

*Др Пејтар Бундић, асистент
Правној факултету у Новом Саду*

МЕРЕ ЗА ЗАШТИТУ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И ПОВРЕДА ПРАВА СТРАНОГ УЛАГАЧА¹

Сажетак: Рад анализира однос између државних мера предузетих у циљу заштите животне средине и изв. регулативне експропријације улагања. Заштита животне средине као разлог деловања државних власти у правној теорији и појединим изворима међународној инвестиционој права данас недвосмислено ужива статус легитимној законодавној интереса. У аналитичком оквиру доктрине јавних овлашћења ово би значило да државна мера предузета у циљу заштите животне средине, иако се њоме наноси економска штета страном улагачу, не може довести до одговорности државе за регулативну експропријацију. Арбитражна пракса ипак показује суздржанији приступ ипак регулативне слободе држава у овој области. Право државе да регулише без обавезе исплате накнаде инвеститору није безусловно. Потребно је да државна мера буде предузета у доброј вери, тј. са стварном сврхом заштите животне средине и уверењем да је она неопходна, односно да је недискриминаторној карактера. Осим тога, у арбитражној пракси постоји тенденција да се легитимна сврха државне мере одмерава према другим факторима као што су легитимна очекивања улагача и степен економског губитка који је изазван мером, како би се закључило да ли је држава одговорна за експропријацију улагања.

Кључне речи: заштита животне средине, страна улагања, регулативна експропријација, инвестициона арбитража, јавни интерес.

¹ Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Према схватању које је данас прихваћено од стране како индустријски развијених земаља, тако и од земаља у развоју, страна улагања су нужна за развој националних економија.² Државе се на глобалном тржишту такмиче у привлачењу страних директних улагања. Њихов успех у том подухвату зависи од низа различитих фактора, међу којима се као веома важни (често и одлучујући) издвајају стабилност и предвидивост постојећег регулативног режима у датој држави.³ Материјалноправне и процесне гаранције за инвеститоре⁴ који разматрају улагање на територији одређене државе садржане су у националним прописима, међународним уговорима (двостраним и вишестраним) о заштити и унапређењу улагања и у обичајном међународном праву. Најчешће коришћени и данас најважнији извори права у овом смислу, двострани споразуми о заштити улагања (познати и као БИТ – од енглеског *Bilateral Investment Treaties*) јемче улагачима из једне државе уговорнице да њихово улагање у другој држави уговорници неће бити подвргнуто национализацији или експропријацији без плаћања накнаде, непоштеном или неправичном третману, гарантују слободан трансфер добити, третман инвестиције једнак оном који уживају домаћа физичка и правна лица или улагачи најповлашћеније треће државе итд. Ови споразуми такође установљавају право инвеститора да у случају повреде неке од материјалноправних одредаба споразума директно поднесу тужбу против државе домаћина улагања пред међународним арбитражним судом.

Гаранције о којима је претходно било речи постоје како би се унапредио проток капитала преко државних граница и подстакле стране инвестиције. Чињеница је да страном улагачу и његовим пословним интересима највећа опасност прети од државе домаћина, тј. од могућности да држава искористи своје прерогативе суверености у законодавној и административној сфери како би улагачу нанела штету. Због тога поједини аутори виде споразуме о заштити инвестиција као средства за смањење опасности „ризика суверености“ који је присутан код сваког страног улагања, али и као инструменте којима се успоставља минимални међународни стандард у погледу вршења јавних овлашћења од стране државе која је домаћин улагања.⁵ Другим речима, држава закључењем споразума пристаје да вршење својих основних функција уподоби циљу споразума – поспешивању и заштити улагања из друге државе уговорнице. У случају повреде обавезе из споразума о заштити улагања, инвеститор друге државе уговорнице може да очекује да ће му држава домаћин исплатити одговарајућу накнаду.

² R. Bishop, J. Crawford, W. Reisman, *Foreign Investment Disputes (Cases, Materials and Commentary)*, The Hague, 2005, стр. 7, 8.

³ Види Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009, стр. 1.

⁴ У наставку овог рада се термини „улагач“ и „инвеститор“, односно „улагање“ и „инвестиција“ користе као синоними.

⁵ Z. Douglas, *op. cit.*, стр. 1.

Из онога што је речено следи закључак да се државе могу такмичити у привлачењу страних улагања превасходно тако што ће прихватати стално сужавање обима свог сувереног деловања у односу на стране инвеститоре, смањујући на тај начин ризик за улагаче и повећавајући атрактивност за улагање. При таквом стању ствари логично је питање да ли држава привлачењем страних улагања ризикује да угрози остваривање своје примарне функције – заштиту јавног интереса. Ова дилема је наметнута посебно јасно од стране организација и појединаца који се баве заштитом животне средине. Ови субјекти су изразили бојазан да би земље у развоју, у жељи да привуку стране инвестиције, могле усвојити ниже стандарде заштите у тој области. Опасност од таквог развоја догађаја је примећена и у правној теорији.⁶ Разлог за либерализацију прописа је то што високи стандарди заштите животне средине намећу трошкове инвеститорима, што државу која их примењује аутоматски чини мање привлачном за улагања. На тај начин би се земље у развоју приморале на својеврсну трку у либерализацији тих стандарда.⁷ Страх од тога да би државе могле бити обавезане на плаћање накнаде страном улагачу услед економских тешкоћа које су му проузроковане применом мере за заштиту животне средине представља вероватно најважнији разлог за пропаст пројекта усвајања текста Мултилатералног споразума о заштити инвестиција у оквиру Организације за економску сарадњу и развој (*Organization for Economic Co-operation and Development – OECD*),⁸ идеје о стварању међународног уговора универзалног карактера.

