

*Др Пејтар Бундић, асистент
Правног факултета у Новом Саду*

ПОСЛЕДИЦЕ РАЗЛИКОВАЊА ЗАКОНИТЕ И НЕЗАКОНИТЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ СТРАНОГ УЛАГАЊА

Сажетак: *Рад представља разматрање правних и фактичких последица разликовања законите и незаконите експропријације имовине страног улагача од стране државе домаћина. Аутор анализира утицај законитости експропријације на износ накнаде чију исплату дужује држава, питање да ли индиректна експропријација може бити законита, те последице које незаконито одузимање улагања може имати на признавање дејства тог чина на територији стране државе. Савремена арбитражна пракса стоји на становишту да незаконита експропријација повлачи за собом обавезу држава домаћина да исплати улагачу не само износ тржишне вредности улагања у тренутку експропријације, већ и суму која је адекватна увећању вредности улагања до које је дошло од тренутка одузимања до дана доношења одлуке. Мада је у арбитражној пракси и правној доктрини распростирано схватање да је свака индиректна експропријација аутоматски и незаконита, због чињенице да држава домаћин није улагачу понудила исплату накнаде, ипакво гледиште је логички неодрживо и нецелиходно. Закључак арбитражног суда да је држава извршила индиректну експропријацију требало би посматрати као преходни услов који активира обавезу државе да исплати накнаду у износу предвиђеном БИТ. Повреда међународне обавезе државе и примена строжег стандарда накнаде уследила би ипак ако би се држава олушила о ову обавезу. Нејавне последице незаконите експропријације могу се оледити у непризнавању њеног дејства на територији других држава. Ипак, те последице у великој мери зависе од спремности националних судова да се ујусте у испитивање законитости онашања органа друге државе.*

Кључне речи: експропријација, стирана улагања, двострани споразуми о заштити инвестиција, инвестициона арбитража.

Увод

Право државе домаћина улагања да изврши експропријацију имовине страног инвеститора на својој територији када то сматра неопходним саставни је део свих савремених двостраних међународних споразума о заштити и унапређењу инвестиција (енг. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ), под условом да је она предузета у јавном интересу, на недискриминаторној основи, уз спровођење законитог поступка и уз исплату адекватне накнаде чија се висина обично везује за тржишну вредност улагања у тренутку одузимања или непосредно пре него што је оно наступило.¹ На сличан начин су услови законитости дефинисани у обичајном међународном праву, уз начелно прихватање да држава дугује исплату накнаде у случају одузимања али и одсуство сагласности о томе да ли овај извор права садржи правило о висини те накнаде.² У пракси решавања инвестиционих спорова и доктрини међународног права страних улагања експропријација која испуњава наведене услове се обично описује као законита експропријација. Међутим, у овим изворима је много теже пронаћи доследно и кохерентно објашњење о практичним последицама разликовања законите од незаконите експропријације.

Један од могућих разлога за наведени проблем вероватно лежи у жељи да се докаже да обичајно међународно право садржи правило о дужности државе да исплати улагачу накнаду у висини пуне тржишне вредности одузете имовине. Због тога се јављају гледишта да је ирелевантно да ли је експропријација законита, јер држава домаћин свакако дугује улагачу исплату накнаде у пуној вредности експроприсане имовине.³ У случају примене одредаба БИТ нема дилеме у погледу стандарда висине накнаде, јер је он одређен у самом споразуму, али може бити спорно да ли се овај стандард примењује и када експропријација не испуњава друге услове за своју законитост (на пример, није предузета у јавном интересу). У овом раду се заступа гледиште да (не)законитост експропријације улагања мора да се одрази на висину износа накнаде чију исплату дугује држава домаћин.

¹ Види, на пример, R. Dolzer, M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, стр. 97. и даље.

² Види А. Reinisch, *Legality of Expropriations*, у књизи: А. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, 175, 176.

³ Види у том смислу Р. Comeaux, N. S. Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law*, New York, 1997, стр. 86. Такође, А. Sheppard, *The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation*, у књизи: С. Ribeiro (ed.), *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington, New York, 2006, стр. 169-201.

