могу имати мање повољан третман од третмана домаћих инвеститора, а који је прихваћен у NAFTA-и³³ и Мултилатералном споразуму о инвестицијама,³⁴ као и типичним варијантама билатералних уговора о инвестицијама.³⁵ Сагласно свом нормативном одређењу, овај приступ ипак оставља и нормативну могућност да страни улагач оствари привилегован третман у односу на домаће. Стога је разумљиво да су предлози да се овако дефинисан национални третман замени "истим" или "упоредивим" третманом, оспорени управо из разлога што би они ослабили ниво заштите страних улагача.³⁶

Као компаративна правна категорија, национални третман подразумева поређење између третмана страног инвеститора и инвестиције и третман домаћег инвеститора и инвестиције, односно релевантност њихове

³¹ У Споразуму између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања из 2013. године, у чл 4, се национални третман стимулише третман који је једнако повољан као третман који се обезбеђује улагањима сопствених улагача.

³² Упореди Уредба о условима и начину привлачења директних инвестиција, Сл.гласник РС бр. 28/2015

³³ Види пар. 1102 NAFTA-а.

³⁴ Исти ефекат има и нешто другачија формулација да је то третман који се даје и домаћим инвеститорима, као што је то учињено у САД. Упореди и пар. 1. Мултилатералног споразума о инвестицијама,

³⁵ Шире: Dañino, R. "Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda." *Transnational Dispute Management (TDM)* 3.2 (2006).

³⁶ *Multilateral Agreement on Investment: Consolidated Text and Commentary*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998., стр. 10.

конкуренције.³⁷ На овај начина ово поређење је од кључног значаја за утврђивање повреде националних третмана, односно постојања дискриминације по основу националности инвеститора.³⁸ У том оквиру нема спорења да се пореди не само регулаторни приступ везан за регулисање статуса страних улагача, већ и фактичко поступање државних органа, без обзира да ли се то изричито утврђује.³⁹

У праву Србије, не постоји ближа одређења у погледу предмета и метода упоређења, односно предмета упоређења. У том погледу не постоји компатибилност са решењима која постоје у упоредном праву и на међународном нивоу у постављању и нормативном регулисању ове проблематике, која ни сама нису потпуно униформна. Дуже време правила о поредбениости су захтевала компарирање положаја страних улагача са домаћим који се налазе у истој или сличној ситуацији. У последње време овај захтев све више уступа место захтеву сличне ситуације или околности, тако да се сматра да постоји повреда националног третман страних улагача, уколико су она дискриминисана у односу на домаће улагаче који се налазе у сличној ситуацији или околностима. Таква пракса је исказана у правилима НАФТА-а⁴⁰ и Међународног споразума о инвестицијама, Иако је промене формулација, сматра се да ова промена у нијансирању не доводи до другачијег тумачења суштине саме клаузуле.⁴¹

Непостојање посебних поредбених захтева у нашем праву не оцењујемо као посебан недостатак. јер се и иначе у стручним расправама доводи у питање и оправданост и смисао изричитог утврђивања наведених поредбених захтева. Наиме, постоје мишљења која су дошла до изражаја приликом дефинисања Мултилатералног споразума о инвестицијама, али у судској пракси, да су у они непотребни, јер имплицитно логички произлази из природе и садржине правила о националном третману,⁴² с чиме се и ми слажемо. У том контексту се изричито захтеви као ”сличност ситуације или околности” понекад третирају и као подлога за различите врста злоупотреба у његовом тумачењу. У сваком случају, судска и арбитражна⁴³ пракса ће у овом погледу мати последњу реч. Јасно је стога да ће се и у нашем праву, као и у упоредном, ови поредбени захтеви трансформисати

³⁷ Vandevelde, K. J., *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*. Oxford University Press, 2010., стр. 45,

³⁸ Wallace Jr, D., Bailey, D.B., *op.cit.* стр. 617.

³⁹ То је изричито учињено у Илустративној листи Анекса Споразум о трговинским аспектима страних инвестиција.

⁴⁰ У НАФТА-у се у пар. 1120 прецизира овај третман.

⁴¹ Dolzer, R., *op.cit.* стр. 87.

⁴² Gudgeon, K. S., *op.cit.* стр. 122.

⁴³ Упреди: *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1,

у практични захтев да страни инвеститори послују у истим или сличним делатностима.⁴⁴ При томе се чему се тежи флексибилном, мање стриктном тумачењу упоредивости, па услов сличне делатности, у одређеним случајевима може бити замењен и условом пословања у истој привредној грани.

