

Przemysław Kosiński

Rola prawa krajowego w międzynarodowych sporach inwestycyjnych

Wstęp

Ideą przewodnią niniejszego opracowania jest prezentacja międzynarodowych sporów inwestycyjnych w kontekście prawnym oraz funkcji norm prawa krajowego w tychże sporach. Ich genezę stanowi zawsze inwestycja, którą w literaturze określa się ogólnie mianem bezpośredniej inwestycji zagranicznej (*foreign direct investment*, dalej: FDI). W ujęciu Chowa i Schoenbauma FDI jest to udział własnościowy w podmiocie biznesowym (przedsiębiorstwie w znaczeniu funkcjonalnym na gruncie polskiego prawa cywilnego) rezydującym w jednym państwie, który posiada podmiot gospodarczy z państwa obcego – inwestor (bądź to przedsiębiorca, bądź przedsiębiorstwo w znaczeniu podmiotowym)¹. Z kolei Brewer definiuje FDI jako inwestycję bezpośrednią pociągającą za sobą znaczące przeniesienie własności spółki-matki z jednego państwa w stowarzyszonej spółce z innego państwa. FDI polegają więc na takich międzynarodowych stosunkach biznesowych, w których udział własnościowy spółki-matki jest ciągły, długotrwały, a stopień wpływów w zarządzie

¹ D.C.K. Chow, T.J. Schoenbaum, *International Trade Law: problems, cases and materials*, Nowy Jork 2008, s. 320.

stowarzyszonej spółki-córki jest znaczący². Jako opozycyjne względem FDI często podaje się tzw. inwestycję portfolio (*port folio investment*), czyli bierną własność zagranicznego kapitału akcyjnego jako części portfela inwestycyjnego należącego do danego przedsiębiorcy. Dzieje się tak, aby podkreślić, że przy FDI mamy zawsze do czynienia z bezpośrednią obecnością zagranicznego podmiotu biznesowego na danym rynku. Będzie to działalność wykraczająca ponad bądź to zwykłą międzynarodową sprzedaż produktów przedsiębiorstwa, bądź to ustanowienie przedstawicielstwa lub agencji za granicą, w roli niezależnego kontrahenta albo pracownika mającego za zadanie tylko dystrybucję produktów, a nawet ustanowienie linii produkcyjnej w państwie obcym przez wynajęcie do tego osobnego wykonawcy. Dopiero utworzenie spółki-córki, która byłaby w całości bądź częściowo (w drodze powołania do życia tzw. *joint venture*) własnością naszego podstawowego przedsiębiorstwa, wystarczy, aby można było określić taką inwestycję mianem FDI³.

Bezpośrednie inwestycje zagraniczne pozostają jedynym spośród czterech głównych aspektów światowego handlu, tj. towarów, usług, technologii oraz właśnie FDI, który nie jest objęty żadnym ogólnym układem bądź umową zawartą pomiędzy państwami (takimi jak Układ Ogólny w Sprawie Taryf Celnych i Handlu GATT – General Agreement on Trade and Tariffs z 1947 r. i Układ Ogólny w Sprawie Handlu Usługami GATS – General Agreement on Trade In Service z 1994 r., pod auspicjami Światowej Organizacji Handlu – World Trade Organization, dalej: WTO), głównie z powodu ich kontrowersyjnej (dla rządów państw uczestniczących w rundach negocjacyjnych WTO) natury. Tylko niektóre zagadnienia znalazły wyraz w tekście Umowy dotyczącej środków inwestycyjnych związanych z handlem – Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) wynegocjowanej podczas rozmów tzw. rundy urugwajskiej

² T.L. Brewer, *International Investments Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment in Law and Policy in International Business*, Law and policy in international business: The International Journal of Georgetown University Law Center, Vol. 26, Issue 3, s. 633–672.

³ D.C.K. Chow, T.J. Schoenbaum, op.cit., s. 320–321.

w 1994 r., podobnie jak GATS. Umowa ta ma bardzo wąski zakres zastosowania w systemie WTO, ponieważ ochrona, jaką zapewnia dla FDI, ogranicza się do zapobiegania dyskryminacji w postaci np. miejscowych wymogów dotyczących zawartości i wykonania. Poszczególne artykuły TRIMs przewidziane zostały jako środki komplementarne wobec odpowiednich norm z uprzednio zawartego GATT, takich jak np. standard narodowego traktowania (*national treatment standard*) inkorporowany w art. III GATT oraz zakaz dotyczący ceł ilościowych (*quotas*) zawarty w art. XI GATT⁴.

Skalę zjawiska, z jakim mamy do czynienia, najlepiej opisują liczby. Mianowicie, jak wynika z danych Konferencji Narodów Zjednoczonych ds. Handlu i Rozwoju (The United Nations Conference on Trade and Development, dalej: UNCTAD), tempo wzrostu inwestycji zagranicznych na świecie przyśpieszało powoli po 1945 r., czyli w okresie odbudowy narodowych gospodarek, aby osiągnąć swój pierwszy szczyt w latach 90. XX w., gdy ich ogólna wartość uległa czterokrotnemu powiększeniu pomiędzy rokiem 1990 a 2000⁵. Nie do przecenienia okazały się także rozwój nowoczesnych technologii oraz zredukowane koszty transportu. Z prawniczego punktu widzenia wzrostowi FDI towarzyszyła stale powiększająca się liczba zawieranych dwustronnych traktatów inwestycyjnych (*bilateral investment treaties*, dalej: BIT) pomiędzy państwami, których ogólna liczba zwiększyła się z 500 w 1990 r. do blisko 2000 w 2000 r.⁶ Równocześnie doszło do 1185 zmian w krajowych ustawodawstwach dotyczących FDI, z czego aż 1121 miało charakter proinwestycyjny, mający na celu zachęcenie zagranicznych inwestorów do przeprowadzenia inwestycji w danym kraju. W 2005 r. ogólnoświatowy napływ FDI był bardziej niż znaczący i sięgnął kwoty 916 mld USD (co i tak było cieniem w porównaniu do rekordowego 2000 r., gdy suma ta wynosiła 1,4 biliona USD), co oznaczało przyrost o 29% w porównaniu z 2004 r., w którym był on

⁴ Ibidem, s. 327.

⁵ UNCTAD, *World Investment Report: Overview* (2005), s. 2, do pobrania ze strony: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=1485&lang=1>.