Питање износа накнаде за извршену експропријацију може да се постави у контексту законитости одузимања на још један начин. Наиме, код индиректне експропријације држава својим мерама омета имовинска права инвеститора у степену да она постају бескорисна, при чему не прихвата да је извршила одузимање и право својине формално остаје нетакнуто.⁴ Имајући у виду да држава домаћин не жели да прихвати да њене мере представљају одузимање имовине улагача, она овом субјекту ни не нуди исплату накнаде. Из тога логички следи да је свака индиректна експропријација *ipso facto* незаконита, јер јој недостаје исплата накнаде као услов законитости. У другом делу рада покушаћемо да докажемо логичку и практичну неодрживост оваквог становишта.

Конечно, законитост експропријације одржава се на признавање њеног дејства на територији других држава. Трећи део рада садржи кратак осврт на поменуто питање.

Утицај законитости на висину накнаде за извршену експропријацију

У савременој теорији и пракси решавања инвестиционих спорова данас доминира став да законитост понашања државе домаћина кључно одређује садржину њених обавеза код експропријације.⁵ Главни аргумент за такву позицију садржан је у констатацији професора Сорнараџе (*Sornarajah*): „...[с]ваки правни систем нужно мора правити разлику између штете која проистекне из законитих и незаконитих аката.“⁶ Истиче се и да би једнако вредновање законите и незаконите експропријације било „очигледно супротно интересима правде и општој превентивној функцији права.“⁷

Као што се може закључити из онога што је претходно речено, споразуми о заштити инвестиција најчешће садрже стандард (некада и правила о методама израчунавања) накнаде у случају експропријације, док је постојање обичајноправног правила о стандарду накнаде у међународном праву мање извесно. Међутим, у новијој арбитражној пракси, када је реч о

⁴ Види одлуку Иранско-америчког трибунала (*Iran-US Claims Tribunal*) у предмету *Старет (Starrett Housing Corp. et al., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al., Award No. 314-24-1 (14 Aug. 1978), 16 Iran – U. S. C. T. R. 112)*.

⁵ Види, на пример, S. Ripinsky, K. Williams, *Damages in International Investment Law*, London, 2008, стр. 83, 84; такође, A. Reinisch, *op. cit.*, стр. 200; U. Kriebaum, *Eigentumsschutz im Völkerrecht*, Berlin, 2008, стр. 543; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, 2004, стр. 482; R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 92.

⁶ M. Sornarajah, *op. cit.*, стр. 438.

⁷ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford, 2009, стр. 68.

поступцима покренутим на основу БИТ, поједини арбитражни судови јасно истичу став да је стандард накнаде поменут у уговору важећи само у случају законите експропријације улагања. Тако је, на пример, ову позицију заузело арбитражно веће у предмету АДЦ против Мађарске (*ADC v. Hungary*), када је истакло да БИТ, начелно посматрано, има карактер *lex specialis* у односу на правила обичајног међународног права, али да у конкретном случају споразум између Кипра и Мађарске не садржи било каква правила о одређивању накнаде штете у случају незаконите експропријације.⁸ До идентичног закључка дошло је и арбитражно веће у спору Вивенди II (*Vivendi II*), у коме је питање накнаде у случају незаконите експропријације такође третирано као питање које излази ван оквира француско-аргентинског БИТ.⁹

Суштина претходно изнетих ставова је у томе да одговор на питање какве су последице незаконите експропријације треба тражити изван одредби споразума о заштити инвестиција, односно у правилима обичајног међународног права која регулишу одговорност државе за извршење међународно противправног акта. Основ и незаобилазна полазна тачка таквог гледишта је одлука Сталног суда међународне правде у случају Фабрика у Хожуфу (*Case concerning the factory of Chorzow*). Суд, наиме, у често цитираном делу образложења наводи:

„Основно начело садржано у овом појму незаконитог акта – начело за које се чини да је установљено међународном праксом, а посебно одлукама међународних судова – јесте да репарација мора, колико год је то могуће, избрисати све последице незаконитог акта и поново успоставити ситуацију која би, по свему судећи, постојала да тај акт није почињен. Реституција у природи или, ако то није могуће, исплата суме која одговара вредности коју би носила реституција у природи; досуђивање, ако је неопходно, накнаде штете која је претрпљена а која није покривена реституцијом у природи или плаћањем које је замењује – то су начела која би требало да служе како би се утврдио износ накнаде који се дугује за акт супротан међународном праву.“¹⁰ Исплата правичне накнаде, у износу вредности одузете имовине уз одговарајућу камату до дана исплате, дужност је државе само

⁸ *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Final award on jurisdiction, merits and damages, September 27, 2006, пасус бр. 481.

