

Др Пејтар Бундић, доцент  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду

## ПРОТИВТУЖБА У ИНВЕСТИЦИОНОЈ АРБИТРАЖИ КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ<sup>1</sup>

**Сажетак:** Рад се бави могућношћу да тужена држава у инвестиционој арбитражи користи противтужбу као инструмент за утврђивање одговорности улагача због повреде животне средине. Анализа је усмерена на две најважније прејреке које стоје на путу оваквом коришћењу противтужбе. Прва се тиче питања да ли је улагач окретањем арбитраже државе пријема улагања дао прилику за то да арбитражни суд решава и о захтевима из противтужбе. Арбитражна пракса нарочито показује да се проблем јавља у вези са тумачењем услова блиске везе (конекције) између спорa и захтева истакнутих у противтужби, као услова доуштености противтужбе. Такође, под условом да је арбитражни суд утврдио да је надлежан за одлучивање о противтужби и да је она доуштена, јавља се проблем њене нормативне основе. Реч је о питању да ли правна правила која арбитражни суд примењује на суштину спорa садрже обавезу за улагача чија би повреда била основ за подношење противтужбе.

**Кључне речи:** инвестиције, арбитража, животна средина, противтужба.

### 1. Увод

Пословна делатност страних улагача и повећање обима страних улагања не би требало да негативно утичу на животну средину у држави пријема нити да доведу до снижавања стандарда заштите овог добра. Одрживи развој привреде је најважнији разлог за такмичење земаља у развоју у погледу привлачења страних улагања. У међународним уговорима, дво-

---

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

страним или вишестраним, који се закључују у циљу подстицања и заштите улагања у последњих десетак година нагласак је управо на одрживости економског развоја. Према истраживању Организације за економску сарадњу и развој (*Organization for Economic Cooperation and Development*), у више од половине двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања (енг. *Bilateral Investment Treaties*, у даљем тексту: БИТ) који су закључени након 2005. године садржане се одредбе у којима се помиње интерес заштите животне средине.<sup>2</sup> Место оваквих одредаба у међународним уговорима је различито од случаја до случаја. Најчешће се заштита животне средине помиње у преамбули уговора у којој се она апострофира као интерес држава уговорница, у одредбама у којима се стране уговорнице обавезују да неће снижавати стандарде заштите у циљу привлачења улагања<sup>3</sup>, те у онима које установљавају право држава уговорница да регулишу односе који се тичу животне средине<sup>4</sup>, без опасности да се то сматра повредом обавезе из међународног уговора.<sup>5</sup>

Питање поштовања норми које се односе на заштиту животне средине може бити значајно у инвестиционој арбитражи из различитих разлога. Примера ради, да ли је улагач поштовао прописе на снази у држави пријема улагања у овој материји кључно је за закључак о томе да ли је улагање извршено у складу са прописима државе уговорнице, што је у многим БИТ неопходан услов да би улагање уживало заштиту.<sup>6</sup> Са друге стране, непримењивање или чак отворено кршење прописа о заштити животне средине од стране државе може да повреди неки од материјалноправних стандарда заштите улагача из међународног уговора о заштити улагања и да доведе до одговорности државе. То ће бити случај када је улагач планирао свој пословни подухват на основу уверења да ће држава пријема улагања спроводити своје еколошке прописе.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Вид. Kathryn Gordon (Гордон), Joachim Pohl (Пол), *Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey*, *OECD Working Papers on International Investment* 01/2011, 5.

<sup>3</sup> Вид., на пример, чл. 11. Модел БИТ Канаде (2004). Текст овог документа на енглеском језику доступан је на: <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

<sup>4</sup> Вид. чл. 12 ст. 3. Модел БИТ САД (2012). Вид. на: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>6</sup> Уопштено о надлежности арбитражног суда да одлучује о заштити улагања када је понашање улагача било противно прописима државе пријема улагања види, на пример, арбитражне одлуке у предметима *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), Award, July 14, 2010 и *Marvin Feldman v. Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1), Award, December 16, 2002.

<sup>7</sup> Види о еколошкој регулативи у овом контексту код Jorge E. Viñuales (Вињуалес), *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge 2012, 89, 90.

Без обзира на непоречив значај поменутих питања, она не представљају предмет овог рада. Његов циљ је другачији – да испита могућност да држава пријема улагања у инвестиционој арбитражи користи противтужбу као процесно средство којим ће принудити инвеститора да плати накнаду штете за случај повреде прописа о заштити животне средине, те да на тај начин индиректно обезбеди заштиту овог добра у поступку реализације страних улагања. За остваривање овог циља држави стоје на путу две препреке о којима ће бити речи у наставку рада. Прва се тиче проблема надлежности арбитражног суда за овакве противтужбе. Наиме, спорно је да ли је у инвестиционој арбитражи, имајући у виду специфичан карактер арбитражног споразума на којем су оне засноване, противтужба државе уопште могућа. Друга препрека се односи на нормативну основу противтужбе. Ако је арбитражни суд овлашћен да одлучи о томе да ли је инвеститор повредио норму које се односе на заштиту животне средине, шта је правни извор ових норми? Да ли је то национално право државе пријема, међународни уговор или обичајно правно правило међународног права? У редовима који следе покушаћемо да дамо свој допринос одговорима на наведена питања.