⁶ UNCTAD, *World Investment Report* (2001), s. 6.

również znaczący, bo wyniósł 27% w stosunku do 2003 r. Natomiast liczba podpisanych BIT-ów przekroczyła granicę 2500⁷. Jak wynika z kolei z danych za 2008 r., globalny napływ FDI po czterech poprzednich latach stałego wzrostu, ponownie się zwiększył, tym razem o 30%, aby osiągnąć imponującą sumę 1833 mld USD. Jednocześnie, jak podaje Schwebel, w IV kwartale 2008 r. zawarto ok. 2800 BIT-ów, spośród których moc obowiązującą ma aż 1700⁸. Dzieje się tak nawet pomimo światowego kryzysu gospodarczego, co jest swego rodzaju fenomenem, choć prognozy ekspertów z UNCTAD zapowiadały, że i w tej gałęzi światowej gospodarki kryzys zacznie być odczuwalny w 2008 r.⁹ Tym samym w pełni uzasadnione jest stwierdzenie, że wartość środków pieniężnych zaangażowanych w FDI w dzisiejszych czasach znacząco przewyższa te, które pociąga za sobą handel zagraniczny (*international trade*), stąd także wynika ogromny wzrost znaczenia międzynarodowego prawa inwestycyjnego (*international investment law*) w porównaniu do międzynarodowego prawa handlowego (*international trade law*). Taki rozwój byłby niemożliwy bez stworzenia wiarygodnych i sprawnych metod rozwiązywania sporów wynikających z FDI zarówno dla państw, jak i przedsiębiorców. Truizmem jest twierdzenie, że w sytuacji gdy mamy do czynienia z inwestycjami na dużą skalę, nieuniknione są spory. Jednakże jak pokazują ww. dane liczbowe dotyczące FDI, obecna regulacja prawna międzynarodowych sporów inwestycyjnych staje naprzeciw podstawowym oczekiwaniom rzeczywistości współczesnego obrotu gospodarczego.

Część I niniejszego opracowania przedstawia pokrótce historię procesu kształtowania się międzynarodowego prawa inwestycyjnego jak również rozwoju charakterystycznego w tej dziedzinie arbitrażu na linii państwo–inwestor (przedsiębiorca). Natomiast w części II analizie poddano znaczenie prawa krajowego w reżimie FDI. Na

⁷ UNCTAD, *World Investment Report* (2006), s. XVII, s. 26.

⁸ S.M. Schwebel, *The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties*, [w:] *Investor – State Arbitration: Perspectives On Legitimacy And Practice*, piątek 31 października i sobota 1 listopada 2008 r. na Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts, USA.

⁹ UNCTAD, *World Investment Report: Overview* (2008), s. 8.

przykładzie kilku wariantów najbardziej charakterystycznych klauzul zawieranych we współczesnych BIT-ach określono sytuacje, kiedy prawo krajowe znajduje swoje zastosowanie oraz w jakim zakresie.

CZĘŚĆ I

NATURA MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA INWESTYCYJNEGO

Już w 1970 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) odniósł się w jednym ze swoich wyroków do kwestii swoistej luki w prawie międzynarodowym w zakresie regulacji prawnej międzynarodowych sporów inwestycyjnych, zauważając:

Zważywszy na znaczący rozwój w ostatnim półwieczu, wzrost inwestycji zagranicznych oraz ekspansję aktywności korporacji na arenie międzynarodowej, a w szczególności holdingów, które często są ponadnarodowe, a także zważywszy na sposób, w jaki rozprzestrzeniły się interesy ekonomiczne państw, na pierwszy rzut oka może zadziwiać, iż ewolucja prawa nie poszła dalej i nie wykrystalizowały się żadne powszechnie akceptowane zasady w tej dziedzinie, na gruncie międzynarodowym¹⁰.

Sytuacja ta poważnie się zmieniała na przestrzeni lat i stan prawny istniejący w roku 2010 umożliwia nam stwierdzenie, że życzenie wyrażone przez sędziów MTS-u zostało spełnione, a ewolucja prawa w zakresie FDI nabrała imponującej prędkości. Alvarez wyraził pogląd, że reżim FDI w opinii swoich zwolenników odnosi sukcesy w promowaniu ujednoczonego prawa globalnego, zarówno przez opieranie się na powszechnych zasadach międzynarodowego prawa zwyczajowego (*customary international law*), jak i odwoływanie się do powszechnych zasad międzynarodowego prawa gospodarczego zaczerpniętych z systemu wykreowanego przez WTO, co czyni go

¹⁰ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, wyrok z 5 lutego 1970 r. ICJ Reports, s. 3,47, para. 89.

jednocześnie wysoce efektywnym¹¹. Z kolei Dolzer i Schreuer zauważają, iż międzynarodowe prawo inwestycyjne składa się z warstw powszechnego prawa międzynarodowego (*general international law*), ogólnych standardów międzynarodowego prawa gospodarczego jak również wyraźnych zasad zindywidualizowanych w swojej domenie¹². W ujęciu McLachlana, Shore'a i Weinigera, nawet jeśli suwerenne państwo jest tylko jednym z uczestników arbitrażu, prawo międzynarodowe publiczne znajduje zastosowanie, jednakże w kontekście roszczenia formułowanego na podstawie traktatu inwestycyjnego – zarówno BIT-u, jak i multilateralnego traktatu inwestycyjnego (*Multilateral Investment Treaty* – dalej MIT), tenże traktat stanowi podstawę do sformułowania praw i obowiązków stron. Nie można przy tym jednak zapominać, że taki traktat jako umowa międzynarodowa (*international treaty*) regulowany jest przez to samo prawo międzynarodowe publiczne¹³. Sornarajah, pisząc o źródłach prawa, stawia tezę, że roszczenia odnoszące się do norm międzynarodowego prawa inwestycyjnego mogą być zaakceptowane jako zasady prawa międzynarodowego, tylko jeśli są oparte na uznawanym źródle prawa międzynarodowego publicznego, które wymienione są w art. 38 (1) Statutu MTS, do którego należy bezpośrednio odwołać się w tym względzie¹⁴. Wreszcie w zakresie procedury arbitrażowej, którą rządzą się postępowania wynikłe z traktatów inwestycyjnych (ale tylko te, które są przeprowadzane pod auspicjami konwencji o sporach inwestycyjnych z 1965 r., która powołała do życia Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych – International Centre for Settlement of Investment Disputes, dalej: ICSID, Konwencja ICSID), Hoffmann wymienia: przepisy odpowiedniego traktatu, istotne reguły procedury wybrane przez strony tego traktatu, takie jak np. Zasady Arbitrażu z 1976 r. stwo-

¹¹ J. Alvarez, *The Emerging Foreign Direct Investment Regime*, ASIL Proceedings 2005, s. 3.

¹² R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Nowy Jork, 2008, s. 3.

¹³ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Nowy Jork 2007, s. 6–7.

¹⁴ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge 2004, s. 87.

rzony przez Komisję Narodów Zjednoczonych ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (United Nations Commission on International Trade Law – dalej: UNCITRAL), a także *lex fori*, tj. prawo miejsca siedziby danego postępowania arbitrażowego¹⁵.