⁹ *Compania de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. The Argentine Republic (Vivendi II)* (ICSID Case No. ARB/97/3), Award, August 20, 2007, пасус бр. 8.2.3; Исто тако, *Siemens A. G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award, February 6, 2007, пасус бр. 349. Текст одлуке је доступан на: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Arentina-Award.pdf>.

¹⁰ P. C. I. J., *Case concerning the factory of Chorzow*, Indemnity, vol. A, No. 17, September 13th, 1928, стр. 47.

у случају законите експропријације, а будући да је Пољска извршила одузимање две немачке фабрике супротно међународном уговору закљученом са овом државом, износ накнаде коју она дугује није нужно ограничен на поменути износ.¹¹

На позицији која је идентична оној заузетој од стране Сталног суда међународне правде у овом случају, налази се и нацрт Чланова о одговорности државе за међународно противправне акте (у даљем тексту: нацрт Чланова о одговорности државе), сачињен 2001. године од стране Комисије ОУН за међународно право и усвојен у форми резолуције Генералне скупштине ОУН.¹² Глава II овог документа говори о накнади штете. Члан 35. гласи:

„Држава одговорна за акт противан међународном праву има обавезу да изврши реституцију, односно да успостави стање које је постојало пре извршења противправног акта, под условом и у обиму:

(а) да реституција није фактички немогућа;

(б) да реституција не представља терет несразмеран користи која ће се добити враћањем у пређашње стање уместо новчаном накнадом штете.“

Ако натурална реституција није могућа, одговорна држава је дужна да исплати новчану накнаду. Према члану 36. нацрта Чланова о одговорности државе:

„1. Држава одговорна за акт противан међународном праву има обавезу да новчано надокнади штету проузроковану тим актом, у оном обиму у којем штета није надокнађена реституцијом.

2. Накнада ће обухватати сву финансијски процењену штету, укључујући и измаклу добит у оној мери у којој је она доказана.“¹³

Када је у питању експропријација страних инвестиција, натурална реституција често није фактички могућа, али ни пожељна, посматрано са аспекта инвеститора. Могуће је да предмет експропријације буде физички уништен или продат трећем лицу или да је пословна клима у којој би улагач требало да реализује свој пословни подухват до те мере нарушена у спору са државом домаћином, да инвеститор једноставно не жели да настави са пословањем у таквом окружењу. Арбитражни и национални судови, са друге стране, везани су тужбеним захтевима тужилаца и не могу наложити натуралну реституцију ако се тужбом захтева искључиво исплата накнаде штете у новчаном износу. Захтев за досуђивање новчаног износа који вишеструко премашује вредност улагања у конкретном случају може,

¹¹ *Ibidem*, стр. 47, 48.

¹² Official Records of the General Assembly, 56. заседање, Додатак бр. 10 (A/RES/56/10-), 12. децембар 2001. године. Цитирано према: С. Ђајић, *Практикум за међународно јавно право (ојшићи део)*, Нови Сад, 2007, стр. 373.

¹³ Превод према: *Ibidem*, стр. 381.