Један од начина да се спречи негативан развој догађаја био би усвајање изузетка према којем деловање државе домаћина у области заштите животне средине не повлачи за собом обавезу плаћања накнаде инвеститору, ако је он претрпео штету применом таквих мера. Циљ овог рада је да се утврди да ли у међународном праву страних инвестиција, онако како је оно присутно у међународним споразумима о заштити улагања и како се тумачи у арбитражној пракси, присутно правило које државе ослобађа обавезе плаћања накнаде инвеститору, ако му је штета нанета доношењем или имплементацијом прописа усмерених на заштиту животне средине, односно живота и здравља људи и биљног и животињског света. Анализа обухвата однос између државних мера у области заштите животне средине и

⁶ Види J. M. Wagner, *International Investment, Expropriation and Environmental Protection*, *Golden Gate University Law Review*, 29/1999, стр. 469. и даље.

⁷ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties (History, Policy and Interpretation)*, Oxford, 2010, стр. 103.

⁸ Види S. Baughen, *Expropriation and Environmental Regulation: the Lessons of NAFTA Chapter Eleven*, *Journal of Environmental Law*, 18/2006, стр. 208.

одредби савремених двостраних споразума на чију се повреду улагачи данас најчешће позивају у случају предузимања ових мера – одредби о забрани тзв. регулативне експропријације улагања.

Мере за заштиту животне средине и регулативна експропријација у изворима међународног права страних инвестиција

Двострани и вишестрани споразуми о заштити улагања данас неизоставно садрже и одредбе о забрани експропријације инвестиција физичких и правних лица друге државе уговорнице. Прецизније речено, ови споразуми садрже начелну забрану одузимања, али истовремено предвиђају услове под којима је експропријација могућа и законита. По правилу се захтева да експропријација буде извршена у **јавном интересу, без дискриминације, у законитом поступку и уз плаћање накнаде улагачу.**⁹

Одредбе о експропријацији обухватају како директну, тако и индиректну експропријацију инвестиција, кроз забрану не само формалног одузимања права својине над улагањем, већ и предузимања „мера које имају једнако дејство национализацији или експропријацији“¹⁰, односно кроз забрану да национализација или експропријација буду извршене „директно или индиректно, кроз мере једнаке експропријацији или национализацији...“¹¹

Суштина индиректне експропријације је у томе да инвеститор одређеним мерама државе домаћина може бити лишен економске користи од свог улагања, при чему није дошло до формалног преноса права својине на државу или треће лице. Сам концепт је добро објашњен у често цитираној одлуци Иранско-америчког трибунала у предмету Старет (*Starrett*), у којој се наводи:

„У међународном праву је прихваћено да државне мере могу ометати имовинска права инвеститора у тој мери и учинити их толико бескорисним, да се мора сматрати да су експроприсана, без обзира на то што држава не указује на то да је извршила њихову експропријацију и без обзира

⁹ О експропријацији страних инвестиција, укључујући питање услова за законитост експропријације види П. Ђундић, *Експропријација у међународном приватном праву инвестиција*, докторска дисертација, Нови Сад, 2010.

¹⁰ Види, на пример, члан 6. Споразума о подстицању и узајамној заштити инвестиција између Холандије и БиХ (1998) или члан 5. Споразума о подстицању и узајамној заштити инвестиција између Чешке и Молдавије (1999). Наведена формулација је иначе карактеристична нарочито за двостране споразуме о заштити улагања које, почев од седамдесетих година XX века, закључује Велика Британија. Види С. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration (Substantive Principles)*, Oxford, 2007, стр. 277.

¹¹ У питању је формулација која се јавља у великом броју споразума закључених од стране САД. Види Ibidem, стр. 276.

на то што првобитни власник формално задржава право својине над имовином.¹²

Једна од врста индиректне експропријације је и **регулативна експропријација**. Под овим називом се подразумева лишавање страног инвеститора имовинских права везаних за његову инвестицију путем регулативних мера државе општег карактера (на пример, измена прописа о томе да ли странци могу бити власници одређених добара) или појединачног карактера (на пример, издавање административних дозвола за обављање одређених делатности).

Питање које се у вези са регулативном експропријацијом појавило у арбитражној пракси и једним делом је обрађено у правној теорији је следеће – да ли државне регулативне мере усмерене на заштиту животне средине, имајући у виду општеприхваћено схватање о њиховом друштвеној корисности, могу представљати експропријацију и да ли могу довести до наступања одговорности државе домаћина улагања? Одговор на постављено питање има изузетан практичан значај јер од њега зависи и то да ли ће држава која предузме економски штетне мере по инвеститора као што су, на пример, забрана производње, увоза, прераде хемикалија које су штетне по животну средину или забрана складиштења опасног отпада у одређеном подручју бити дужна да инвеститору исплати накнаду за претрпљену штету. Другим речима, од тога да ли делатност државних органа у области заштите животне средине представља **уобичајену регулацију** или **експропријацију**, зависи и то да ли ће трошкове повезане са том делатношћу сносити погођени појединац (страни улагач) или друштво као целина (грађани, односно порески обвезници).