Jak widać z przedstawionego wyżej zestawienia poglądów przedstawicieli doktryny, panuje konsensus co do określenia podstawowych źródeł prawa, które powinny znaleźć zastosowanie w międzynarodowym sporze inwestycyjnym. Nie można także pominąć w tym katalogu umowy, jaką zawiera przedsiębiorca z przedstawicielami władz danego państwa, która sama w sobie stanowi odrębne źródło prawa dla jej stron, a zawierana jest najczęściej według prawa państwa będącego kontrahentem. Oznacza to przede wszystkim, że dane prawo lokalne będzie każdorazowo brane pod uwagę przy rozstrzyganiu w tak istotnych kwestiach prawnych jak ważność zawartej umowy i jej poszczególnych postanowień, interpretacja złożonych w niej oświadczeń woli stron oraz ich wykładnia. Taka umowa może też w sobie zawierać specjalne klauzule, opisane dokładniej w dalszej części opracowania, dotyczące np. kwestii wyboru prawa właściwego dla danego stosunku prawnego. Wówczas nieodzowne jest skierowanie się do krajowych regulacji dotyczących m.in. definicji inwestycji, zasad odnoszących się do jurysdykcji międzynarodowych sądów i trybunałów albo kwestia narodowości. Każdy z wymienionych problemów jurysdykcyjnych, często inaczej uregulowanych w różnych państwach, jest w stanie przesądzić o naturze sporu, kwestii dopuszczalności wniesienia roszczenia przez zagranicznego przedsiębiorcę, wreszcie o samym rezultacie sprawy.

Należy także pamiętać, że większość roszczeń inwestorów przeciwko państwowi wynika albo z niedotrzymania warunków zawartego uprzednio kontraktu z tymże państwem, albo z niewłaściwego ich spełnienia. Kontynuując to rozumowanie, znaczna liczba roszczeń opartych na Blicie, powstaje w drodze przekształcenia z roszczenia opartego na traktacie zawartym między inwestorem a pań-

¹⁵ A.K. Hoffmann, *The Investor's Right to Waive Access to Protection under a Bilateral Investment Treaty*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 2007, Vol. 22, No. 1.

stwem albo kilku takich kontraktach, które u swoich początków były zawierane i realizowane w oparciu o normy prawa krajowego. Wiąże się to oczywiście z tym, co jest esencją FDI, czyli m.in. założeniem przedsiębiorstwa w obcym dla inwestora państwie, zatrudnieniem niezbędnego personelu, uzyskaniem odpowiednich pozwoleń na prowadzenie specyficznej działalności gospodarczej, a następnie dokonywaniem wszelkiego rodzaju transakcji handlowych na rynku, przestrzeganiu prawa miejscowego, szeroko rozumianym udziałem w lokalnym obrocie prawnym. Zasady prawa inwestycyjnego dotyczą więc tak różnych gałęzi prawa krajowego jak prawo pracy i ubezpieczeń społecznych, organizacja sądownictwa, zasady prawa administracyjnego materialnego, prawo ochrony środowiska, nie wspominając nawet o prawie rzeczowym w zakresie własności¹⁶. W konsekwencji roszczenia oparte na BIT-ach mogłyby być np. nierozpatrzone przez sądy krajowe albo inwestorzy nie uzyskaliby żądanego odszkodowania, wstępując na krajową drogę sądową, dlatego zdecydowali się szukać go w międzynarodowym arbitrażu, skoro BIT im to umożliwia. Jest to częsty scenariusz powstania międzynarodowego sporu inwestycyjnego.

Z powyższych przykładów wynika, że kwestie zależności oraz rozróżnienia pomiędzy prawem międzynarodowym a prawem krajowym, a także pomiędzy prawem prywatnym i prawem publicznym są często nieostre w reżimie prawnym FDI. Rozwiązywanie większości międzynarodowych sporów inwestycyjnych odbywa się w oparciu o trzy główne systemy prawne, tj. powszechne prawo międzynarodowe, partykularne prawo międzynarodowe zawarte w BIT-ach oraz prawo krajowe. Specyfika arbitrażu inwestycyjnego polega na tym, że często nie sposób oprzeć się tylko na jednej normie wywodzącej się z jednego systemu prawnego, bez odwołania się do innych przepisów mających zastosowanie w przedmiotowej sprawie, a pochodzących z innego porządku prawnego. Dlatego też niezmiernie istotne jest właściwe określenie norm prawnych, które powinny znaleźć zastosowanie w danym sporze.

W części drugiej niniejszego opracowania przedstawię najważniejsze aspekty zastosowania norm prawa krajowego w międzyna-

¹⁶ R. Dolzer, C. Schreuer, *op.cit.*, s. 9–10.

rodowych sporach inwestycyjnych, opierając się na dotychczasowej praktyce traktatowej państw jak również na orzecznictwie międzynarodowych trybunałów arbitrażowych w ostatnich latach.

CZEŚĆ II

ZNACZENIE PRAWA KRAJOWEGO

W MIĘDZYNARODOWYCH SPORACH INWESTYCYJNYCH

1. Okres przeprowadzania i zarządzania FDI

Jak to już zostało zauważone wcześniej, FDI jest procesem wielce skomplikowanym i złożonym. Przeważnie sprowadza się do konieczności utworzenia spółki handlowej w państwie przyjmującym inwestycję, co będzie podlegało regulacjom tamtejszego prawa handlowego czy też gospodarczego. Prowadzenie przedsiębiorstwa nie będzie możliwe bez zawarcia szeregu umów cywilnoprawnych jak również umów o pracę. Nadrzędnym celem FDI pozostaje wypracowywanie zysku, od którego nowo powstały podmiot biznesowy będzie musiał odprowadzać podatki, w myśl zasad przewidzianych przez lokalne przepisy podatkowe. Przez tego rodzaju umowy i inne czynności prawne, związane bezpośrednio z zakładaniem oraz funkcjonowaniem przedsiębiorstwa będącego zazwyczaj najważniejszą częścią składową dokonywanej inwestycji, będzie następować największe zbliżenie z systemem prawodawstwa krajowego.

Warto w tym miejscu podkreślić za Douglasem rolę prawa krajowego w opisywaniu prawa rządzącego sporami inwestycyjnymi jako „niezbędną hybrydę prawa międzynarodowego i miejscowego, ze względu na prywatne i komercyjne interesy, znajdujące się w centrum tej jurysdykcji¹⁷. Zauważa on dalej, że inwestycje dokonywane przez podmioty inne niż państwa są podmiotami prawa prywatnego i trybunały w orzekaniu pytań wynikających z traktatu

¹⁷ Z. Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 2003 r., 74 BYIL151, s. 195; cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 70.

nie mogą uniknąć zajęcia się kwestiami, które powstają na gruncie prawa, dzięki któremu inwestycja zawdzięcza swój byt. Tylko wówczas, gdy uprawnienie powstało i zostało uznane przez prawo krajowe, standardy ochrony inwestycji zawarte w traktacie przejmują na siebie regulację zachowania państwa względem tych uprawnień¹⁸. Nie można jednak w takiej sytuacji zapominać, że jeśli państwo użyje środków dostępnych w swoim prawie krajowym, aby wyrządzić szkodę chronionej przez BIT inwestycji, inwestor będzie mógł powołać się na uznaną zasadę prawa międzynarodowego, głoszącą, że „Państwo nie może odwoływać się do przepisów własnego prawa, aby usprawiedliwić naruszenie międzynarodowego zobowiązania”¹⁹.