коначно, бити пречица којом инвеститор жели да стигне до профита. Потреба да се води рачуна о специфичном карактеру једне од странака у инвестиционом спору такође спречава остваривање натуралне реституције. Ако је у конкретном случају предузета регулативна експропријација, тј. инвеститор је лишен улагања променом прописа или услед њихове примене, поменути начин брисања негативних последица понашања државе домаћина би директно задирао у њену сувереност. Дobar пример за такав случај наводе Рипински и Вилијамс (*Ripinsky, Williams*) који цитирају одлуку арбитражног већа у спору ЛГ и Е против Аргентине (*LG & E v. Argentina*).¹⁴ У овом случају арбитражни суд је закључио да Аргентина није одговорна за експропријацију концесије која је представљала улагање, али да је суспензијом тарифа за транспорт природног гаса и изменом појединих финансијских прописа повредила друге обавезе из америчко-аргентинског БИТ. Један од алтернативно постављених захтева оштећеног инвеститора у наставку поступка био је и да арбитражно веће Аргентини наложи измену законодавног оквира и враћање у стање у којем се он налазио пре него што је проузрокована штета америчком концесионару. Арбитражни суд је, међутим, нашао да би то представљало задирање у сувереност ове државе и одлучио да досуди накнаду у новчаном износу.¹⁵ Неспремност арбитражних судова да у својим одлукама државама наметну неновчане обавезе, у контрасту је са начелним ставом који су у прошлости заузели неки од њих – да надлежност арбитражног суда у инвестиционом спору обухвата право да странкама наложи или забрани одређено понашање.¹⁶

Из онога што је претходно речено произилази да натурална реституција није погодан начин за отклањање последица незаконите експропријације страних инвестиција. Алтернатива се налази у квантификавању новчане накнаде на начин који ће обезбедити резултат приближан реституцији. Јасно је да би износ накнаде за извршену експропријацију, барем начелно посматрано, требало да се разликује у зависности од тога да ли је она извршена законито или не. Арбитражна пракса показује, међутим, да није увек најјасније на који начин се долази до те разлике и у чему се она тачно састоји. У бројним споровима су арбитражна већа која су претходно констатовала да је држава домаћин повредила забрану експропријације из споразума о заштити инвестиција, једноставно применила стандард накнаде из тог споразума, игноришући питање да ли законитост експропријаци-

¹⁴ S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 58.

¹⁵ *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, inc. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), Award, July 25, 2007, пасус бр. 87.

¹⁶ Види о томе код: C. Schreuer, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration, Arbitration International*, vol. 20, 4/2004, стр. 329-333.

је утиче на износ накнаде.¹⁷ Ипак, неколико новијих арбитражних одлука наговештавају правац у којем би се пракса могла кретати у будућности. У предмету Сименс против Аргентине, арбитражни суд је закључио да је тужена држава извршила експропријацију уговорних права тужиоца супротно немачко-аргентинском БИТ, те да је због тога одговорна за незакониту експропријацију.¹⁸ Приликом разматрања питања износа накнаде, арбитражни суд је нагласио разлику између стандарда накнаде предвиђеног у начрту Чланова о одговорности државе и одлуци Сталног суда међународне правде у случају Фабрика у Хожуфу, са једне стране, и оног који је садржан у ставу 2. члана 4. поменутог БИТ. Кључна разлика се тиче тога да, према правилу међународног обичајног права, право тужиоца на накнаду није ограничено вредношћу инвестиције на дан експропријације, већ укључује и „...[с]вако повећање вредности инвестиције до дана доношења ове одлуке, укључујући и било какву последичну штету“.¹⁹ Исто тако, у случају АДЦ против Мађарске, арбитражно веће је сматрало да стандард накнаде за незакониту експропријацију из одлуке у случају Фабрика у Хожуфу (брисање свих негативних последица незаконитог акта) захтева да датум процене вредности одузете инвестиције буде датум доношења одлуке, а не датум експропријације, јер се само тако тужилац може ставити у позицију у којој би био да експропријација није извршена.²⁰ Према томе, и овде је заузет став да накнада за незакониту експропријацију мора обухватити и **накнадно увећање вредности инвестиције**.

Идеја која стоји иза схватања да се износ накнаде мора разликовати у случају законите и незаконите експропријације заснована је на гледишту да се држави која је извршила незакониту експропријацију не сме дозволити да извуче корист из чињенице да је дошло до накнадног увећања вредности одузетог улагања, између тренутка одузимања и дана доношења арбитражне одлуке или судске пресуде.²¹ Тиме се, потпуно оправдано, уводи појмовно разликовање између накнаде за експропријацију (дужност државе у случају законите експропријације) и накнаде штете или репарације (обавеза која настаје у случају да је експропријација била незаконита).²²

¹⁷ Види, на пример, *CME Czech Republic B. V. (The Netherlands) v. Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, September 13, 2001, пасус бр. 615 (текст одлуке је доступан на: <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>); *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000, пасус бр. 113; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003, пасуси бр. 187, 188.