Независно од постојања експлицитног захтева, увек је нужно обезбедити да се дато поређење заснива на релевантним околностима. Тај тест није унапред задат стандард већ мора у себи укључити све околности случаја. У том специфичном контексту, треба да се обезбеди разумна упоредивост њиховог третмана у датим околностима тј. ситуацији.⁴⁵

Генерално гледано, не постоји посебне контроверзе у идентификовању тог третману у слободној тржишној економији.⁴⁶ Ситуација постаје сложенија када инвеститори из таквих земаља затраже национални третман у земљама са мешовитом привредом⁴⁷ и са значајнијим учешћем државних предузећа на тржишту.

У таквим земљама домаћини инвестиција често тврде да државна или јавна предузећа служе јединственим циљевима економске политике које оправдавају њихов повлашћен третман. Општа формулација у нашем праву о једнакости положаја страних и домаћих улагача не омогућава такав повлашћен статус јавних предузећа. Посебно стога што они у конкуренцији са компанијама са домаћим пореклом капитала имају исти третман на тржишту.

У упоредном праву се у оваквим ситуацијама преферира употреба поредбеног услова који се заснива на “сличним ситуацијама”, уместо оног који се односи на “сличне околности,” за који се сматра да би могли бити подлога за другачији третман јавних компанија. Да би се искључила неодређеност у том смислу, међудржавној уговорној инвестиционој пракси конзистентно се промовише формална једнакост страних инвеститора са државним предузећима, што посебно важи за САД.⁴⁸ То се често реализује и изричитим нормирањем да се национални третман односи на све компаније, укључујући и државне.⁴⁹

3. Поље примене

Најшире посматрано, поље примене националног третмана страних инвеститоре обухвата три сегмента: пријем инвестиције, реализацију инве-

⁴⁴ Zhou, J., *op.cit.* стр. 83.

⁴⁵ Gudgeon, K. S., *op.cit.* стр. 123.

⁴⁶ Zhou, J., *op.cit.* стр. 114.

⁴⁷ Типичан представник је Кина. Zhou, J., *op.cit.* стр. 115.

⁴⁸ Gudgeon, K. S., *op.cit.* стр. 123.

⁴⁹ Gudgeon, K. S., *op.cit.* стр. 122.

стиција, и коришћење правних средстава.⁵⁰ У погледу саме конкретне садржине поља примене не постоји опште прихваћени модел понашања у упоредном праву.⁵¹ Ова неуједначеност се посебно исказала у међународном преговарању у оквиру ОЕЦД о МАИ,⁵² као и у пракси закључивања двостраних инвестиционих уговора.

Поље примене принципа националног третмана се може утврдити на више начина. То је могуће учинити једном општом формулацијом или навођењем листе области или активности на које се принцип децидно примењује. У првом случају се ради о отвореном, а у другом случају затвореном систему. Поставља се питање вредновања затвореног или отвореног система дефинисања поља примена принципа националног третмана, при чему сваки од њих има свој предности и недостатке.

У нашем праву је то учињено формулацијом, по којој страни улагачи „у свему уживају једнак положај и имају иста права и обавезе као и домаћи улагачишто указује на најшире могуће поље примене.“⁵³ Правила до скоро важећег Закона о страним улагањима је то поље примене националног третмана лимитирала тако што га је везивала за улог улагача и компанију са страним улогом.⁵⁴ Међутим, приликом закључења билатералних уговора се прихвата затворени систем, којим се прецизира да се режим националног третмана односи на куповину, развој, управљање, одржавање, коришћење, експанзију, продају или другог отуђења њихових улагања.⁵⁵

Начелно, на сличан начин се пољу примене пришло и у НАФТА-и. У овом споразуму се детаљније наводе све инвестиционе активности на које се примењује национални третман. Тако се овај третман се пре свега односи на оснивање компанија, аквизицију, њихово проширење, управљање, вођење, рад, као и продају или друго располагања инвестицијама.⁵⁶ Овакав свеобухватан приступ је имао претензију да покрије све активности инвеститора и њихових улагања пре и после инвестирања.

Принцип националног третмана никако не забрањује апсолутно све разлике у правном третману инвестиција и инвеститора. Такав захтев би

⁵⁰ Национални третман у погледу коришћења правних средстава који се дају страним инвеститорима укључују системе решавања спорова у домаћем правном систему, као и процедуре и накнаде за експропријацију. Zhou, J., op.cit. стр. 113.

⁵¹ Важно је истаћи да се национални третман у Кини односи само на активности након оснивања компаније са страним улагањем. Zhou, J., op.cit. стр. 121.