## 2. Надлежност арбитражног суда и допуштеност противтужбе државе

Ноторна је чињеница да се заштита страним улагањима у савременим условима пружа првенствено закључењем међународних уговора посвећених овом питању. Најзначајнији аспект ових уговора је чињеница да се њима обезбеђује право улагача из једне државе уговорнице да непосредно тужи другу државу уговорницу пред међународним арбитражним судом, уколико сматра да му је она повредила неко субјективно право гарантовано уговором.<sup>8</sup> Једностраност система заштите је такође једно од његових најзначајнијих обележја. Она подрзумева да се покретање арбитраже оставља на вољу инвеститору, односно да се у улози тужиоца у инвестиционој арбитражи јавља готово искључиво страни улагач.

Да би у оваквом систему противтужба државе била могућа, она прво мора бити дозвољена процесним механизмом, тј. правилима поступка која уређују арбитражу у датом случају. Ово не представља значајнији проблем, барем када је реч о два у пракси најважнија механизма за решавање инвестиционих спорова. Тако чл. 46. Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава<sup>9</sup> предвиђа да је арбитражни суд Међународног центра за решавање инвестиционих

<sup>8</sup> Вид. Surya P. Sybedi (Субеди), *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Oxford-Portland, 2008, 96. и даље.

<sup>9</sup> *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2006.

спорова (енг. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту ИКСИД) установљеног Конвенцијом надлежан да на захтев странке одлучује, између осталог, о противтужбама које проистичу директно из предмета спора, под условом да су оне обухваћене сагласношћу странака и да спадају у надлежност ИКСИД.<sup>10</sup> Такође, Арбитражна правила Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (енг. *United Nations Commission on International Trade Law*, у даљем тексту: УНЦИТРАЛ) од 2010. године која имају највећи значај за *ad hoc* инвестиционе арбитраже, уређују право туженог на подношење противтужбе у одговору на тужбу, односно у каснијој фази поступка у случају да арбитражни суд процени да је кашњење са подношењем противтужбе било оправдано.<sup>11</sup>

Много значајнија препрека за тужену државу која жели да поднесе противтужбу су нејасноће у погледу тога да ли арбитражни споразум који је закључила са улагачем обухвата и његову сагласност да буде изложен противтужби. Историјски посматрано, арбитражни судови су недвосмислено пружали позитиван одговор на ово питање у ситуацији када је арбитражна клаузула била део уговора о улагању који је закључен између инвеститора и државе.<sup>12</sup> Ако је надлежност арбитражног суда заснована на оваквом инструменту и ако се спор тиче тумачења или извршења уговорних обавеза, нема разлога да се туженој држави забрани да противтужбом штити своја уговорна права, као што то може да чини свака друга уговорна страна.

У савременим условима, међутим, арбитражни споразум који је темељ инвестиционе арбитраже се најчешће не налази у уговору са страним улагачем. Он је по правилу део међународног уговора и чине га одредбе о решавању спорова у БИТ којима државе уговорнице унапред дају пристајак неодређеном кругу субјеката (физичким и правним лицима друге државе уговорнице којима се признаје статус улагача) за арбитражу у случају наводне повреде њихових права проистеклих из улагања. Инвеститор који сматра да му је право повређено прихвата ову једнострану понуду тако што једноставно покреће поступак пред арбитражним судом који је у двостраном или вишестраном споразуму о заштити улагања означен као надлежни форум.<sup>13</sup> У оваквим случајевима тешко је дати одговор на пита-

---

<sup>10</sup> Уопштено о надлежности ИКСИД вид. Сања Ђајић, Значај предуговорног поступка за надлежност и меритум у инвестиционој арбитражи, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013, 276-279.

<sup>11</sup> Чл. 21. ст. 3. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (2010).

<sup>12</sup> Вид. Hege Elisabeth Veenstra-Kjos (Винстра-Кјос), „Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration“, *Transnational Dispute Management* 4/2007, 6.

<sup>13</sup> Вид. Петар Ђундић, „Пристанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристанка, ограничења и меродавно право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013, 361.

ње да ли је инвеститор, подношењем тужбе међународном арбитражном суду на основу БИТ или вишестраног међународног уговора, истовремено дао своју сагласност да овај суд одлучи и о евентуалној противтужби државе. Реч је о нимало једноставном проблему, за који арбитражна пракса налази решење у тумачењу одредаба о решавању спорова из међународног споразума о заштити и подстицању улагања.