¹⁸ *Siemens A. G. v. The Argentine Republic*, пасус бр. 273.

¹⁹ *Ibidem*, пасус бр. 352.

²⁰ *ADC Affiliate Ltd and ADC & APMC Management Ltd v. Hungary*, пасус бр. 497.

²¹ Види I. Marboe, *op. cit.*, стр. 77.

²² Види *Ibidem*, стр. 78, 79.

Законитост индиректне експропријације и њен утицај на висину накнаде

Важно питање које се тиче експропријације јесте и да ли је она законита у случају да је држава домаћин пропустила да исплати накнаду за одузету инвестицију, при чему су испуњени сви остали услови за њену законитост? Питање се може додатно закомпликовати – да ли законита експропријација захтева да накнада буде исплаћена увек у одговарајућем износу? Да ли је довољно да држава начелно признаје да је у обавези да исплати накнаду и да предузме кораке у том правцу? Да ли законита експропријација постоји ако држава домаћин исплати накнаду у било ком износу, непосредно након одузимања?²³

У судској и арбитражној пракси и правној доктрини укоренењено је гледиште да само неслагање инвеститора и државе у погледу износа накнаде за експропријацију не чини одузимање незаконитим.²⁴ Од државе домаћина се очекује поступање у доброј вери. Ако она начелно прихвата обавезу да исплати накнаду, ако је понудила одређени износ на име накнаде или је предвидела у националном праву механизам на основу којег инвеститор може да оствари право на накнаду, њено понашање не може се сматрати, само по себи, незаконитим.²⁵

Посебан проблем, тесно повезан са претходно поменути, јесте проблем односа обавезе исплате накнаде за индиректну експропријацију и њене законитости. Наиме, како у случају индиректне експропријације (нарочито оне регулативног карактера) држава домаћин не прихвата чињеницу да је одузимање уопште извршено, подразумева се да ни накнада за извршену експропријацију није исплаћена нити понуђена инвеститору. Из тога би нужно проистекао закључак да је свака индиректна експропријација аутоматски и незаконита, односно, да представља повреду међународно-правне обавезе државе. Тако Крибаум наводи: „Посебно чест случај је одсуство било какве понуде накнаде код индиректне експропријације извршене кроз регулативну делатност државе. Државе у таквим случајевима не претпостављају постојање експропријације, па зато не предвиђају ни накнаду. Због тога су индиректне експропријације најчешће такође незаконите.“²⁶ Такав закључак прихваћен је, често без шире елаборације и додатних објашњења, од стране појединих правних писаца.²⁷

²³ Види S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 68.

²⁴ Види о овоме код U. Kriebaum, *op. cit.*, стр. 528-535.

²⁵ Види S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 68; D. W. Bowett, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, *British Yearbook of International Law*, 59/1988, стр. 69; U. Kriebaum, *op. cit.*, стр. 536; A. Reinisch, *op. cit.*, стр. 198, 199.

²⁶ U. Kriebaum, *op. cit.*, стр. 536.

²⁷ Види, на пример, W. M. Reisman, R. D. Sloane, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, *British Yearbook of International Law*, 47/2003, стр. 137; R. Dolzer, C. Schreuer, *op. cit.*, стр. 91; S. Ripinsky, K. Williams, *op. cit.*, стр. 69; I. Marboe, *op. cit.*, стр. 62.