Co się zaś tyczy wpływu oddziaływania prawa wewnętrznego danego państwa na postępowanie arbitrażowe mające na celu rozstrzygające sporu powstałego pomiędzy inwestorem zagranicznym a tymże państwem, to kwestie te są regulowane trójstopniowo. Po pierwsze – niektóre BIT-y zawierają w sobie specjalne klauzule wyboru prawa mającego zastosowanie w tego typu sporze, w których wymienia się prawo krajowe. Po drugie – dwa główne międzynarodowe dokumenty zawierające procedurę arbitrażu pomiędzy inwestorem i państwem, czyli Konwencja ICSID oraz Zasady Arbitrażu UNCITRAL, regulacje odnoszące się do systemów prawa, które powinny zostać zastosowane przez trybunały powołane w myśl ich zasad. Po trzecie – niektóre strony sporu, czyli inwestor i państwo, w którym przeprowadza on swoją inwestycję, mogą uzgodnić prawo właściwe dla jego rozstrzygnięcia w umowie czy też kontrakcie inwestycyjnym, który uprzednio ze sobą zawarły, wskazując w nim po prostu na prawo krajowe²⁰. Te trzy grupy przypadków, gdzie

¹⁸ Ibidem, s. 199.

¹⁹ J. Crawford, *Commentaries*, op.cit., art. 3, s. 74; Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 27, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, s. 331.

²⁰ Por. np. *Attorney-General v. Mobil Oil NZ Ltd.*, New Zealand, High Court, 1 lipca 1987 r., 4 ICSID Reports, s. 117, para. 123; *MINE v. Guinea*, Decision on Annulment, 22 grudnia 1989 r., 4 ICSID Reports, s. 79, para. 6.31; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 265.

prawo krajowe może zostać lub zostało wskazane jako mające zastosowanie w międzynarodowym sporze inwestycyjnym, poddano poniżej bliższej analizie.

2. Odwołanie do prawa krajowego w BIT-ach

W zakresie rozstrzygania sporów inwestor–państwo pewna liczba BIT-ów odwołuje się tylko do prawa międzynarodowego, których przepisy zawierają istotne reguły przewidziane w tych BIT-ach²¹. Inne BIT-y w swojej klauzuli dotyczącej prawa mającego zastosowanie (*law applicable*, dalej: klauzula wyboru prawa), zawierają kombinację prawa międzynarodowego oraz prawa wewnętrznego państwa goszczącej inwestycję. Dolzer i Schreuer wskazują na popularną w tym zakresie formułę, która wymienia: (a) prawo krajowe państwa-gospodarza, (b) BIT razem z innymi traktatami, (c) jakikolwiek kontrakt odnoszący się do inwestycji i (d) powszechne prawo międzynarodowe²². Klauzula wyboru prawa sformułowana w taki właśnie sposób w Blicie zawartym pomiędzy Belgią a Burundi była rozpatrywana przez trybunał w sprawie *Antoine Goetz v. Burundi*, w której ostatecznie zdecydowano o konieczności zastosowania kombinacji prawa międzynarodowego i krajowego²³. Dodatkowo arbitrzy udzielili ogólnego komentarza dotyczącego kwestii wyboru prawa:

uzupełniający związek musi wziąć górę. Nie podlega wątpliwości, że Trybunał musi zastosować prawo Burundi, gdyż jest ono wymienione na pierwszym miejscu w przedmiotowym postanowieniu BIT-u zawartego pomiędzy Belgią i Burundi. Co się tyczy prawa międzynarodowego, jego zastosowanie jest obowiązkowe z dwóch powodów. Po pierwsze

²¹ Dla szczegółowej listy przykładów zob. E. Gaillard, Y. Banifatemi, *The Meaning of „and” In Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, 2003, 18 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, s. 375, 377; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 267.

²² R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 267.

²³ *Antoine Goetz v. Burundi*, Award, 10 lutego 1999 r., ICSID Case No. ARB/95/3, para. 95.

dlatego, że jak wynika z wnioskowań dostarczonych Trybunałowi przez powodów, prawo Burundi wydaje się inkorporować prawo międzynarodowe i przez to zapewnia jego bezpośrednie stosowanie; [...] Ponadto dlatego, że Republika Burundi jest związana przez zobowiązania prawa międzynarodowego, które przyjęła na siebie swobodnie zawierając BIT²⁴.

Trochę inną formułę opisywanej klauzuli łączącej w sobie prawo międzynarodowe z prawem krajowym można odnaleźć w Blicie zawartym pomiędzy Argentyną i Hiszpanią, którego art. 10 (5) stanowi, że

Trybunał Arbitrażowy będzie rozstrzygał spór według postanowień tej Umowy, warunków innych Umów zawartych pomiędzy stronami, prawa Umawiającej się Strony, na której terytorium inwestycja była dokonywana, wliczając w to reguły kolizyjne oraz ogólne zasady prawa międzynarodowego²⁵.

Postanowienia tego traktatu miały zastosowanie w sprawie *Mafezzini v. Spain*²⁶. W tym wypadku członkowie Trybunału nie wdali się w teoretyczne wywody dotyczące klauzuli wyboru prawa, natomiast po prostu zastosowali prawo międzynarodowe w celu rozpatrzenia niektórych pytań wynikających ze sprawy, a przy innych – prawo wewnętrzne Hiszpanii. Przykładowo w kwestii odpowiedzialności Hiszpanii za działania podjęte przez jej organ Trybunał oparł swoje rozumowanie na prawie międzynarodowym w zakresie przypisania²⁷, a w zakresie wyjaśnienia struktury i funkcji tegoż organu – na przepisach prawa hiszpańskiego o administracji publicznej i powszechnej procedurze administracyjnej²⁸. Warto zauważyć, że Trybunał

²⁴ Ibidem, para. 98.

²⁵ Agreement between Argentina and Spain z 3 października 1991 r.; cyt. za: *Mafezzini v. Spain*, Award on the Merits, 13 listopada 2003 r., ICSID Case No. ARB/97/7.

²⁶ *Mafezzini v. Spain*, Award on the Merits, 13 listopada 2003 r., ICSID Case No. ARB/97/7.

²⁷ Ibidem, para. 50, 52, 57, 77, 83.