Да ли *ratione materiae* надлежност арбитражног суда покрива и одлучивање о противтужби зависи од тога како су одредбама о решавању спорова дефинисани спорови који могу бити предмет одлучивања. У предмету Салука против Чешке Републике (*Saluka v. Czech Republic*), арбитражно веће је закључило да је одредба чл. 8. БИТ између Холандије и Чешке (1991) која говори о надлежности за „*све спорове између државе уговорнице и улагача друге државе уговорнице у погледу улагања овог последњег*“ начелно довољно широка да обухвати противтужбу државе која је била заснована на тврдњи да улагач није поштовао одредбе уговора о куповини акција банке у државном власништву, као ни одредбе домаћих прописа о банкарском пословању, трговини и заштити конкуренције.<sup>14</sup> Са друге стране, у спору Русалис против Румуније (*Roussalis v. Romania*) који се одвијао под окриљем ИКСИД, арбитражни суд је сматрао да се чл. 9. грчко-румунског БИТ (1997) не може тумачити тако да обухвата пристанак инвеститора на надлежност поводом противтужби.<sup>15</sup> Поменута одредба поверава надлежност арбитражном суду да решава спорове између државе уговорнице и инвеститора друге државе уговорнице *који се њиху обавезе државе на основу БИТ* према његовој инвестицији. Уз чињеницу да поменути члан даје могућност покретања спора само инвеститору, то је било довољно за арбитражни суд да закључи како је његова надлежност ограничена на „*тужбе инвеститора поднете поводом обавеза државе пријема.*“<sup>16</sup>

Ако се држава нађе у позицији да је тужена на основу БИТ или вишестраног међународног уговора који садржи широку дефиницију предмета спора као што су „спор поводом улагања“ или „сваки спор поводом улагања“, изгледи да арбитражни суд прихвати надлежност за одлучивање по противтужби се повећавају.<sup>17</sup> Супротно томе, рестриктивне дефиниције које се ослањају само на спорове поводом обавеза државе драстично смањују ове изгледе. На пример, Модел БИТ Немачке (2008) у чл. 10. на уопштен начин

<sup>14</sup> Вид. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, paras 39. Нагласак аутора.

<sup>15</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/1), Award, December 7, 2011, paras 859-877.

<sup>16</sup> *Ibid.*, paras 869.

<sup>17</sup> Вид. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/08/8), Award, March 1, 2012, paras 432.

говори о решавању „спорова између државе уговорнице и улагача друге државе уговорнице који се односе на улагање.“ Дефиниција спора дата на овај начин не пружа ниједан разлог да се сагласност странака у погледу надлежности арбитражног суда ограничи само на тужбе инвеститора. Са друге стране, чл. 26. ст. 1. Уговора о енергетској повељи (енг. *Energy Charter Treaty*) предвиђа да се одредбе о решавању спорова односе само на спорове поводом повреде обавеза које државе уговорнице има на основу овог међународног уговора према улагању улагача друге државе уговорнице.<sup>18</sup> Оваква формулација могла би оправдати тврдњу да улагач који покреће арбитражу на основу Уговора није дао сагласност за то да буде изложен противтужби.

Утицај који на одлуку арбитражног суда о надлежности за противтужбу имају формулације одредаба о решавању спорова између државе и улагача у споразумима о заштити улагања је очигледан. Разлике у њима пресудно утичу на постојање надлежности.<sup>19</sup> Потребно је, међутим, истаћи да овакво гледиште није једино које се јавља у арбитражној пракси. У систему ИКСИД постоје покушаји да се закључак о сагласности инвеститора у погледу противтужби изведе на основу саме чињенице да је овај субјекат покренуо поступак пред арбитражним судом ИКСИД, без потребе да се посебно испитује садржина инструмента у којем је арбитражни споразум садржан. Ово становиште које се у литератури назива и *ipso facto* доктрином<sup>20</sup> промовисано је у издвојеном мишљењу арбитра Рајсмана (*Reisman*) у предмету Русалис против Румуније и изричито прихваћено од стране арбитражног већа у спору Гец против Бурундија (*Goetz v. Burundi*).<sup>21</sup> Основна идеја је једноставна – када државе дају свој условни пристанак на надлежност арбитражног суда ИКСИД, у њега је аутоматски инкорпорисан чл. 46. Вашингтонске конвенције који затим прихвата и инвеститор, тиме што покреће арбитражни поступак под окриљем ИКСИД.<sup>22</sup> Наведена одредба изричито помиње надлежност арбитражног суда за противтужбе, те никаква „додатна“ сагласност тужиоца за то да арбитражни суд одлучује о противтужби није неопходна.

---

<sup>18</sup> Текст међународног уговора на енглеском језику доступан је на: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf).

<sup>19</sup> Pierre Lalive (Лалив), Laura Halonen (Халонен), „On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, *Czech Yearbook of International Law* 2/2011, 146. Такође, Anne K. Hoffmann, „Counterclaims in Investment Arbitration”, *ICSID Review* vol. 28, 2/2013, 447.

<sup>20</sup> Вид. Jose Antonio Rivas (Ривас), „ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution”, *Transnational Dispute Management* vol. 11, 1/2014, 19.