У новијој арбитражној пракси се могу пронаћи назнаке схватања да сама чињеница да је извршена индиректна експропријација аутоматски води закључку да је она незаконита, због одсуства накнаде, те да са собом повлачи одговорност државе за извршење међународног противправног акта. На пример, у случају Вивенди II, анализирајући садржај одредбе о забрани експропријације из става 2. члана 5. француско-аргентинског БИТ, арбитражно веће је навело:

„Такође, структура члана 5(2) Споразума упућује арбитражни суд на то да прво размотри да ли су оспораване мере експропријаторне, и тек тада да се запита да ли су оне у складу са одређеним условима, као што су јавна сврха, недискриминаторност, посебно преузете обавезе итд. Ако закључимо да су оспораване мере експропријаторне, постојаће повреда члана 5(2) Споразума, чак и ако би мере биле у јавном интересу и недискриминаторне, **због тога што накнада није исплаћена.**“²⁸

Арбитражно веће је у наставку поступка закључило да су мере Аргентине предузете у односу на концесионара биле експропријаторне, као и да ова држава дугује исплату накнаде за незакониту експропријацију.²⁹ У предмету Сименс против Аргентине, одлука којом је иста држава проглашена одговорном за индиректну експропријацију права из још једног концесионог уговора била је заснована на чињеници да Аргентина није извршила плаћање накнаде, без оправданих разлога, чиме је њено поступање било супротно одредбама релевантног БИТ, тј. незаконито³⁰ и подложно стандарду накнаде који се примењује у таквим случајевима.³¹ Потребно је, међутим, напоменути да незаконитост индиректне експропријације у овом случају није проистекла искључиво из тога што накнада за одузету имовину инвеститора није исплаћена, већ и из чињенице да арбитражни суд није нашао доказ за тврдњу да су поједине мере Аргентине предузете са јавном сврхом.³²

Супротно овоме, у случају Гец против Бурундија (*Goetz c. Burundi*), и поред тога што је арбитражно веће утврдило да је тужена држава извршила индиректну експропријацију инвестиције тужилаца, тако што је, након две године од издавања, повукла сертификат на основу којег су белгијски инвеститори уживали пореска и царинска ослобођења за своје привредно друштво основано у Бурундију, ангажовано на пословима експлоатације и продаје племенитих метала, оно је одбило да из чињенице да накнада за

²⁸ *Compania de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. The Argentine Republic (Vivendi II)*, пасус бр. 7.5.21. Нагласак аутора.

²⁹ *Ibidem*, пасуси бр. 8.2.3.-8.2.7.

³⁰ *Siemens A. G. v. The Argentine Republic*, пасус бр. 273.

³¹ *Ibidem*, пасус бр. 353.

³² *Ibidem*, пасус бр. 273.

индиректну експропријацију није исплаћена изведе закључак да је експропријација супротна БИТ и незаконита. Арбитражни суд је навео да је исплата накнаде за „мере једнаке експропријацији“ услов њихове законитости, према члану 4. БИТ између Бурундија и Белгијско-луксембуршке економске уније, да опозив сертификата није био праћен исплатом накнаде, али да то није довољно да учини преузете мере незаконитим у смислу међународног права.³³ Према ставу арбитражног већа, поменути БИТ захтева исплату адекватне и ефективне накнаде, али не инсистира на томе да она буде исплаћена пре експропријације.³⁴ Чини се да је суштина ове одлуке у томе да држава домаћин не може бити одговорна за незакониту индиректну експропријацију само на основу чињенице да није инвеститору исплатила накнаду у вредности одузете имовине, односно, да је обавеза плаћања накнаде условљена претходним закључком да се активност државе може сврстати под „мере једнаке експропријацији“. Арбитражном одлуком Бурундију је наложено да, у оквиру разумног рока, исплати адекватну и ефективну накнаду инвеститорима и истакнуто да ће у супротном извршити акт супротан међународном праву чије ће последице утврдити арбитражни суд.³⁵

За одлуку донету у спору Мидл Ист Семент Шипинг (*Middle East Cement Shipping*) може се закључити да прећутно прихвата став врло близак ономе који је заузет у предмету Гец против Бурундија. Наиме, овде је арбитражно веће нашло да је Египат предузео „мере чије је дејство једнако експропријацији“ из члана 4. грчко-египатског БИТ у односу на улагање грчког инвеститора, али је једини закључак који је из тога извело био да инвеститору припада право на накнаду у износу тржишне вредности инвестиције, као што је предвиђено истим чланом БИТ.³⁶ Према томе, одлука се може тумачити у прилог томе да констатација да је извршена индиректна експропријација активира обавезу исплате накнаде за одузету инвестицију, а не да аутоматски води закључку да је експропријација незаконита, због тога што накнада није исплаћена. У извесном смислу је блиска наведеном погледу и већ поменута пракса појединих арбитражних судова који, и поред констатације да је понашањем државе повређена одредба споразума о заштити инвестиција од индиректне експропријације и њена обавеза на основу међународног права, приликом одлучивања о висини накнаде ипак примењују стандард споразумом предви-

³³ *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi* (Affaire CIRDI ARB/95/3), Sentence, 10 Février 1999, пасус бр. 130.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, пасус бр. 133.