²⁸ Ibidem, para. 47–49.

zastosował normy z BIT-u dopiero po tym, jak ustalił możliwość przypisania czynu Hiszpanii w zakresie odpowiedzialności międzynarodowej, do czego posłużyło mu zarówno powszechne prawo międzynarodowe, jak i prawo krajowe²⁹. Ponadto podkreślenia wymaga fakt, że stosowanie różnych porządków prawnych w międzynarodowym sporze inwestycyjnym nie musi następować w określonej kolejności czy też jedno po drugim. Czegoś zupełnie przeciwnego dowiódł Trybunał, rozpatrując wpływ, jaki wywarłoby na środowisko ukończenie przez powoda budowy jego instalacji chemicznej. Arbitrzy wzięli pod uwagę jednocześnie prawo międzynarodowe, ustawodawstwo hiszpańskie, dyrektywę Wspólnot Europejskich oraz sam BIT³⁰. Kolejną interesującą czynnością, którą przeprowadził ten trybunał, było odwołanie się w kwestii tego, czy kontrakt między inwestorem i organem państwowym został prawidłowo zawarty, nie tyle do samego hiszpańskiego kodeksu cywilnego oraz kodeksu handlowego, ale także do autorytatywnych komentarzy do ww. aktów prawnych³¹. Nie jest to przypadek odosobniony w praktyce orzeczniczej trybunałów arbitrażowych³².

Jednakże nie wszystkie BIT-y zawierają w sobie klauzulę wyboru prawa. Jak zauważyli Dolzer i Schreuer, w sytuacji gdy jurysdykcja jest oparta na Blicie, który nie ma takiej klauzuli, trybunały podejmowały próby jej stworzenia na podstawie tekstu preambuły tegoż BIT-u³³. W takiej sytuacji znalazł się np. trybunał w sprawie *AAPL v. Sri Lanka*, który doszedł do wniosku, że strony sporu wyraziły swój wybór prawa, który padł na BIT, przez oparcie swoich roszczeń oraz twierdzeń właśnie na postanowieniach BIT-u:

obydwie strony zachowywały się w sposób, który prezentował ich wzajemną zgodę, aby uznać postanowienia BIT-u zawartego pomiędzy Sri

²⁹ Ibidem, para. 83.

³⁰ Ibidem, para. 67–69, 71.

³¹ Ibidem, para. 89, 90.

³² Por. np. *Eureka BV v. Republic of Poland*, (Partial Award) (Trybunał Arbitrażowy Ad Hoc, 2005 r.), para. 133, gdzie Trybunał przytacza z aprobatą pogląd A. Woltera o podmiotowości prawnej Skarbu Państwa i jego tożsamości z państwem.

³³ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 269.

Lanką i Wielką Brytanią, jako podstawowe źródło obowiązujących zasad prawnych³⁴.

Trybunał ten poszedł nawet o krok dalej, twierdząc, iż BIT nie jest zamkniętym systemem prawnym i musi być widziany w szerszym kontekście jurystycznym, który w efekcie zaprowadził trybunał do zastosowania międzynarodowego prawa zwyczajowego oraz prawa krajowego Sri Lanki³⁵.

Ogólnie rzecz ujmując, nie ma problemu, gdy subsumpcja danego stanu faktycznego pod normy prawa międzynarodowego i krajowego, mających zastosowanie w danym sporze, daje taki sam albo podobny efekt. Natomiast w sytuacji konfliktowej, gdy rezultaty są ze sobą sprzeczne, Trybunał musi podjąć decyzję o pierwszeństwie któregoś z porządków prawnych. W sprawie *LG&E v. Argentina* podkreślono, że

Prawo międzynarodowe jest ważniejsze od prawa krajowego, kiedy występuje sprzeczność, ponieważ Państwo nie może usprawiedliwiać niepodporządkowania się swoim zobowiązaniom międzynarodowym poprzez manifestowanie przepisów swojego prawa wewnętrznego³⁶.

2.1. Rola prawa krajowego w procesie ustalania natury praw własnościowych inwestora

Moment ustalenia przez trybunał rozpatrujący spór inwestycyjny, czy mamy do czynienia z inwestycją w rozumieniu relewantnego dla sprawy BIT-u, jest jednym z najważniejszych etapów postępowania arbitrażowego, w którym prawo krajowe ma decydującą rolę. Znaczenie decyzji, czy dana inwestycja podchodzi pod inwestycję zde-

³⁴ *Asian Agricultural Products Ltd [AAPL] v. Republic of Sri Lanka (Award)*, ibidem, para. 20.

³⁵ Ibidem, para. 18–24.

³⁶ *LG&E v. Argentina*, Decision on Liability, ICSID Case, No. ARB/02/1, 3 października 2006 r., para. 94. Zob. także *Duke Perry v. Peru*, Decision on Jurisdiction, 1 lutego 2006 r., ICSID Case No. ARB/03/28, para. 162.

finiowaną w Blicie, czy też nie, jest bardzo duże, ponieważ stanowi równocześnie przesądzenie kwestii jurysdykcji *ratione materiae*. Należy poczynić tu jednak istotne zastrzeżenie, w myśl którego prawo międzynarodowe powstrzymuje dane państwo od niewłaściwego użycia własnych regulacji prawnych, w celu odmówienia danej inwestycji, należnego jej statusu inwestycji chronionej w rozumieniu BIT-u. Warto przytoczyć tutaj stanowisko zajęte przez Amerykańsko-Meksykańską Komisję Roszczeń:

Podczas zadawania pytań przed międzynarodowym trybunałem [...] w odniesieniu do stosowania prawa właściwego co do ustalenia uprawnień zakorzenionych w zobowiązaniach umownych, konieczne jest jasne rozróżnienie, poszczególnego prawa stosowanego do różnych aspektów sprawy. Natura tych uprawnień umownych albo praw dotyczących ruchomości lub nieruchomości, które w opinii powoda zostały naruszone w danej sprawie, jest ustalane przez prawo lokalne, które zarządza skutkami prawnymi umowy albo innego instrumentu kształtującego takie prawa. Ale odpowiedzialność pozwanego rządu jest ustalana wyłącznie przez prawo międzynarodowe³⁷.

Stanowisko to, jakże aktualne na początku XXI wieku, było raczej odosobnione w momencie wygłoszenia w 1927 r. Natomiast Douglas określa różne zadania do spełnienia przez prawo krajowe i międzynarodowe w ten sposób:

W pierwszym stadium trybunał traktatowy musi zdecydować, czy jest kwestią sporną, czy poszczególne prawa *in rem* konstytuują rzekome istnienie inwestycji, zasięg tych praw i komu są nadane [Douglas stwierdza, że jest to kwestia prawa lokalnego – P.K.] Na początku analizy trybunał traktatowy musi także, ustalić czy prawa *in rem*, które zostały

³⁷ *George W. Cook (USA) v. United Mexican States*, 1927, IV United Nations Reports of International Arbitral Awards s. 213, 215. Pasaż ten jest cytowany przez Z. Douglasa, op.cit., s. 196, gdzie wskazuje, że to oświadczenie zostało złożone przez jednego z członków Komisji i pozostali jej członkowie nie poparli tych uwag; cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 183.

zidentyfikowane zgodnie z prawem lokalnym państwa-gospodarza, konstytuują inwestycję w rozumieniu traktatu inwestycyjnego, czy też nie. To jest kwestia interpretacji traktatu, która jest ostatecznie zarządzana przez zasady prawa międzynarodowego³⁸.