<sup>21</sup> *Antoine Goetz & Consorts et S. A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi* (Affaire CIRDI No. ARB/01/2), Sentence, 21 juin 2012, пасуси 278, 279.

<sup>22</sup> William Michael Reisman (Рајсман), *Separate Opinion* (attached to the Award), December 7, 2011.

У правној доктрини је овакво гледиште критиковано првенствено због тога што је супротно самом тексту чл. 46. Вашингтонске конвенције који, истина, говори о надлежности арбитражног суда да одлучује о противтужбама које су у директној вези са спором, али само „под условом да се налазе у оквирима сагласности странака и надлежности Центра.“<sup>23</sup> Ако се прихвати поменуто тумачење ове одредбе, услови који се посебно наводе у њој би изгубили сваки смисао.<sup>24</sup> Ипак, без обзира на то што га није лако помирити са текстом конвенцијске одредбе, овакво тумачење би требало поздравити. У прилог томе говори не само начело економичности, настојање да се избегну паралелни поступци пред различитим форумима и са тим повезани трошкови,<sup>25</sup> већ и потреба да се у инвестициону арбитражу унесе елемент правичности. На тај начин би тужена држава много чешће добила прилику да инсистира на утврђивању одговорности инвеститора пред арбитражним судом, укључујући ту и одговорност због повреде животне средине.

Други услов који се у савременој арбитражној пракси неизоставно јавља у вези са противтужбама држава односи се на *конекцију* – директну везу која мора постојати између предмета спора и противтужбе. За разлику од сагласности тужиоца која се односи на надлежност арбитражног суда, могуће је замислити ситуацију у којој је арбитражни суд надлежан, али не постоји директна веза између предмета спора и противтужбе.<sup>26</sup> Због тога се ово питање често помиње као питање допуштености (енг. *admissibility*) противтужбе.<sup>27</sup> У питању је услов који, ако се тумачи рестриктивно, готово увек може да елиминише противтужбу државе која је заснована на тврдњи да тужилац није поштовао неку обавезу присутну у националном законодавству државе пријема.

На пример, у предмету Салука против Чешке, иако је претходно констатовало да је клаузула о решавању спорова из холандско-чешког БИТ формулисана тако да арбитражном суду даје надлежност да одлучује о противтужби, арбитражно веће је одбило да то чини управо са оправдањем да између спора и захтева који су били истакнути у противтужби Чешке не

<sup>23</sup> Dafina Atanasova (Атанасова), Carlos Adrian Martinez Benoit (Мартинез Беноа), Josef Ostransky (Острански), *Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) under International Investment Agreements (IIAs)*, The Graduate Institute, Centre for Trade and Economic Integration, Geneva 2012, 13.

<sup>24</sup> H. E. Veenstra-Kjos, 26.

<sup>25</sup> W. M. Reisman, *Separate Opinion*.

<sup>26</sup> У контексту ИКСИД о овом питању вид. Christoph Schreuer (Шројер), *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge 2009, 751.

<sup>27</sup> Вид., на пример, H. E. Veenstra-Kjos, 30. Такође, *Antoine Goetz & Consorts et S. A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi*, пасуси 282-285.

постоји довољна повезаност.<sup>28</sup> Образложење у којем се наглашава потреба да између тужбе и противтужбе постоји „блиска веза“,<sup>29</sup> ослања се у значајној мери на одлуку арбитражног суда ИКСИД у предмету Клукнер против Камеруна (*Klöckner v. Cameroon*).<sup>30</sup> Арбитражно веће у Салука против Чешке прихвата становиште изнето у цитираном случају да захтеви из тужбе и противтужбе морају да чине „недељиву целину“, те да морају имати „заједничко порекло, идентичне изворе и чинити операционално јединство.“<sup>31</sup> Позивајући се на праксу Иранско-америчког трибунала (енг. *Iran-US Claims Tribunal*) и одлуку арбитражног суда ИКСИД у предмету Амко против Индонезије (*Amco v. Indonesia*)<sup>32</sup>, арбитражни суд закључује да овај услов не може бити испуњен ако је тужбени захтев заснован на уговору о улагању, а противтужба на обавезама инвеститора које проистичу из „општег законодавства“ тужене државе.<sup>33</sup>

Гледиште промовисано у Салука против Чешке потпуно је прихваћено у још једном спору на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ, у предмету Паушок против Монголије (*Paushok v. Mongolia*). Арбитражни суд је одбио да одлучује о противтужби због тога што је закључио да између ње и тужбе не постоји довољно блиска веза, при чему се као основни критеријум за постојање ове везе узима карактер правног извора обавезе.<sup>34</sup> Потребна веза не постоји јер су обавезе инвеститора на које се противтужба позива засноване на законодавству тужене државе.<sup>35</sup>

Тумачење да противтужба није дозвољена ако је заснована на другојачијем правном оквиру у односу на тужбу изложено је критици правне доктрине као сувише рестриктивно.<sup>36</sup> Истиче се да је позивање арбитражног већа у предмету Салука против Чешке на критеријуме који су утврђени у

<sup>28</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, пасуси 59-82.