⁵² Multilateral Agreement on Investment: Consolidated Text and Commentary, стр. 10

⁵³ 7 ст. 1. Закона о улагањима из 2015. године.

⁵⁴ Чл. 8. Закона о страним улагањима из 2002. године.

⁵⁵ Чл 4. ст. 4. Споразума између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања из 2013. године.

⁵⁶ Par. 1102 NAFTA-e.

обесмислио и легитимне регулаторне захтеве државе за уређењем области инвестирања. Исто тако увек постоје интереси државе који оправдавају ограничење у примени националног третмана. То посебно у околностима када инсистирање на овом третману значи игнорисање проблема "економске асиметрије", што може омогућити компанији страног улагача да битно успори развој економски слабије "домаће" компаније. Из тог разлога, земље националним законодавством или билатералним уговорима задржавају контролу над страним инвестицијама у одређеном степену, не препуштајућу област страних улагања апсолутној либерализацији.

Легитимни интереси државе се идентификују и нормализују путем система изузетака од националног третмана. Начин у којима ови изузеци регулисани јесте суштинско питање у стимулисању важења принципа националног третмана.⁵⁷ Сагласно значају и импликацијама, регулаторни приступ овом питању захтева специфичан и избалансиран приступ. Он одражава сукоб између жеље за сигурношћу у третману страних улагања и легитимних интереса државе у овој области. При том је најважније постићи оптимални компромис између ових супротстављених интереса. То је свакако важно за земље као што је Србија, које теже да буду стимулативне за страна улагања, а да ипак остваре и своје друге јавне интересе.

Исто тако, у овој области је битно да се да се постигне висок степен прецизности као и стабилности у дефинисању корпуса изузетака, уз незаобилазну транспарентност⁵⁸ Такав учинак се не може постићи коришћењем формулација, којима би се национални третман довео у корелацију са неодређеном синтагмом о "важећим законима и прописима".⁵⁹ Тако нешто би извесно довело до неизвесности у погледу третмана инвестиције и омогућило непредвидиву контролу државе над њеном реализацијом.⁶⁰ Нужно је постојање и начелне забране важења ретроактивности у овој области, при чему свако одступање од тог начела мора бити минимално, уз захтеве обавештавања и консултацију заинтересованих страна, посебно кад се ради у билатералним инвестиционим уговорима.

Упоредно посматрано, садржина ових мера није усаглашена, као ни њихово дејство. Из тог разлога, ова материја је и предмет сложеног међународног преговарања. Тенденција у том погледу да се они све више сужавају и свде на минимум, уз задржавање нужног нивоа флексибилности.⁶¹

⁵⁷ Gudgeon, K. S., op.cit. стр. 119.

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Таква пракса је често присутна у пракси билатералних инвестиционих уговора Русије. Упореди такве уговоре са Јапаном (чл. 5) Канадом (чл. 4, ст.3).

⁶⁰ Gudgeon, K. S., op.cit. стр. 122.

⁶¹ Wallace Jr, D., Bailey., D.B., op.cit. стр. 622-623.

а све то у циљу веће ефикасности националног третмана страних инвестиција и инвеститора.⁶²

У упоредном праву, међу општим изузецима од посебне од посебне важности су они везани за националну безбедност, културу или јавни ред. Традиционално међу општим изузецима су и безбедоносни интереси државе.⁶³ Међутим, овај изузетак, посебно широко схваћен, временом све више постаје анахронизам.⁶⁴ Тенденцијски, модерно доба подразумева смањење или сужавање поља његове примене, комбиновано са финим подешавањем правне регулативе. Исто тако, примена националног третмана нико не може бити основ спречавања држава да одржи јавни ред, те је тако овај изузетак незаобилазан у правном систему. То укључује примену кривичних закона једне земље, анти-терористичка мере и прописе везане за прање новца. Међутим, и ту је присутна тенденција сужавања његовог дејства, а у том погледу МАИ је илустративан.⁶⁵ Коначно, земље домаћини често забрањују страним инвеститорима да послује у секторима који су од посебног значаја за дату земљу, њен развој или националну безбедност, те је у том погледу скоро немогуће апсолутно остварити принцип националног третмана. У погледу ограничења, оне могу бити постављене у више нивоа. Осим потпуне забране инвестирања у одређене секторе, као највишег степена забране, могуће су и оне либералнијег карактера, као што је њихово подвргавање строгом третману или ограничења у погледу висине или обима власништва.