У правној теорији и арбитражној пракси се проблем трагања за критеријумом за разликовање легитимне регулативне активности државе од експропријације своди на добро познату дилему о томе да ли је **друштвено корисна сврха** предузете мере релевантна за настанак одговорности или предност у анализи треба дати економском дејству мере на имовинска права улагача.¹³

Начело према којем држава домаћин не може бити одговорна за штету коју инвеститор претрпи услед мера предузетих у оквиру опште регулативне активности државе, прихваћено је у међународном праву страних инвестиција као тзв. **доктрина „јавних овлашћења“** државе (енг. *police*

¹² *Starrett Housing Corp. et al., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.*, стр. 154. Наведено према М. Brunetti, *The Iran – United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11 and the Doctrine of Indirect Expropriation*, *Chicago Journal of International Law*, 2/2001, стр. 206.

¹³ Више о томе код П. Ђундић, *Право на регулисање страних улагања (Индиректна експропријација у савременој арбитражној пракси)*, *Правни животић*, 12/2008, стр. 381-393.

powers). Синтагма „јавна овлашћења“ је преузета из праксе америчког Врховног суда, настале у споровима о повреди уставом гарантованог права на имовину од стране државе, и означава право државе да се стара о остваривању признатих друштвених циљева и опште добробити.¹⁴ У контексту експропријације, она се понекад може јавити „не као критеријум који се одмерава у односу на друге факторе, већ као одлучујући елемент који аутоматски ослобађа државу сваке дужности плаћања накнаде.“¹⁵ Доктрина је резултат чињенице да обичајно међународно право признаје овлашћење државе да се упусти у регулативну активност, са циљем постизања добробити и сигурности њеног становништва.¹⁶ У правној теорији се понекад са истим значењем говори и о потреби заштите „врховног јавног интереса“, који је разлог за одступање од правила да је држава домаћин дужна да исплати накнаду страном улагачу увек када је он њеним мерама лишен својих имовинских права у целини или у значајној мери.¹⁷

Гледиште о којем је реч потекло је из америчке теорије међународног права и уговорне праксе. Према коментару г уз параграф 712. америчког Трећег ристејтмента права међународних односа (1987):

„...држава није одговорна за губитак имовине или друге економске тешкоће које проистичу из општег опорезивања у доброј вери, регулисања, конфискације због кривичног дела и за друге активности такве врсте за које је општеприхваћено да спадају у јавна овлашћења државе, ако нису дискриминаторне ни предузете са циљем да странац препусти имовину држави или је прода по неповољној цени.“

Доктрина јавних овлашћења успоставља начелну могућност да држава домаћин избегне одговорност за штету коју је нанела страном улагачу приликом предузимања регулативне активности са циљем заштите легитимних јавних интереса. Она сама, међутим, не пружа одговор на питање који су то јавни интереси довољно важни да њихово остваривање може да оправда одступање од обавезе да се причињена штета надокнади, посебно да ли се међу тим интересима налази и заштита животне средине. Чак и у самом коментару уз параграф 712. Трећег ристејтмента права међународних односа, након успостављања правила да држава није одговорна за губитке нанете странцу вршењем јавних овлашћења, наводи се да је: „као и

¹⁴ Види J. A. Stanley, *Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence*, *Emory International Law Review*, 15/2001, стр. 373.

¹⁵ OECD, *International Investment Law, A Changing Landscape*, Paris, 2005, стр. 67.

¹⁶ Види N. Rubins, N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution (A Practitioner's Guide)*, Oxford, 2005, стр. 183.

¹⁷ Види S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration (Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation)*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, стр. 277.

према уставном праву САД, линију између „одузимања“ и регулације некада тешко утврдити.“

У вези са овим проблемом, поједини аутори истичу да је немогуће унапред, независно од околности случаја, сачинити листу јавних интереса који изискују посебну заштиту, али да је реч о малобројним интересима који оправдавају наношење имовинске штете инвеститорима у изузетним околностима.¹⁸ Са друге стране, у литератури постоје покушаји да се, примера ради, идентификују њихове категорије. Тако професори Зон (*Sohn*) и Бакстер (*Baxter*), аутори нацрта Харвардске конвенције о међународној одговорности држава за штету причињену странцима (енг. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*), наводе да држава осим у изузетним случајевима не дугује исплату накнаде за штету која проистекне из активности надлежних власти усмерених на заштиту јавног реда, здравља и морала.¹⁹

Један од предлога који се може пронаћи у правној теорији је и да се легитимитет интереса установљава имајући у виду „важеће друштвене стандарде разумно прихватљивог понашања“.²⁰ Имајући у виду актуелну забринутост и свест јавности о потреби заштите животне средине, доношење прописа који имају овај циљ је *prima facie* легитимно.²¹ Такође, у доктрини се јављаја и гледиште да је листу легитимних јавних циљева могуће утврдити на основу „међународне праксе“.²² То би значило да се легитимним могу сматрати они регулативни циљеви које су као такве препознале како индустријски развијене земље, тако и земље у развоју. Одредбе међународних уговора и правила обичајног међународног права би такође требало да помогну приликом утврђивања да ли је интерес који држава истиче као разлог за законодавно деловање оправдан.²³ При томе се посебно истиче да су у последњих неколико деценија обе групе држава прокламовале заштиту животне средине као важан државни интерес, те да се регулативне мере државе у овој области вероватно не могу сматрати индиректном експропријацијом улагања.²⁴

Под утицајем оваквих гледишта, у новијим међународним уговорима о заштити и подстицању улагања јављају се одредбе чији је циљ да очувају

¹⁸ Види *Ibidem*, стр. 280, 281.