<sup>29</sup> *Ibid.*, пасус 61.

<sup>30</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* (ICSID Case No. ARB/81/2), Award, 21 October 1983.

<sup>31</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, пасус 79.

<sup>32</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, May 10, 1988.

<sup>33</sup> Вид. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, пасуси 74, 75, 78 и 79. Захтеви из противтужбе који су се односили на наводно непоштовање уговорних обавеза матичног привредног друштва тужиоца (Номура) одбачени су позивом на чињеницу да је Уговор о куповини акција садржао арбитражну клаузулу која је обавезујућа за тужену државу. Вид. пасусе 47-58.

<sup>34</sup> *Sergei Paushok et al. v. Republic of Mongolia* (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Liability, April 28, 2011, пасус 693.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 694-698.

<sup>36</sup> Вид. Н. Е. Veenstra-Kjos, 46. Такође, D. Atanasova, C. A. Martinez Benoit, J. Ostransky, 36, 37.



спору Клукнер против Камеруна који је суштински настао као уговорни спор између државе и улагача, неоправдано у инвестиционој арбитражи покренутој на основу међународног уговора о заштити улагања.<sup>37</sup> Посебно се критикује инсистирање на идентичном правном основу тужбе и противтужбе, уз наглашавање да постављање таквог услова чини могућност подношења тужбе „илузијом“, будући да се противтужба државе, по правилу, не може заснивати на БИТ који не садржи обавезе за улагача.<sup>38</sup>

Заиста, инсистирање на правној вези између тужбе и противтужбе као предуслову дозвољености ове последње чини начелну могућност подношења противтужбе потпуно излишном. Будући да је материјалноправни основ одговорности државе најчешће БИТ, критеријуми повезаности тужбе и противтужбе на којима инсистирају арбитражни судови у предметима Салука и Паушок не би не теоретски могли бити испуњени јер је у питању инструмент који готово искључиво нормира обавезе држава уговорница. Ово значи да би већ у иницијалној фази била елиминисана противтужба државе која би се односила на накнаду штете причињене активностима улагача шкодљивим за животну средину, уколико би штета настала повредом националних еколошких прописа државе пријема. Најбоља илустрација је одлука арбитражног суда у предмету Паушок која се једним делом тичала управо оваквог захтева из противтужбе. Наиме, арбитражно веће је одбацило захтев тужене државе да тужиоци надокнаде штету причињену животnoj средини коју је начинило привредно друштво у њиховом власништву, уз образложење да се захтев из противтужбе заснива на законодавству Монголије.<sup>39</sup> Штавише, у образложењу је истакнуто и то да се наводне нерегуларности везују са деловање рударске компаније у власништву тужилаца, а не за саме тужиоце.<sup>40</sup> Иако је реч о резоновању које заслужује посебну анализу, на овом месту је довољно нагласити да је у питању формалистичко схватање које уноси додатну неравноправност у процесне позиције странака у инвестиционој арбитражи – одвојивост правних личности улагача и правног лица које је основано у држави пријема ради реализације улагања се не јавља као сметња за надлежност арбитражног суда када је деловањем државе причињена штета домаћем правном лицу у власништву улагача, али се улагач може „сакрити“ иза субјективитета домаћег правног лица када је у питању противтужба државе за штету која јој је проузрокована.

Уместо инсистирања на томе да је за допуштеност противтужбе потребно да су она и тужба засноване на истом правном извору, сматрамо да

<sup>37</sup> P. Lalive, L. Halonen, 153.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 154.

<sup>39</sup> *Sergei Paushok et al. v. Republic of Mongolia*, пасџ 696.

<sup>40</sup> *Ibid.*

интересима процесне правичности и економије више одговора гледиште које заступају бројни аутори у доктрини - да услов конекситета треба посматрати искључиво као питање *чињеничне њовезаности* између спора поводом инвестиције и противтужбе.<sup>41</sup> Тиме се за тужену државу отвара реална могућност подношења противтужбе и постиже да се о свим повезаним споровима реши пред истим форумом чиме се штеде средства и време. Тенденција ублажавања услова конекситета може се приметити и у Арбитражним правилима УНЦИТРАЛ од 2010. године. За разлику од раније важећих правила која су захтевала да противтужба „проистиче из истог уговора“ поводом којег је настао спор<sup>42</sup>, измене су учињене управо како би се обезбедило лакше коришћење правила о противтужбама у инвестиционим споровима који најчешће нису уговорног карактера.<sup>43</sup> У новој одредби о противтужбама се не помиње услов конекситета већ се једноставно наводи да се она може поднети под условом да је за њу надлежан арбитражни суд.<sup>44</sup> Како услов постојања правне везе између тужбе и противтужбе не познају БИТ на којима је обично заснована надлежност арбитражног суда, може се тврдити да је на овај начин битно ублажен поменути услов.