У нашем важећем инвестиционом праву нису позната ограничења или изузеци од примене националног третмана, чиме је формално учињен битан искорак у либерализацији, у односу на ранија законска решења. Ми с правом нисмо искористили систем изузетака да обезбедимо себи могућност да искључимо примену националног третмана, уколико би то подстакло економски развој земље, као што су то урадиле неке земље.⁶⁶ Такав приступ би повећао степен њихове правне сигурности, што би било контрапродуктивно по економске интересе земље.

Према ранијем Закону о страним улагањима из 1994. године, постојала су два правна основа за посебно третирање страних улагача, а тиме и за одступање од режима националног третмана. То су прво, забрањене зоне, тј.

⁶² У МАИ се исто то види као процес у три корака. Прво, подвргавање специфичних изузетака мерама либерализације. Друго, неусаглашене мере требају да се периодично преиспитују. И треће, путем даљих преговора, покушти трајно уклонити преостале изузетке из система примене принципа националног третмана.

⁶³ Пар. ВИ (1)И (2) Мултилатералног уговора о инвестицијама,

⁶⁴ Wallace Jr, D., Bailey, D.B., op.cit. стр.625.

⁶⁵ Multilateral Agreement on Investment: Consolidated Text and Commentary, стр. 10

⁶⁶ Тако нешто је урадила Нигерија.

подручја земље у којима је била забрањено страно улагање. Друго, то су биле специфичне привредне делатности које су сматране стратешки важне по земљу и којима страно улагање није било дозвољено. Оне су тада обухватале области производње и промета оружја, јавног информисања, система веза (телекомуникациони објекти међународног и магистралног значаја, мреже са интегрисаним услугама и сателитске телекомуникације.⁶⁷

Каснијим законом о страним улагањима из 2002. године задржана су оба правна основа за одступање од националног третмана, али је дошло до битног сужавања привредних делатности у којима су задржана ограничења по стране инвеституре. Она су тада остављене само за област производње оружја.

Непостојање ограничења у најновијем законодавству не значи да је апсолутно отклоњена та могућност. Наиме, ипак, се оставља могућност да се то учини датим или другим законом. Овакав приступ не оцењујемо добрим, јер је у овој области нужно не само обезбедити транспарентност у погледу статуса потенцијалних страних улагача већ и њихово лакше сналажење и коришћење односне правне регулативе. Како су различити облици одступања или изузетака врло битан фактор у његовом одређивању, оваквим приступом је учињен и корак назад у односу на раније законодавство које је директно утврдило изузетак од примене националног третмана, чиме се умањује промотивни карактер законодавства.

У контексту ове проблематике, у нашем праву посебну пажњу заслужују изузеци из области индустрије наоружања. До доношења Закона о улагањима из 2015. године ову област, у сегменту који се односи на страно улагање, је регулисао Закон о страним улагањима из 2002. године. Након његовог престанка, ту материју треба да преузме Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме, што његов нацрт и потврђује.

Према ранијем важећем Закону о страним улагањима из 2002. године, у области наоружања страни улагач није могао сам или са другим страним улагачем, основати предузеће, али му је било дозвољено основати предузеће са домаћим правним субјектом или улагати у већ постојеће предузете, али опет без права већинског учешћа у управљању тим предузећем.⁶⁸ У тим случајевима је тражена сагласност надлежног органа, при чему је он оцењивао квалитет, врсту и обим страног улагања. Ипак, надлежни орган није имао дискрециона овлашћења при одлучивању, већ је у случају одбијања давања сагласности морао дати образложење за своје поступање.

Одредбама нацрта Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме, уводи се значајана новина којом је омогућено је страном улагачу

⁶⁷ Чл. 7. Закона о страним улагањима из 1994. године.

⁶⁸ Чл. 19 ст. 1. и 2. Закона о страним улагањима из 2002. године.

да постане и већински власник капитала у привредном друштву које се бави том делатношћу, чиме се отклања споменута законска сметња у погледу учешћа страног капитала у управљању друштвом. На овај начин је начињен битан искорак у проширењу важења принципа националног третмана у овој специфичној привредној грани.

Међутим и даље није дошло да апсолутне либерализације у овој области. Изузетак је и даље задржан код произвођача наоружања и војне опреме који припадају групацији Одбрамбена индустрија. Битно је прецизирати да тој групацији припада произвођач наоружања и војне опреме, чији је већински основни капитал припада држави. Код тих лица, страно улагање може бити само до 49% вредности капитала, при чему један страни улагач не може имати више од 15% учешћа у капиталу.