Przykładem zastosowania takiego dwuetapowego podejścia jest orzeczenie w sprawie *Generation Ukraine Inc v. Ukraine*, w którym trybunał najpierw poddaje bardzo dokładnej analizie właściwą treść różnych praw, zezwoleń, protokołów i umów w prawie ukraińskim w celu ustalenia ich natury³⁹, aby później móc stwierdzić zakres swojej jurysdykcji przedmiotowej w oparciu o definicję inwestycji zawartą w Blicie⁴⁰.

Podobnie wyglądała sytuacja w sprawie *Nagel v. Czech Republic*, gdy trybunał również podkreślił konieczność odwołania się do BIT-u, ale zauważył także potrzebę uwzględnienia prawa krajowego w zakresie rozważań nad znaczeniem słów „majątek” i „inwestycja” w Blicie zawartym pomiędzy Wielką Brytanią i Czechami⁴¹.

W sprawie *Salini v. Morocco* trybunał odrzucił argument strony pozwanej, wedle której art. 1(1) przedmiotowego BIT-u, definiującego inwestycję jako: „wszystkie kategorie majątku zainwestowane [...] w zgodzie z prawami i regulacjami wymienionej wyżej strony”⁴², odwoływał się do definicji inwestycji zawartej w prawie krajowym. Cytowany fragment powołujący się na prawo wewnętrzne, w tym wypadku marokańskie, odnosi się zdaniem trybunału do kwestii ważności inwestycji, nie zaś jej definicji, którą zawiera BIT⁴³. W uzasadnieniu trybunał wskazał, że sens tego postanowienia BIT-u „dąży

³⁸ Z. Douglas, op.cit., s. 211; cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 183.

³⁹ *Generation Ukraine Inc v. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB/00/9, 16 września 2003 r., para. 8.8, 18.14–18.85.

⁴⁰ Ibidem, para. 8.14, 18.1–18.4.

⁴¹ *William Nagel v. Czech Republic*, Award, Stockholm Chamber of Commerce (dalej: SCC) Case No. 49/2002, SCC 2003 r., cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 183.

⁴² *Salini v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 lipca 2001 r., para. 45, 42 International Legal Materials 609 (2003); cyt. za: <http://ita.law.uvic.ca/>.

⁴³ Ibidem, para. 46.

do tego, aby zapobiec chronieniu przez BIT inwestycji, która nie powinna być chroniona, w szczególności z uwagi na fakt, iż byłaby ona nielegalna⁴⁴.

Wykładnia powszechnie spotykanego w BIT-ach odwołania się do prawa wewnętrznego przy definiowaniu inwestycji, której dokonał trybunał w sprawie *Salini v. Morocco*, została ponownie zastosowana przez trybunał w sprawie *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Stan faktyczny prezentował się tak, że strona pozwana argumentowała, iż nawet jeśli trybunał uznałby istnienie inwestycji powoda, to i tak nie została ona przeprowadzona zgodnie z ukraińskim prawem. Według pozwanego pełna nazwa, pod którą powód zarejestrował swoją filię na Ukrainie, zawierająca w sobie słowa „filia prywatnego przedsiębiorstwa” (*subsidiary private enterprise*), nie jest uznaną formą prawną w myśl postanowień prawa ukraińskiego, które przewiduje zamieszczenie w nazwie takiego podmiotu tylko słów „filia przedsiębiorstwa” (*subsidiary enterprise*)⁴⁵. Poza tym inwestor nie dostarczył wymaganych przez to prawo dokumentów, na których brakowało podpisów oraz potwierdzeń notarialnych. Trybunał stwierdził, że wszystkie ww. błędy, których dopuścił się inwestor, nie odbierają mu prawa do korzystania z ochrony jego inwestycji przyznanej przez BIT, podając jako uzasadnienie cytowany powyżej ustęp z orzeczenia w sprawie *Saliniego*⁴⁶. Podsumowując swoje rozważania w tym zakresie, trybunał zaznaczył, że przedmiot i cel traktatów inwestycyjnych polega na zapewnieniu szerokiej ochrony dla inwestorów i ich inwestycji⁴⁷, a ponadto kompetentne organy państwowe strony pozwanej prawomocnie zarejestrowały filię powoda jako przedsiębiorstwo. Konkluzja trybunału w zakresie znaczenia prawa ukraińskiego w tej materii brzmiała następująco:

Nawet jeśli bylibyśmy w stanie potwierdzić zarzuty strony pozwanej, co wymagałoby poszukiwawczego badania szczegółów procedur admini-

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, (Jurisdiction) 2005 r., 20 ICSID Case No. ARB/02/18, para. 83.

⁴⁶ Ibidem, para. 84.

⁴⁷ Ibidem, para. 85.

stracyjnych w prawie ukraińskim, wyłączenie inwestycji na podstawie tak nieznaczących błędów, byłoby niespójne z przedmiotem i celem Traktatu⁴⁸.

Z kolei w sprawie *Aguas del Tunari v. Bolivia* trybunał musiał rozpatrzyć postanowienia BIT-u, który zakładał, że każda z jego stron będzie promować kooperację poprzez ochronę inwestycji „w zakresie własnych podstaw prawnych i regulacji” oraz że inwestycja zostanie przyjęta przez każdą ze stron „z zastrzeżeniem jej praw do wykonywania uprawnień przyznanych przez jej prawa i regulacje”⁴⁹. Boliwia podnosiła, iż na podstawie treści cytowanego artykułu BIT-u zawartego pomiędzy Holandią i Boliwią jak również w zgodzie z rozpoznawalną i szanowaną praktyką boliwijską w tym względzie zaistniały spór powinien zostać przedłożony krajowemu trybunałowi. W odniesieniu do pierwszego odwołania się do prawa wewnętrznego w Blicie, Trybunał stwierdził, że

czyta je jako odwołanie ograniczone do szczegółów dotyczących tego, jak każda ze Stron ujmuje w swoim prawie wewnętrznym, wymóg promocji współpracy gospodarczej poprzez ochronę inwestycji⁵⁰.

Co się zaś tyczy drugiego przywołania prawa krajowego, Trybunał zauważył, że

odwołanie to precyzyjnie podporządkowuje obowiązek Państwa do przyjęcia inwestycji nie prawom i regulacjom boliwijskim, ale raczej „prawom do wykonywania uprawnień” przyznanych przez te prawa i regulacje. Trybunał uznaje tę treść za znaczącą, jako że oznacza ona czyn w momencie przyjęcia inwestycji według praw i regulacji mających moc obowiązującą w tym czasie⁵¹.