³⁶ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/99/6), Award, April 12, 2002, пасуси бр. 107 и 144.

ђен за закониту експропријацију. Тиме се прећутно изражава неспремност да се држава кажњава, кроз поштравање стандарда накнаде, у случајевима када је заправо тешко са сигурношћу утврдити да ли је експропријација заиста и наступила.

Гледиште према којем је пропуштање државе да плати накнаду за индиректну експропријацију аутоматски незаконито, у смислу да активира примену правила о одговорности државе за међународне противправне акте носи са собом и једну нелогичност. Оно би значило да држава може да изврши и отворену, директну експропријацију улагања и да не буде одговорна за повреду међународног права, ако при томе понуди инвеститору исплату новчане накнаде, макар њена висина била и неадекватна. Са друге стране, ако регулативна активност државе (на пример, на пољу заштите животне средине) наноси штету инвеститору и има карактер индиректне експропријације – држава је одговорна за незакониту експропријацију и њена одговорност потпада под строжи режим. Боље и реалније гледиште било би да сама чињеница да накнада није исплаћена код индиректне експропријације не значи и да је она незаконита и да захтева *restitutio in integrum*. Код ове врсте експропријације обавезу плаћања накнаде можемо посматрати као посебну обавезу чије активирање зависи од претходног закључка о томе да ли је експропријација уопште наступила. Другачије тумачење би водило практичној последици да се државе, у поређењу са ситуацијом када је извршена директна експропријација, кажњавају за предузимање регулативне делатности којом се потенцијално наноси штета страном инвеститору.

Утицај законитости на признавање дејства експропријације у иностранству

Осим на висину накнаде, законитост експропријације значајно утиче и на признавање дејства експропријације од стране других држава. Наиме, ако је држава домаћин извршила експропријацију имовине страног инвеститора супротно правилима међународног права, као проблем се може јавити признавање дејства тих аката на територији неке друге државе. При томе, потребно је нагласити да су државе заштићене јурисдикционим имунитетом од тужби пред судовима других држава. Због тога је практично тешко очекивати да ће оштећени субјект нападати пред судом стране државе законитост самог титулуса државе која је извршила одузимање. Питање пуноважности и оспоравање дејства експропријације извршене у иностранству се може јавити, пре свега, у поступцима покренутим против трећих лица која изводе своје право на одузетој имовини из права ове државе – на пример, у поступку против лица које је купило експроприсану

имовину и унело је у државу суда.³⁷ Ранији власник тада може истицати да је пренос права својине на државу која је извршила експропријацију био ништав и тражити да му се имовина врати.

У прошлости су национални судови појединих држава придавали различит значај чињеници да је експропријација одређене имовине извршена супротно међународном праву.³⁸ Одлучујући о тужбеним захтевима којима се оспорава пуноважност експропријације, национални судови неких држава директно анализирају усклађеност одузимања са правилима међународног права. Британски и амерички судови су тако спремни, под условом да тужилац успе да превазиђе препреку у виду имунитета стране државе и њених аката, да прогласе експропријацију која није у складу са међународним правом неважећом у погледу имовине на коју се односи тужба и да признају право својине првобитном власнику.³⁹ Судови Немачке, Италије и Јапана су у прошлости посматрали усклађеност експропријације са правилима међународног права у контексту установе јавног поретка. Међутим, судови ових држава су често избегавали да експропријацију коју је спровела страна држава прогласе неважећом, позивајући се на то да акти предузети у конкретном случају не представљају нужно повреду међународног права или да не вређају у довољној мери домаћи јавни поредак да би им било одузето дејство.⁴⁰ Немачки судови, на пример, нису склони томе да одбију признавање дејства експропријације извршене у иностранству без плаћања накнаде, ако не постоји довољно чврста веза случаја са Немачком, чиме би била оправдана употреба клаузуле јавног поретка.⁴¹ Француски судови, са друге стране, традиционално сматрају експропријацију без плаћања накнаде супротно домаћем јавном поретку, без потребе да се ослањају на међународно право.⁴²