Страни улагач може улагати капитал ради оснивања привредног друштва за производњу наоружања и војне опреме, куповине или проширења постојећих капацитета за производњу наоружања и војне опреме.⁶⁹ У случају страних улагања у постојеће капацитете за производњу наоружања и војне опреме Влада одређује начин избора и услове које мора да испуњава стратешки инвеститор, као и модел стратешког партнерства. Предност код страних улагања имају страни улагачи који се већ баве производњом наоружања и војне опреме и испуњавају услове стратешког инвеститора технолошки способног да изврши ревитализацију или модернизацију постојећих капацитета за производњу наоружања и војне опреме или изградњу и опремање нових капацитета.⁷⁰

Новина је и да је страном улагачу омогућено, као већинском власнику, да се упише у Регистар произвођача наоружања и војне опреме под условима прописаним овим законом.⁷¹ С друге стране, задржано је раније правно решење да је страном улагачу за улагање капитала И даље потребна да прибави сагласност Министарства одбране. При томе је дужан да достави елаборат који се односи на врсту и обим улагања, производни програм, примену нових технологија, набавку потребне опреме, права интелектуалне својине и програм којим се гарантује да ће примењени технолошки процес производње испуњавати захтеве у погледу заштите животне средине.⁷² Коначну одлуку доноси Влада у року од 120 дана од дана пријема захтева.⁷³

⁶⁹ Чл. 12. нацрта Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме.

⁷⁰ Ibid

⁷¹ Члан 11. нацрта Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме.

⁷² Члан 12. нацрта Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме

⁷³ Члан 13. нацрта Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме: Министарство одбране у поступку одлучивања по захтеву из члана 12. прибавља мишљења ресорних министарстава и посебних организација у погледу утицаја страног улагања на

Закључак

У новом инвестиционом законодавству Србије је предвиђена примена националног третмана, на широкој и прецизније регулисаној основи. Исто тако, наша земља је закључила већи број билатералних споразума о заштити инвестиција, који по правилу, у себи садрже обавезу поштовања принципа националног третмана, у релативно стандардизованом облику. У садржинском погледу у нашем праву је прихваћен концепт којим се национални третман своди формално на једнак третман страних и домаћих улагача. Позитивно оцењујемо то што је новим системом стимулација избегнута могућност довођења страних улагача у фактички привилегован положај у односу на домаће улагаче, што се периодично раније дешавало.

Укупно посматрано, нашем праву овај третман правно стимулисан у оквиру међународних компаративних стандарда, укључујући и систем изузетака. Недостатак новог законодавства је то што измешта њихово регулисање из инвестиционог законодавству у специјалне законе, што умањује ефективну транспарентност у могућност лакшег сналажења страних улагача. Ипак, видљиво је да је у области примене националног третмана наша земља успела да се приближи свом концепцијском циљу, да штитећи своје интересе, на рационалној основи успостави систем заштите страних улагача, уз задржавање подстицајног правног окружења за њихове инвестиције.

националну и јавну безбедност, одбрану, економију, унутрашње и спољне послове Републике Србије. Влада на предлог Министарства одбране доноси одлуку по захтеву страног улагача из члана 12. став 1. Решење из става 2. овог члана је коначно.

*Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

Application of National Treatment in the Foreign Investments Law of Serbia

***Abstract:** National treatment of foreign investors in the Serbian law, primarily the content, field and reach of its application, including the system of exemptions, all in the comparative context makes the subject of study in the paper.*

A new investment related legislation of Serbia anticipates the application of national treatment on a wide and more precisely regulated basis. In addition, our country has concluded a number of bilateral agreements on protection of investments, which, by the rule, contain the obligation to observe the principle of national treatment, in a relatively standardized form. In terms of content, our law has accepted a concept where national treatment is formally reduced to equal treatment of foreign and domestic investors. We evaluate positively the fact that a new system of stimulations enables avoiding the possibility of bringing foreign investors in actually privileged position compared to domestic investors, which used to happen periodically before.

Speaking in general, the above-mentioned treatment in our law is legally stipulated in the framework of international comparative standards, including the system of exemptions. The lack of new legislation is that it displaces their regulating from the investment related legislation into special laws, which reduces the effective transparency and possibility for foreign investors to manage more easily. However, it is obvious that our country has managed to get closer in this field to its conceptual goal to establish a system of protection of foreign investors at a rational basis, while maintaining a stimulative legal environment for their investments and protecting its own interests.

***Key words:** national treatment, foreign investor, bilateral investment agreements, legal regulating, field of application, system of exemptions*

Датум пријема рада: 15.11.2015.