¹⁹ Види став 5. члана 10. нацрта Харвардске конвенције и пратећи текст коментара уз ову одредбу у L. B. Sohn, R. R. Baxter, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, *American Journal of International Law*, 55/1961, стр. 554, 561.

²⁰ T. Waelde, A. Kolo, Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, 50/2001, стр. 827.

²¹ *Ibidem*, стр. 827, 828.

²² Види A. S. Weiner, Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes, *Recurring Themes/Thèmes récurrents*, vol. 5, 3/2003, стр. 173.

²³ *Ibidem*, стр. 174.

²⁴ *Ibidem*.

право држава уговорница да предузимају регулативну делатност у циљу заштите животне средине. Тако је, на пример, у XI поглављу Северноамеричког споразума о слободној трговини (*North American Free Trade Agreement* – у даљем тексту НАФТА) посвећеном заштити инвестиција садржана одредба члана 1114. која предвиђа:

„1. Ништа у овом поглављу се не може тумачити тако да спречава државу уговорницу да усвоји, задржи или изврши било коју меру иначе у складу са овим поглављем, коју сматра прикладном како би осигурала да се инвестициона активност на њеној територији спроводи на начин који води рачуна о интересима животне средине.

2. Државе уговорнице констатују да је непримерено подстицати инвестиције кроз ублажавање домаћих здравствених, безбедносних и мера у области животне средине. У складу са тим, држава уговорница не би требало да одустане од таквих мера или да их на други начин дерогира или да понуди да одустане од тих мера или да их на други начин дерогира, са циљем установљавања, прибављања, проширења или задржавања инвестиције на својој територији. Ако једна држава уговорница сматра да је друга држава уговорница понудила такав подстицај, може захтевати консултације са другом државом уговорницом, са циљем да се такав подстицај избегне.“²⁵

Корак даље у заштити права држава да регулишу односне у материји заштите животне средине, без претње да ће бити проглашене одговорним за индиректну експропријацију иде Модел ВИТ Канаде (2004) који у члану 10. предвиђа опште изузетке од обавеза држава предвиђених споразумом. У ставу 1. овог члана се наводи:

„Под резервом захтева да се такве мере не примењују на начин који би представљао арбитрерну или неоправдану дискриминацију између инвестиција или између инвеститора, или прикривено ограничење међународне трговине или инвестиција, ништа у овом споразуму се не може тумачити тако да спречава државу уговорницу да усвоји или изврши меру неопходну:

- (а) за заштиту људског, животињског или биљног живота или здравља;
- (б) да би се осигурало поштовање закона и прописа који нису супротни овом споразуму;
- (в) за очување живих или неживих потрошних природних извора.“

Овај документ такође садржи ближе објашњење о томе које се државне мере не могу сматрати експропријацијом улагања. У члану 13. је при-

²⁵ Готово идентична формулација садржана је у члану 12. Модел БИТ САД (2004). Такође, члан 11. Модел БИТ Канаде (2004) садржи одредбу врло сличну овде цитираном ставу 2. члана 1114. НАФТА.

сутна уобичајена забрана предузимања директне или индиректне експропријације улагања, односно мера са једнаким дејством, осим у јавном интересу, у законитом поступку, на недискриминаторан начин и уз исплату хитне, одговарајуће и ефективне накнаде. Међутим, у анексу Б 13 (1) под ц истог акта прецизирано је следеће:

„Осим у ретким ситуацијама, као што је она када је мера или серија мера тако тешка у светлу своје сврхе, да се не може разумно сматрати да је усвојена и примењена у доброј вери, недискриминаторне мере државе уговорнице створене и примењене како би се заштитили легитимни циљеви јавне добробити, као што су **здравље, безбедност и животна средина**, не чине индиректну експропријацију.“²⁶

Такође, Модел међународног уговора о инвестицијама за одрживи развој, усвојен у оквиру Међународног института за одрживи развој, 2005. године предвиђа да се забрана експропријације не односи на државне мере предузете у доброј вери са циљем заштите или унапређења здравља, безбедности или животне средине, али посебно наглашава да је у питању правило које је „...у складу са правом држава да регулишу и начелом обичајног међународног права о јавним овлашћењима...“.²⁷

Мере за заштиту животне средине и регулативна експропријација у арбитражној пракси

Имајући у виду значај заштите животне средине и место које овај друштвени циљ заузима у правној доктрини и савременим правним изворима који регулишу односе између држава и страних инвеститора, могло би се очекивати да је у арбитражној пракси прихваћено правило по којем држава домаћин не одговара за експропријацију улагања ако је штета по интересе инвеститора резултат државне мере усмерене на очување животне средине или спречавање њеног загађења. Међутим, арбитражна пракса показује да је постојање овог изузетка само делимично прихваћено, али ни тада безусловно.

Прво, постоје арбитражне одлуке у којима се сврха²⁸ деловања државе домаћина потпуно одбацује као оправдање и основ искључења одговор-

²⁶ Нагласак аутора. Слична одредба се може пронаћи у анексу Б америчког Модел БИТ (2004).

²⁷ Члан 8 (И).

²⁸ Питање да ли је друштвено корисна **сврха** деловања државе домаћина подобна за то да је ослободи обавезе исплате накнаде страном улагачу у случају да му је државном мером нанета штета, треба добро разликовати од питања улоге коју **намера** државе, у смислу предузимања вољног акта са циљем да се инвеститору проузрокује штета или да се он лиши свог улагања, има у анализи потенцијалних случајева регулативне експропријације. О питању да ли је намера државе да изврши експропријацију нужна за настанак одговорности види П. Ђундић, Експропријација у међународном приватном праву инвестиција, стр. 205, фуснота 775.