⁴⁸ Ibidem, para. 86.

⁴⁹ *Aguas del Tunari v. Bolivia*, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 października 2005 r., para. 143.

⁵⁰ Ibidem, para. 146.

⁵¹ Ibidem, para. 147.

A zatem wyraźnie widać, że arbitrzy zastosowali w tym wypadku wykładnię zwięzającą.

Cechą wspólną wszystkich powołanych wyżej orzeczeń jest to, że żaden z trybunałów nie stwierdził braku swojej jurysdykcji do rozpatrzenia sprawy z powództwa inwestora opartego na Blicie ze względu na powoływane przez strony pozwane niezgodności inwestycji z ich prawem krajowym. W sprawie *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* trybunał po raz pierwszy odmówił uznania jurysdykcji z powodu naruszenia klauzuli odwołującej się do prawa krajowego⁵². Musiał zastosować BIT zawarty pomiędzy Hiszpanią i El Salvador, który nie zawierał co prawda odwołania do podporządkowania się prawu krajowemu w definicji inwestycji, ale w klauzuli dotyczącej przyjęcia inwestycji i jej ochrony. Trybunał orzekł, że powód otrzymał koncesję od El Salvador w wyniku przetargu, podczas którego podał fałszywe informacje dotyczące swojej kondycji finansowej, doświadczenia i zdolności swojego administratora oraz tożsamości i doświadczenia swojego partnera strategicznego, popierającego ofertę Inceysa⁵³. Trybunał nawiązał do zasady dobrej wiary, względów interesu publicznego społeczności międzynarodowej oraz do zasady, że „powołujący się na własny występ nie będzie wysłuchany” (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)⁵⁴. Ostatecznie Trybunał przyjął, iż El Salvador zgodził się na jurysdykcję ICSID pod warunkiem, że strona powodowa będzie przestrzegać prawa:

Podsumowując, Trybunał uważa, że z powodu tego, iż inwestycja Inceysa była przeprowadzona w sposób, który był oczywiście nielegalny, nie zawiera się ona w zakresie zgody wyrażonej przez Hiszpanię i Republikę El Salvador w Blicie i w konsekwencji, spory z niej wynikające nie są przedmiotem jurysdykcji Centrum. Dlatego też ten Trybunał Arbitrażowy stwierdza się niekompetentnym do wysłuchania sporu, który został przed nim przedłożony⁵⁵.

⁵² *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador*, Award, 2 sierpnia 2006 r., ICSID Case No. ARB/03/26, tłumaczenie angielskie wyroku wydanego w języku hiszpańskim.

⁵³ Ibidem, para. 236.

⁵⁴ Ibidem, para. 236, 245, 239.

⁵⁵ Ibidem, para. 257.

Wart podkreślenia jest fakt, że trybunał zastosował powyższe rozważania nie tylko do zgody wyrażonej przez stronę pozwaną w Blicie, ale także do zasad jurysdykcyjnych zawartych w jej prawie wewnętrznym.

Kolejnym przypadkiem, kiedy trybunał nie stwierdził swej właściwości, była sprawa *Fraport v. Philippines*, w której postanowienia przedmiotowego BIT-u w zakresie definicji inwestycji oznaczały ją jako „każdy rodzaj majątku uznany przez właściwe prawa i regulacje każdej z Umawiających się Stron”⁵⁶. Oprócz tego art. 2 ww. BIT-u stanowił, że każda ze stron „przyjmie inwestycję w zgodzie ze swoją Konstytucją, prawami i regulacjami”⁵⁷. Jest to jedno z nielicznych bezpośrednich odwołań do konstytucji danego państwa, jakie spotyka się w BIT-ach. Aczkolwiek można skutecznie bronić tezy, iż stanowi ona specyficzne *superfluum*, ze względu na to, że konstytucje przeważnie stanowią najwyższe prawo obowiązujące na terytorium danego państwa, za wyjątkiem tych, które w myśl teorii monistycznej uznają prawo międzynarodowe za najwyższy porządek normatywny. W związku z tym każde odwołanie się do właściwych praw i regulacji strony w Blicie, powszechnie spotykane we współczesnych BIT-ach, czy to w zakresie zdefiniowania inwestycji, czy też w jakimkolwiek innym, *de facto* powinno zawierać w sobie odwołanie do konstytucji jako najwyższego aktu normatywnego obowiązującego w danym państwie. Można domniemywać, że w przypadku Republiki Federalnej Niemiec jako kraju federalistycznego chodziło o precyzyjne wyszczególnienie jej roli, jednakże Modelowy BIT niemiecki z 2005 r. nie zawiera już w swej treści wzmianki o konstytucji⁵⁸.

Jak zauważył trybunał, prawo filipińskie zarówno w swej Konstytucji, jak aktach normatywnych niższego rzędu zawierało obostrzenia w zakresie posiadania udziałów i akcji oraz zarządzania

⁵⁶ Art. 1 § 1 BIT-u zawartego pomiędzy RFN a Republiką Filipin 18 kwietnia 1997 r., cyt. za: *Fraport v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 sierpnia 2007 r., para. 281.

⁵⁷ Ibidem, para. 282.

⁵⁸ Zob. przypis nr 91, art. 1,2.

przedsiębiorstwem pożytku publicznego przez cudzoziemców⁵⁹. Strona powodowa, po tym jak nabyła maksymalny pakiet akcji jednego z lokalnych przedsiębiorstw, dostępny cudzoziemcom w wysokości 40%, zawarła szereg umów z filipińskimi akcjonariuszami, które miały pozostać poufne. Zdaniem trybunału umowy te stanowiły krytyczny dowód na to, że powód chciał zarządzać całym przedsiębiorstwem pomimo posiadania pakietu mniejszościowego, co było działaniem stojącym w jawnej opozycji do filipińskiego ustawodawstwa w zakresie własności cudzoziemskiej i jej kontroli, znanym jako Anti-Dummy Law (ADL)⁶⁰. W świetle powyższego trybunał doszedł do konkluzji, iż mając na uwadze świadome naruszenie przez inwestora prawa wewnętrznego Filipin, nie ma on jurysdykcji, aby rozstrzygnąć ten spór:

Fraport świadomie i celowo ominął ADL [tj. ustawodawstwo krajowe – P.K.] poprzez zawarcie poufnych umów z akcjonariuszami. W konsekwencji nie może on podnosić, iż dokonał inwestycji w zgodzie z prawem. Nie może także rościć, iż wysocy urzędnicy strony pozwanej zrzekli się następnie wymogów prawnych i konwalidowali inwestycję Fraportu, gdyż owi urzędnicy nie mogli wiedzieć o naruszeniu prawa. Ponieważ brak jest „inwestycji dokonanej w zgodzie z prawem”, Trybunał nie ma jurysdykcji *ratione materiae*⁶¹.