### **3. Нормативна основа противтужбе због повреде животне средине – проблем меродавног права**

Под условом да арбитражни суд закључи да постоји сагласност инвеститора да се о противтужби одлучује у арбитражном поступку и да је испуњен услов конекситета, то још увек не значи да је противтужба правно средство које ће обезбедити да тужилац сноси одговорност због повреде животне средине. Посебан проблем који би се могао јавити код противтужби овакве врсте односи се на њену нормативну базу, односно на питање у ком правном извору се налазе материјалноправне норме које су повређене понашањем улагача и чине основ његове одговорности.

Правна правила која долазе у обзир за примену у инвестиционој арбитражи могу се налазити на три различита нивоа.<sup>45</sup> Прво, то могу да буду одредбе уговора између државе пријема улагања и страног улагача, уколико је инвестиција заснована на уговору. Друго, релевантне норме се могу

---

<sup>41</sup> Вид., на пример, Zachary Douglas (Даглас), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2009, 263. Такође, D. Atanasova, C. A. Martinez Benoit, J. Ostransky, 37 и P. Lalive, L. Halonen, 153.

<sup>42</sup> Чл. 19. ст. 3. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (1976).

<sup>43</sup> David D. Caron (Карон), Lee M. Caplan (Каплан), *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, second edition, Oxford 2012, 426, 427.

<sup>44</sup> Чл. 21. ст. 3. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (2010).

<sup>45</sup> J. E. Viñuales, 100.

пронаћи у националном праву државе пријема (или државе инвеститора). Коначно, у инвестиционим споровима се примењују правила уговорног и обичајног међународног права. У свакој од ове групе извора су присутне норме које се тичу заштите животне средине.<sup>46</sup> Проблем за тужену државу која разматра подношење противтужбе је тај што не садрже сви поменути извори норме о материјалноправним обавезама улагача у погледу заштите животне средине. Такве норме се могу пронаћи у националном законодавству државе пријема улагања или, евентуално, у уговору који је закључен између државе и улагача. Са друге стране, њих најчешће нема у БИТ или вишестраним међународним уговорима који су посвећени заштити улагања. Најважније је стога питање начина на који држава може да издејствује примену сопственог законодавства од стране арбитражног суда, како би на њему засновала противтужбу због повреде еколошких стандарда.

Арбитражна правила УНЦИТРАЛ и Вашингтонска конвенција као основно правило у погледу одређивања меродавног права успостављају аутономију воље странака – арбитражни суд је дужан да примени правна правила означена споразумом странака.<sup>47</sup> Ако је инвестициона арбитража покренута на основу БИТ или мултилатералног споразума о заштити инвестиција, споразум може да садржи одредбу о одређивању меродавног права, што води закључку да су стране у спору изабрале меродавно право, без обзира на то што су међународни уговор у којем је тај избор садржан закључиле државе уговорнице, а не инвеститор (тужилац) и тужена држава.<sup>48</sup> Међутим, већина споразума о заштити улагања не садржи одредбу о праву меродавном за суштину спора.<sup>49</sup> Међу БИТ који овакву одредбу садрже, одређени број упућује на решавање спорова на основу одредаба самог БИТ и одговарајућих правила међународног права.<sup>50</sup> У таквом случају би се могло закључити да противтужби државе која се заснива на тврдњи да је инвеститор повредио прописе о заштити животне средине недостаје нормативна основа.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Вид. чл. 35. ст. 1. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (2010) и чл. 42. ст. 1. Вашингтонске конвенције.

<sup>48</sup> Вид. *Yas Banifatemi (Банифатеми), The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration (Chapter 9)*, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* (ed. Katia Yannaca-Small), Oxford 2010, 193, 194.

<sup>49</sup> *Ibid.* 197.

<sup>50</sup> На пример, чл. X ст. 4. Модел БИТ Италије (2003); чл. 18. Модел БИТ Аустрије (2010); чл. 9. ст. 4. БИТ на снази између Србије и Грчке (1997) и чл. 9. ст. 4. БИТ између Србије и Кипра (2005). Такође, чл. 1131. ст. 1. Северноамеричког споразума о слободној трговини и чл. 26. ст. 6. Уговора о енергетској повељи. Текстови поменутих докумената доступни су на: <http://www.italaw.com/investment-treaties>, осим текстова БИТ Србије који су преузети из базе *Paragraf Lex*.