ности ако је актом који се може приписати држави проузрокована значајна штета за инвеститора. Реч је о схватању према којем се увек сматра да је експропријација наступила ако је инвеститор државним мерама лишен у целини или у значајној мери економске користи од свога улагања, његове вредности или могућности да њиме управља, при чему су мотиви деловања власти државе домаћина или потпуно неважни или се налазе у другом плану.²⁹ Најпознатије арбитражне одлуке у којима је усвојен такав приступ проблему експропријације улагања за свој предмет су имале управо државне мере усмерене на заштиту животне средине. Реч је о одлукама Металклад против Мексика (*Metalclad v. Mexico*)³⁰ и Санта Елена против Костарике (*Santa Elena v. Costa Rica*).³¹ У оба случаја мотивација за деловање државних власти била је наводна забринутост за последице загађења услед деловања улагача по здравље људи, односно опстанак биљног и животињског света.³² Посебно је упечатљив део образложења арбитражне одлуке у предмету Санта Елена против Костарике у којем арбитражно веће говори о чињеници да су власти ове државе одузеле америчком инвеститору земљиште намењено изградњи туристичког комплекса у циљу заштите угрожене биљних и животињских врста:

„Мере експропријације у циљу заштите животне средине – без обзира колико су достојне хвале и корисне за друштво као целину – су, у овом смислу, сличне било којим другим мерама експропријације које држава може спровести у циљу остваривања своје политике: ако је имовина изложена експропријацији, чак и из разлога заштите животне средине, на унутрашњем или међународном нивоу, остаје обавеза државе да исплати накнаду.“³³

²⁹ О тзв. доктрини искључивог дејства (енг. *Sole effect doctrine*) у материји регулативне експропријације види код R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 103.

³⁰ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award, August 30, 2000.

³¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. The Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), Final Award, February 17, 2000.

³² За детаљнији опис чињеница случаја у овим предметима види П. Ђундић, *Право на регулисање страних улагања* (Индијектна експропријација у савременој арбитражној пракси), стр. 384, 385.

³³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. The Republic of Costa Rica*, пасус бр. 72. Потребно је, међутим, нагласити да у овом случају међу странкама није било спорно да је експропријација извршена, због тога што је Влада Костарике то одузимање извршила директно, доношењем декрета, већ је био споран само износ накнаде за одузето улагање. Због тога образложење одлуке садржи само схватање арбитражног суда о важећем правилу међународног инвестиционог права у овој материји које он није имао прилику да примени у конкретном случају.

С друге стране се налазе арбитражне одлуке које дају држави домаћину право да предузима мере у циљу заштите животне средине, без обавезе да исплати накнаду оштећеном инвеститору. Начелно, оне имају своје теоријско полазиште у доктрини јавних овлашћења која је прихваћена као обичајно правно правило међународног права и у одређеном броју арбитражних одлука које се нису директно односиле на државне мере предузете у области заштите животне средине.³⁴ Када је конкретније реч о одлукама у којима арбитражни судови показују разумевање за регулативну активност државе у овој области, један од најпознатијих примера је одлука арбитражног већа у предмету *Метанекс против САД (Metanex v. USA)*, из августа 2005. године.³⁵

Спор је у овом случају настао као последица одлуке гувернера Калифорније Греја Дејвиса (*Gray Davis*), донете током 1999. године, да се у овој америчкој савезној држави постепено забрани употребе адитива *MTBE* у бензину који се продаје на територији Калифорније. Тиме је нанета значајна економска штета канадском привредном друштву *Метанекс*, које је у време настанка спора било највећи светски произвођач метанола. Адитив *MTBE* се добија управо из метанола, а чињеница да је његова употреба забрањена у Калифорнији довела је до тога да *Метанекс* изгуби приступ значајном тржишту за продају свог производа, имајући у виду да је у то време 30 процената укупне количине метанола који се продавао у свету коришћен за производњу *MTBE*. Од укупне глобалне потражње метанола који се користио за добијање забрањеног адитива, потражња на тржишту Калифорније је представљала 6 процената.³⁶ Главни разлог за забрану је, према образложењу одлуке гувернера Дејвиса, била чињеница да се *MTBE* складиштио у подземним резервоарима, те да би његово истицање из ових резервоара могло представљати значајан ризик од загађења земљишта и пијаће воде.³⁷

У децембру 1999. године, *Метанекс* је покренуо арбитражу против САД на основу НАФТА, тврдећи да су поступцима тужене државе повређени чланови 1102. (стандард националног третмана), 1105. (стандард по-

³⁴ Види, на пример, арбитражне одлуке у предметима *Marvin Feldman v. Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1), Award, December 16, 2002; *Saluka Investments BV v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Partial Award, March 17, 2006; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/9), Award, September 5, 2008.

³⁵ *Metanex Corporation v. United States of America* (UNCITRAL), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005

³⁶ Види L. J. Dhooge, The Revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation pursuant to the North American Free Trade Agreement, *American Business Law Journal*, 38/2001, стр. 494, 495. Рад садржи детаљан опис и анализу калифорнијске одлуке о забрани употребе *MTBE* као адитива у бензину и тужбе *Метанекса* пред арбитражним судом.

³⁷ *Ibidem*, стр. 477.