Мада је тешко извести генералне закључке када је реч о пракси националних судова о наведеном питању, са сигурношћу се може рећи да су они много ревноснији у испитивању законитости експропријације извршене у иностранству када се у својству оштећене стране јављају држављани или привредна друштва државе суда, него када је реч о субјектима неке треће државе.⁴³

³⁷ Види М. Bogdan, *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975, стр. 85.

³⁸ *Ibidem*, стр. 83-93.

³⁹ Види N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, стр. 430-432.

⁴⁰ *Ibidem*, стр. 432.

⁴¹ Примери таквих одлука у немачкој судској пракси се могу пронаћи код М. Bogdan, *op. cit.*, стр. 88.

⁴² *Ibidem*, стр. 87.

⁴³ *Ibidem*, стр. 92.

Закључак

Савремена арбитражна пракса стоји на становишту да је стандард накнаде за извршену експропријацију присутан у двостраним споразумима о заштити улагања примењив само ако је одузимање извршено у складу са правилима међународног права. Супротно томе, незаконита експропријација повлачи за собом обавезу држава домаћина да исплати не само износ тржишне вредности улагања у тренутку експропријације, већ и суму која је адекватна увећању вредности улагања до којег је дошло од тренутка одузимања до дана доношења одлуке. Мада је у арбитражној пракси и правној доктрини распрострањено схватање да је свака индиректна експропријација аутоматски и незаконита, због чињенице да држава домаћин није улагачу понудила исплату накнаде, такво гледиште је логички неодрживо и штетно по интересе држава да регулишу друштвене односе на својој територији, а посредно може негативно утицати и на решеност држава да страним улагачима гарантују заштиту од ове врсте некомерцијалних ризика. Закључак арбитражног суда да је држава извршила индиректну експропријацију требало би посматрати као претходни услов који активира обавезу државе да исплати накнаду у износу предвиђеном БИТ. Повреда међународне обавезе државе и примена строжег стандарда накнаде уследила би тек ако би се држава оглушила о ову обавезу. Негативне последице незаконите експропријације могу се огледати у непризнавању њеног дејства на територији других држава. Ипак, те последице у великој мери зависе од спремности националних судова да се упусте у испитивање законитости понашања друге државе, посматрано са аспекта правила међународног права о експропријацији страних улагања.

*Petar Đundić, Ph.D., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

The Consequences of the Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation of Foreign Investment

Abstract

The paper deals with legal and factual consequences of the distinction between lawful and unlawful expropriation of a foreign investment by the host state. The author analyses the impact which the legality of expropriation has on the amount of compensation owed by the host state, an issue of whether the indirect expropriation can ever be lawful and the consequences which illegal expropriation has on recognition of such an act in territories of other countries. It is well established in contemporary arbitral practice that the illegal expropriation entails an obligation of the host state to pay the investor not only the amount equal to the market value of the investment at the time of expropriation, but also the sum which would include the increase of the investment's value from the moment of taking to the date on which the arbitral award is issued. Although the arbitration practice and legal doctrine generally accept that an indirect expropriation is automatically unlawful, due to the fact that the host state does not offer any compensation to the aggrieved investor, such view is logically unsound and irreconcilable with the duty of states to regulate in general interest. The conclusion of an arbitral tribunal that the state has conducted an indirect expropriation should be seen as a precondition which triggers the secondary obligation of the state – to pay an adequate compensation for the property taken provided for in the BIT. Actions of the host state should be regarded as a breach of international obligation and could activate the application of the stricter standard of compensation only if the host state ignores the duty to compensate the investor. The negative consequences of illegal expropriation may be reflected in the non-recognition of its effects on the territory of other states. However, these effects are highly dependent on the willingness of national courts to engage in a review of the legality of conducts of another state.

Key words: expropriation, foreign investments, bilateral treaties for the protection of investments, investment arbitration.