Потребно је нагласити да се непозивање БИТ на примену националног законодавства државе пријема улагања и недостатак правног основа противтужбе некада сматра и питањем које утиче на надлежност арбитражног суда и на могућност да арбитражни суд уопште разматра захтев који је постављен противтужбом. Тако је арбитражни суд у предмету Русалис против Румуније сматрао да га упућивање грчко – румунског БИТ на примену одредаба самог споразума и одговарајућих правила међународног права спречава да уопште узме противтужбу у разматрање, будући да је за то неопходно, према схватању већа, да БИТ установљава надлежност за спорове који се решавају на основу националног права државе пријема улагања.<sup>51</sup> Међутим, у правној доктрини постоји и гледиште да би се противтужба државе која се односи на повреду животне средине могла заснивати и на правилима међународног права, под условом да је правна норма на коју се држава позива формулисана тако да ствара утуживе обавезе за физичка и правна лица приватног права, као што би могао да буде случај са међународним уговором између државе пријема улагања и државе порекла улагача.<sup>52</sup>

Поједини БИТ изричито помињу национално законодавство државе уговорнице као меродавно за решавање спора са улагачем друге државе уговорнице. Такав је, на пример, случај са Модел БИТ НР Кине (2003)<sup>53</sup>, али и са неколико БИТ који данас обавезују Србију.<sup>54</sup> У инвестиционим споровима који су покренути на основу оваквих БИТ, могуће је да држава поднесе противтужбу засновану на повреди еколошких стандарда из сопственог законодавства.<sup>55</sup> Слично томе, противтужба би могла да буде заснована на законодавству државе пријема и онда када релевантни БИТ упућује арбитражни суд да спор реши применом правних правила на која указује уговор закључен између државе и улагача.<sup>56</sup> Наравно, неопходни предуслов за ово је да уговор садржи клаузулу о избору националног права државе пријема улагања као меродавног. Ако споразум о заштити улагања садржи налог арбитражном суду да спор реши применом одредаба

<sup>51</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania*, пасуси 870, 871.

<sup>52</sup> Вид. Z. Douglas, „The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration“, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (eds. P. Dupuy, J. E. Viñuales), Cambridge 2013, 438-442.

<sup>53</sup> Чл. 9. ст. 3. Модел БИТ Кине (2003). За текст документа види: <http://www.italaw.com/investment-treaties>.

<sup>54</sup> Види, на пример, чл. 9. ст. 4. БИТ између Србије и Марока; чл. 9. ст. 7. БИТ између СРЈ и НР Кине (1995); чл. 11. ст. 5. БИТ између Србије и Азербејџана (2011); чл. 11. ст. 3. БИТ између СРЈ и Шпаније (2002); чл. 11. ст. 3. БИТ између СРЈ и Албаније (2002) и чл. 9. ст. 6. БИТ између СЦГ и Кувајта (2004).

<sup>55</sup> J. E. Viñuales, 103.

<sup>56</sup> Вид., на пример, чл. 30. ст. 2. т. а) Модел БИТ САД (2012).

самог уговора о улагању, чињеница да су у том уговору садржане обавезе улагача које се односе на заштиту животне средине може бити од кључног значаја за противтужбу државе.<sup>57</sup>

Када не постоји споразум страна у спору о меродавном праву (одредба БИТ која би регулисала ово питање) Вашингтонска конвенција налаже арбитражном суду да спор реши применом права тужене државе, укључујући њена правила о сукобу закона, и одговарајућих правила међународног права.<sup>58</sup> У погледу међусобног односа права тужене државе и правила међународног права, традиционално схватање, прихваћено од стране твораца текста Вашингтонске конвенције и других правних писаца<sup>59</sup> је да међународно право има допунску и корективну (енг. *supplemental and corrective*) функцију у односу на национално право државе која је страна у спору. Правила међународног права имају двоструку улогу у односу на национално право државе домаћина – она *допуњују националне норме* у случају постојања правне празнине, али и *имају предност* у примени за случај да одредбе националног права нису у складу са овим начелима. У оба случаја се од арбитражног суда захтева да утврди и примени национално право државе домаћина, а није му дозвољено да заснује одлуку искључиво на правилима међународног права.<sup>60</sup> Овакво тумачење би значило да арбитражни суд не може да избегне примену права државе пријема, што је несумњиво добра вест за државу која заснива противтужбу на тврдњи да је улагач повридио њене прописе о заштити животне средине.

Са друге стране, у савременој пракси арбитражних судова који делују у оквиру ИКСИД широко је распрострањено гледиште утврђено у поступку по тужби за поништај одлуке у предмету Вена Хотелс против Египта (*Wena Hotels v. Egypt*), да не постоји оштра граница у погледу примене националног и међународног права, већ да арбитражни суд ужива извесну слободу у избору извора који ће применити.<sup>61</sup> То значи да право државе домаћина може бити примењено у комбинацији са међународним правом, ако је то оправдано, али исто тако да међународно право може бити примењено и самостално, ако се одговарајуће правило може пронаћи у овој врсти извора.<sup>62</sup> Иако овакво тумачење даје већу слободу арбитражном су-

<sup>57</sup> Вид. J. E. Viñuales, 103.

<sup>58</sup> Чл. 42. ст. 1. Конвенције.

<sup>59</sup> Вид. C. Schreuer, 623, фн. 252. Такође, Taida Begic (Бегич), *op. cit.*, *Applicable Law in International Investment Disputes*, The Hague 2005, 155.

<sup>60</sup> *Klöckner v. Republic of Cameroon* (ICSID Case No. ARB/81/2), Decision on Annulment, May 3, 1985, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1/1986, 92-144, пасуц 69.