штеног и правичног третмана) и 1110. (забрана експропријације улагања) овог извора. Разматрајући тужбени захтев у делу који се односи на експропријацију улагања, арбитражни суд је прво констатовао да, супротно тврдњама тужене државе, приступ тржишту који је наводно одузет тужиоцу може да представља имовинско право које улази у појам „инвестиције“ у смислу НАФТА.³⁸ Након тога, арбитражни суд је закључио да је за постојање експропријације довољно да држава предузме регулативну активност која је има смишљено дискриминаторан карактер у односу на страног инвеститора. Међутим, он је назначио да сматра правилом међународног права и следеће правило:

„...недискриминаторна регулација у јавном интересу, која је донета у складу са законитим поступком и која погађа, између осталог, страног инвеститора или инвестицију, не сматра се експропријаторном и не повлачи право на накнаду, осим ако регулативне власти нису преузеле конкретне обавезе према тада потенцијалном страном инвеститору који разматра инвестирање, да ће се уздржати од такве регулације.“³⁹

Према гледишту арбитражног већа, власти Калифорније никада нису преузеле према Метанексу обавезу да ће се уздржати од регулативне делатности, те овде не може бити речи о експропријацији. Штавише, тужилац је пословао на тржишту државе за коју је познато да њене институције надлежне за заштиту животне средине ригорозно прате употребу појединих хемијских средстава у индустрији и последице њиховог утицаја на здравље и животну средину, као и да су те институције често у прошлости прибегавале забрани тих средстава како би оствариле своје циљеве.⁴⁰

Образложење одлуке арбитражног већа у случају Метанекс, иако нигде не помиње изричито овај појам, се заснива на схватању о потреби да се пружи заштита **легитимних очекивања инвеститора**. Оно јасно кореспондира са схватањем које је изнето у доктрини неколико година пре доношења одлуке у овом предмету, да за страног улагача не представљају проблем еколошки прописи који постоје у тренутку када он планира улагања и чије поштовање може да укалкулише у трошкове свог пословног подухвата, већ накнадно поштравање тих прописа од стране државе домаћина са којим улагач није рачунао.⁴¹ Међутим, правило које ова одлука тежи да установи је да страни улагач, у одсуству изричитог супротног обећања које је добио од државе, мора трпети негативне последице промене законодавства државе домаћина усмереног на остваривање легитимних

³⁸ *Metanex Corporation v. United States of America*, Part IV, Chapter D, пасус бр. 17.

³⁹ *Ibidem*, пасус бр. 7.

⁴⁰ *Ibidem*, пасус бр. 9.

⁴¹ Види Т. Waelde, А. Kolo, *op. cit.*, стр. 819.

друштвених циљева, у које несумњиво спада и заштита животне средине. Једини услов који мора бити испуњен да би држава уживала овакву слободу је да регулативна делатност не буде дискриминаторна, односно да њен циљ није намерна дискриминација страног улагача.

Једна карактеристика се издваја код готово свих спорова који су настали као последица штете проузроковане страним инвеститорима услед активности државе на пољу заштите животне средине. Реч је о томе да страни инвеститори по правилу тврде да стварна сврха деловања државе није била да оствари поменути циљ, већ да је реч о мерама иза којих стоје другачији мотиви, као што је прикривени економски протекционизам. Таква аргументација се заснива на чињеници да ће „имајући у виду политичку легитимност еколошких циљева, регулација која је по својој суштини протекционистичка бити политички прихватљивија ако се на сцени појављује прерушена у еколошку одећу.“⁴² Тако је у предмету *Метанекс против САД* тужилац тврдио да је основни циљ постепене забране употребе *МТВЕ* као адитива за бензин у Калифорнији био да се омогући његова замена етанолом и да се тиме обезбеди тржиште за домаћу индустрију производње етанола.⁴³

Најбољи начин да се држава домаћин одбрани од тврдњи да предузета мера представља прикривени економски протекционизам јесте да понуди као доказ научну студију која би указала на то да је делатност инвеститора штетна по животну средину.⁴⁴ Тако су Сједињене Америчке Државе у спору против *Метанекса* користиле извештај о потенцијалној штетности *МТВЕ* за животну средину и здравље људи чији је аутор био Универзитет Калифорније. Иако је тужилац оспоравао наводе из тог извештаја налазима вештака које је ангажовао, арбитражни суд је закључио да је извештај резултат озбиљног, објективног и научног приступа његових аутора, те да се не може прихватити тврдња *Метанекса* да је он научно неутемељен.⁴⁵ Сумирајући чињенично стање које је утврдио у вези са употребом адитива *МТВЕ*, у погледу политике власти Калифорније усмерене на то да се он постепено избаци из употребе, арбитражни суд је навео:

„Ова политика је била мотивисана искреним уверењем које је настало у доброј вери и било засновано на разумним научним основама, да *МТВЕ* загађује воду и да је његово уклањање тешко и скупо.“⁴⁶

⁴² *Ibidem*, стр. 820.

⁴³ *Metanex Corporation v. United States of America*, Part II, Chapter D, пасуси бр. 24, 25.

⁴⁴ Види R. Moloo, J. Jacinto, *Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under International Treaties*, Berkeley Journal of International Law, vol. 29, 1/2011, стр. 25.

⁴⁵ *Metanex Corporation v. United States of America*, Part III, Chapter A, пасус бр. 101.

⁴⁶ *Ibidem*, пасус бр. 102 (2).