<sup>61</sup> *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Annulment, January 28, 2002, ILM 41/2002, 933-953, пасуц 39.

<sup>62</sup> *Ibid.*, пасуц 40.

ду да одреди извор права који ће применити приликом решавања спора, оно ни у ком случају не искључује могућност примене права државе пријема на захтеве које би она истакла у противтужби.

За разлику од система решавања спорова који функционише на основу Вашингтонске конвенције, Арбитражна правила УНЦИТРАЛ недвосмислено дају арбитражном суду овлашћење да, у одсуству споразума странака о меродавном праву, примени право које сматра одговарајућим.<sup>63</sup> Тиме се и у арбитражама које се одвијају на основу ових правила оставља отвореном могућност примене националног законодавства државе пријема у случају подношења противтужбе.

#### 4. Закључак

Досадашња арбитражна пракса показује да се противтужба државе још увек ретко користи као инструмент за утврђивање одговорности улагача у било којој области, па и када је реч о одговорности за повреду норми о заштити животне средине. Ипак, на основу малобројних арбитражних одлука које се баве проблемом противтужбе у инвестиционој арбитражи и на основу доктринарног разматрања овог питања, могуће је утврдити својеврсне смернице чије поштовање повећава изгледе да противтужба еволуира у ефикасан инструмент заштите од понашања инвеститора које угрожава животну средину. Прво, у интересу је државе да обезбеди што је могуће ширу дефиницију инвестиционог спора приликом закључивања БИТ или мултилатералног споразума о заштити улагања. Формулације у овим инструментима које говоре о надлежности арбитражног суда да решава „спорове поводом улагања“ или „све спорове поводом улагања“ повећавају изгледе да арбитражни суд закључи како је улагач који је покренуо арбитражу на основу датог међународног уговора прећутно дао своју сагласност да овај суд решава и о противтужби државе. Наравно, проблем тумачења је могуће потпуно заобићи уколико међународни уговор садржи изричиту сагласност страна у спору у погледу надлежности арбитражног суда за противтужбе држава.<sup>64</sup>

Друго, велику препреку за допуштеност противтужбе државе представља схватање исказано у појединим арбитражним одлукама да је услов конекситета између захтева истакнутих у тужби и противтужби испуњен само уколико су оба акта заснована на истом правном основу. У том смислу је за државе значајно инсистирање на гледишту које је широко распро-

---

<sup>63</sup> Чл. 35. ст. 1. Арбитражних правила УНЦИТРАЛ (2010).

<sup>64</sup> Вид., на пример, чл. 28. ст. 9. Инвестиционог уговора Заједничког тржишта Источне и Јужне Африке (енг. *Common Market for Eastern and Southern Africa – COMESA*) од 2007. године.

страњено у доктрини и за које се може претпоставити да ће утицати на ставове арбитражних судова – да је за испуњеност услова конекситета довољно да је између тужбеног захтева и противтужбе постоји само чињенична повезаност.

Коначно, будући да би правну основу одговорности улагача за повреду животне средине требало тражити првенствено у националним прописима државе пријема улагања, изгледи за успех противтужбе расту уколико је арбитража покренута на основу БИТ или другог инструмента који предвиђа примену законодавства државе стране у спору на суштину спора.

Иако је правни режим установљен Вашингтонском конвенцијом примарно намењен заштити субјективних права улагача, према садашњем стању ствари, тужена држава лакше може да успе са противтужбом која је поднета арбитражном суду под окриљем ИКСИД, него што је то случај са судом који поступа као ад хок арбитражни суд на основу Арбитражних правила УНЦИТРАЛ. Овај парадокс се може објаснити присуством тумачења у арбитражној пракси према којем је улагач који покрене арбитражу на основу Вашингтонске конвенције аутоматски пристао на могућност подношења противтужбе од стране државе. Осим тога, у одсуству другачијег споразума странака, ова конвенција изричито налаже арбитражном суду да приликом решавања спора примени национално право државе која је страна у спору.

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

## **Counterclaim in Investment Arbitration as an Instrument for Protection of the Environment**

***Abstract:** The paper considers the possibility for respondent states in investment arbitration to use the counterclaim as an instrument for establishing responsibility of the investor for infringement of the environment. The analysis is directed towards the two most significant obstacles in this regard. The first is the issue of whether the investor has, by commencing arbitration against the host state, consented to the jurisdiction of the arbitral tribunal for issues raised in the counterclaim. The practice of those tribunals shows that the problem is particularly complex with regard to the interpretation of the close connection requirement for admissibility of the counterclaim, i. e. the requirement that there is a connection between the dispute in question and claims raised by the respondent state. Furthermore, apart from the problem of jurisdiction and admissibility of the counterclaim, the respondent state is faced with the potential lack of its normative basis. This is the issue of whether the legal rules applied by the tribunal to the merits of the dispute contain an obligation owed by the investor and whether the infringement of that obligation would constitute a basis for submission of a counterclaim.*

***Key words:** investments, arbitration, environment, counterclaim.*