Уколико тужена држава не може да понуди научни доказ који би послужио као сонова искреног уверења о којем говори веће у претходно цитираном спору, арбитражни суд неће прихватити тврдњу државе да није одговорна за регулативну експропријацију, само на основу чињенице да представници државе изјављују да је она деловала у заштити јавног интереса. Дobar пример је још један спор настао под окриљем НАФТА. У предмету *С. Д. Мајерс против Канаде (S. D. Mayers v. Canada)*,⁴⁷ спор је био резултат одлуке канадских власти да забране извоз хемијског отпада *PCB* из Канаде у САД. Тиме је проузрокован економски губитак америчком инвеститору који је преко свог канадског друштва кћери извозио отпад у САД и тамо вршио његову прераду. Према тврдњама тужене државе, мера забране извоза је уведена због тога што су канадске власти биле уверене да хемијско једињење *PCB* представља значајну опасност за здравље и животну средину, ако се дозволи извоз без неопходних гаранција у погледу његовог безбедног транспорта и уништавања.⁴⁸ Међутим, разматрајући доказе у целини, арбитражни суд је закључио да је Канада била првенствено вођења интересом да се обезбеди већи тржишни удео за домаћа привредна друштва која се баве прерадом и уништавањем *PCB*.⁴⁹

У *С. Д. Мајерс против Канаде*, тужена држава се није позвала на конкретну научну студију која би поткрепила потенцијалну штетност по животну средину слободног извоза хемијског отпада из Канаде у САД. Уместо тога, она је инсистирала на својим обавезама на основу Конвенције о контроли прекограничног кретања и одлагања опасног отпада од 1989. године (Базелска конвенција). Према тврдњама канадских власти, Базелска конвенција је забрањивала извоз опасног отпада у државу која није њена уговорница (у време спора САД су потписале, али нису ратификовале ову конвенцију). Међутим, према тумачењу које је усвојило арбитражно веће, члан 11. Базелске конвенције изричито дозвољава државама уговорницама закључење двостраних или вишестраних уговора који би на другачији начин регулисали прекогранични транспорт отпада, под условом да то није у супротности са циљевима конвенције. Канада и САД су биле уговорнице двостраног споразума о прекограничном транспорту опасног отпада који је уређивао његово кретање преко канадско-америчке границе.⁵⁰

На основу текста образложења одлуке у овом спору, чини се да је главни разлог због којег Канада није успела да докаже постојање искрене

⁴⁷ *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada (UNCITRAL)*, Partial Award, November 13, 2000.

⁴⁸ *Ibidem*, пасус бр. 152.

⁴⁹ *Ibidem*, пасус бр. 162.

⁵⁰ *Ibidem*, пасус бр. 213. Види, такође, пасусе бр. 205-207.

жеље да заштити животну средину и здравље људи увођењем забране извоза тај што једноставно арбитражном суду није показала у чему се у конкретним околностима, имајући у виду научне доказе, састоји опасност у транспорту *PCB* из Канаде у САД. Посебно када се има у виду да је пут који би отпад прелазео из Канаде до тужиочевог постројења за прераду у САД био краћи од пута између одређених провинција унутар Канаде.⁵¹ На крају, део тужбеног захтева тужиоца који се односио на регулативну експропријацију ипак је одбијен, пре свега захваљујући чињеници да је забрана извоза била на снази само привремено.⁵² Ипак, тужена држава је проглашена одговорном за повреду стандарда националног третмана и поште-ног и правичног третмана улагања.⁵³

У предмету Текмед против Мексика (*Tecmed v. Mexico*),⁵⁴ арбитражни суд је такође испитивао сврху одлуке мексичких савезних власти да друштву кћери шпанског инвеститора не обнове дозволу за рад постројења за складиштење опасног отпада и наложе његово затварање, али је, за разлику од већа у С. Д. Мајерс против Канаде, закључио да је извршена експропријација улагања. Мексичке власти су одлуку да одбију поновно издавање дозволе образложиле тиме што је тужиочево предузеће претходно у три наврата било кажњено због непрописног складиштења отпада.⁵⁵ Одбрана Мексика се у суштини сводила на тврдњу да одлука којом се одбија обнављање дозволе спада у круг регулативних овлашћења државе, те не може бити сматрана експропријацијом према међународном праву.⁵⁶

Арбитражно веће је прво изричито одбацило тврдњу да су регулативне мере државе саме по себи искључене из круга аката којима се може извршити индиректна експропријација.⁵⁷ Веће се концентрисало на то да утврди сврху предузимања мере којом је проузрокована штета тужиоцу. Међутим, оно није једноставно прихватило тврдњу Мексика да је мера имала за циљ заштиту живота и здравља људи и животне средине. На основу изведених доказа, арбитражни суд је закључио да рад постројења за складиштење отпада никада није представљао стварну претњу за животну средину. Штавише, инспекцијски надзор који је раније спровела Канцеларија савезног јавног тужиоца за заштиту животне средине утврдио је постојање само мањих пропуста. Инвеститор је за ове прекршаје ка-

⁵¹ Види R. Moloo, J. Jacinto, *op. cit.*, стр. 32.

⁵² *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada*, пасус бр. 284. Забрана је трајала 18 месеци.

⁵³ *Ibidem*, пасуси бр. 256, 268

⁵⁴ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award, May 29, 2003.

⁵⁵ *Ibidem*, пасус бр. 99.

⁵⁶ *Ibidem*, пасус бр. 97.

⁵⁷ *Ibidem*, пасус бр. 121.

жњен новчаним казнама, при чему је надлежни орган констатовао да пропусти не представљају значајнији ризик за животну средину, еколошки баланс или здравље људи.⁵⁸

Стварни и одлучујући разлог за меру којом је инвеститор лишен свог улагања биле су политичке и друштвене околности повезане са радом складишта.⁵⁹ Локално становништво је било против постојања складишта отпада на локацији за коју су сматрали да је сувише близу насељеног места, па се због тога тужилац у више наврата суочио са протестима. Према схватању арбитражног суда, реакција савезних власти (одбијање обнављања дозволе за рад) усмерена на ублажавање политичког притиска је сама по себи легитимна, али је спречавање тужиоца да обавља своју делатност представљало меру непропорционалну стварној опасности, с обзиром на то да противљење локалне заједнице локацији складишта, иако константно и изражено у медијима, није било масовно и није представљало „стварну кризу или катастрофу огромних размера.“⁶⁰

Одлука донета у спору Текмед против Мексика још једном потврђује да није довољно да држава домаћин једноставно понуди разлоге заштите животне средине као објашњење за меру којом су нарушена имовинска права инвеститора, да би била ослобођена одговорности за регулативну експропријацију. Арбитражни суд ће, поред других фактора, покушати да заснује одлуку на стварним мотивима који стоје иза регулативне мере. Као што наводи арбитражно веће у С. Д. Мајерс против Канаде, приликом одлучивања о томе да ли деловање државе представља експропријацију, арбитражни суд мора занемарити форму и „сагледати стварне интересе, сврху и дејство владиних мера.“⁶¹ Када држава домаћин улагања не поседује валидан и недвосмислен научни доказ о томе да делатност улагача представља опасност за животну средину, за њу није упутно да преузима ризик уласка у спор са страним улагачем. Овакво размишљање је било доминантно у предмету Етил против Канаде (*Ethyl v. Canada*). У овом спору је амерички тужилац тврдио да је Канада повредила, између осталог, одредбу НАФТА о забрани експропријације, тако што је усвојила закон којима се забрањује увоз хемијске супстанце ММТ коју је производио тужилац.⁶² Тужилац је могао да настави производњу ММТ у Канади, преко локалног друштва кћери, због тога што производња у самој Канади није била забрањена. Спор је окончан поравнањем странака којим се тужена држава оба-

⁵⁸ *Ibidem*, пасус бр. 124.

⁵⁹ *Ibidem*, пасус бр. 127.

⁶⁰ *Ibidem*, пасус бр. 144.

⁶¹ *S. D. Mayers, Inc. v. Government of Canada*, пасус бр. 285.

⁶² Наведено према Т. Waelde, А. Kolo, *op. cit.*, стр. 838.

везала да исплати инвеститору 13 милиона америчких долара због губитака за време трајања забране, да укине забрану и да изда јавно саопштење којим прихвата чињеницу да забрана није била заснована на поузданим научним чињеницама о штетности поменуते супстанце.⁶³

Закључак

Заштита животне средине као разлог деловања државних власти у правној теорији и појединим изворима међународног инвестиционог права данас недвосмислено ужива статус легитимног законодавног интереса. У контексту и аналитичком оквиру доктрине јавних овлашћења ово би значило да државна мера предузета у циљу заштите животне средине, иако се њоме наноси економска штета страног улагачу, не може довести до одговорности државе за регулативну експропријацију. Арбитражна пракса ипак показује суздржанији приступ питању регулативне слободе држава у овој области. Право државе да регулише без обавезе исплате накнаде инвеститору није безусловно. Потребно је да државна мера буде предузета у доброј вери, тј. са стварном сврхом заштите животне средине и уверењем да је она неопходна, односно да је недискриминаторног карактера – да не издваја страног улагача са циљем да му се нанесе штета. Осим тога, у арбитражној пракси постоји тенденција да се легитимна сврха државне мере одмерава спрам других фактора као што су легитимна очекивања улагача и степен економског губитка који је изазван мером. Поступак у којем се сврха државне мере анализира само као један од фактора од значаја за закључак да ли је држава извршила регулативну експропријацију, може, теоријски посматрано, у будућности довести до одговорности државе и када је мера предузета са стварним циљем заштите животне средине и на недискриминаторној основи. Ипак, у пракси још увек не постоји пример такве арбитражне одлуке, а имајући у виду све већи политички и друштвени значај заштите животне средине, тешко је очекивати да ће настати у будућности.

⁶³ *Ibidem.*

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

Measures for Protection of the Environment and the Breach of a Foreign Investor's Rights

Abstract

The paper analyses the relationship between state measures aimed at protecting the environment and the so-called regulative expropriation of investment. Protection of the environment has established itself as a legitimate regulative purpose in legal doctrine and in a number of sources of international foreign investment law. In the analytical framework of police powers doctrine it would suggest that state measures taken for environmental reasons, even if they are harmful for the economic interests of foreign investor, cannot be considered regulative expropriation. However, arbitral practice shows more restrictive approach towards regulative freedom of states in this area. The right of state to regulate without imposition of a duty to compensate a foreign investor for his loss is not unconditionally accepted. The regulative measure must be taken in good faith, i.e. with the true purpose of protecting the environment and nondiscriminatory in its character. Furthermore, there is a tendency in arbitral practice that the legitimate regulative purpose of state measure is weighed against other factors such as legitimate expectations of a foreign investor and the level of his economic loss in order to determine whether the expropriation has occurred.

Key words: protection of the environment, foreign investments, regulative expropriation, investment arbitration, public interest.