Na koniec tej części rozważań należy wskazać na jeden specjalny arbitraż – *World Duty Free v. Kenya*, który doszedł do skutku nie na podstawie BIT-u, ale wyłącznie w oparciu o kontrakt inwestycyjny zawarty pomiędzy inwestorem a Kenią⁶². Trybunał ustanowiony pod auspicjami ICSID musiał zadecydować, czy akty przekupstwa, których dopuszczono się w trakcie negocjacji kontraktu, w rzeczywistości powstrzymały powoda od zaskarżenia naruszeń

⁵⁹ *Fraport v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 sierpnia 2007 r., para. 120.

⁶⁰ *Ibidem*, para. 125.

⁶¹ *Ibidem*, para. 401.

⁶² *World Duty Free v. Kenya*, Award, 4 października 2006 r., ICSID Case No. ARB/00/7.

kontraktu przez stronę pozwaną. Trybunał stanowczo potwierdził ten stan rzeczy, uznając kontrakt za nieważny, jako że łapówkarstwo jest wbrew porządkowi publicznemu większości państw społeczno-ści międzynarodowej i wszelkich obowiązujących norm prawnych:

W świetle ustawodawstwa praw krajowych oraz międzynarodowych konwencji w zakresie korupcji, jak również w świetle decyzji powziętych w tym względzie przez sądy i trybunały arbitrażowe, ten Trybunał jest przekonany, iż łapówkarstwo jest sprzeczne z międzynarodowym porządkiem publicznym większości, jeśli nie wszystkich państw albo, używając innej formuły, z międzynarodową polityką państw. Stąd też, roszczenia oparte na kontrakcie korupcyjnym albo na kontrakcie uzyskanym na drodze korupcji, nie mogą być podtrzymane przez ten Trybunał Arbitrażowy⁶³.

Reasumując, przepisy prawa krajowego są niezwykle istotne w arbitrażu pomiędzy inwestorem i państwem goszczącym jego inwestycję, pod warunkiem, że BIT, na podstawie którego oparte są roszczenie strony powodowej, zawiera w swej treści bezpośrednio odwołanie do prawa wewnętrznego państw będących jego stronami. Odwołania te zazwyczaj przybierają formułę ogólną, bez precyzowania konkretnych aktów normatywnych, z niewielką liczbą wyjątków, wśród których można wskazać wymienienie konstytucji. Występują one przeważnie w klauzuli BIT-u, która zawiera definicje, albo w klauzuli traktującej o wspieraniu i przyjmowaniu przez państwa inwestycji na swoim terytorium (*admission clause*). Praktyka orzecznicza międzynarodowych trybunałów arbitrażowych wskazuje, że najczęstszym przypadkiem, kiedy rozpatrywane są regulacje wewnętrzne danego państwa, jest kwestia ustalenia jurysdykcji *ratione materiae*, która sprowadza się do pytania, czy mamy do czynienia z inwestycją na tle prawodawstwa krajowego i czy była ona przeprowadzona w sposób legalny. Jeżeli trybunał nie udzieli pozytywnej odpowiedzi na tak sformułowane pytania, to konsekwencje są poważne, gdyż oznacza to brak jurysdykcji trybunału do rozpoznania całego sporu. A zatem trybunał nie zdąży

⁶³ Ibidem, para. 157.

nawet wysłuchać roszczeń materialno-prawnych opartych na Blicie, ponieważ całe postępowanie zostanie zakończone na etapie jurysdykcyjnym. Dlatego też nie dziwi fakt, że arbitrzy często odwołują się do uznanych poglądów doktryny prawa krajowego, zawartych np. w komentarzach do kodeksów, w celu rozstrzygnięcia co bardziej skomplikowanych zagadnień, które wyniknęły w toku sprawy.

2.2. Znaczenie prawa krajowego w zakresie norm materialnoprawnych zawartych w BIT-ach

Prawo krajowe jest także rozpatrywane przez trybunały na dalszym etapie postępowania arbitrażowego w sytuacji, gdy stwierdzona zostanie jurysdykcja, jednakże jego zadanie jest już zdecydowanie odmienne. Mianowicie nie sposób rozstrzygnąć roszczenia traktatowego inwestora, który zarzuca pozwanemu państwu naruszenie normy BIT-u, bez uprzedniego wzięcia pod uwagę środków prawnych, jakie organy takiego państwa zastosowały wobec inwestycji. Przykładowo, jeżeli powód występuje z roszczeniem wywłaszczeniowym, trybunał zbada akt prawny, na podstawie którego doszło do wywłaszczenia, aczkolwiek pod kątem jego zgodności z warunkami przewidzianymi przez BIT⁶⁴. W większości przypadków analizie poddane będzie, czy taki akt prawa wewnętrznego został podjęty ze względu na interes publiczny, nie miał charakteru dyskryminacyjnego, a także czy wywłaszczeniu towarzyszyło bezwzględne, proporcjonalne i efektywne odszkodowanie. Oczywiście sytuacja skomplikuje się bardziej, jeśli będziemy mieli do czynienia z zarzutem wywłaszczenia pośredniego (*indirect expropriation*), które może nastąpić w wyniku serii aktów bądź środków prawnych zasto-

⁶⁴ Por. np. Chinese Model BIT 2003 r., art. 4; cyt. za: R. Dolzer, C. Shreuer, op.cit., Annexes, s. 35, France Model BIT, art. 6; cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., Appendix 5, 7, 8, 10; s. 380, 418, 424, 433–434, Germany Model BIT 2005, art. 4 (2); cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., Appendix 7, s. 417–418, United Kingdom Model BIT (tekst jednolity z 6 listopada 2005 r.) art. 5; cyt. za: C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., Appendix 4, s. 379.

sowanych przez organy państwa względem danej inwestycji. Wówczas trybunał będzie musiał zbadać każdy z zarzucanych czynów, w postaci aktów normatywnych wyższego lub niższego rzędu, jak np. decyzji administracyjnych oraz czynności władczych podjętych przez państwo w ramach jego *imperium*, zarówno pod kątem ich legalności w prawie wewnętrznym, jak i według postanowień traktatowych. Tylko wtedy możliwa będzie ocena, czy suma tych aktów i czynności urosła w efekcie do wyłączenia pośredniego, którego cechy zostały jednakże ustalone na gruncie prawa międzynarodowego.

Podobnie ma się rzecz w kontekście naruszenia standardów traktowania inwestora. Powszechnie zakazuje się dyskryminowania inwestora zagranicznego, zwłaszcza z powodu narodowości, na gruncie klauzuli MFN jak też standardu traktowania narodowego (National Treatment – NT). Ten generalny zakaz stanowi również część składową standardu FET. Należy jednak podkreślić, że podobnie jak w wypadku wyłączenia, wszystkie działania podjęte przez państwo, czy to w wydanych aktach prawnych, czy też w aktach stosowania prawa, służą raczej jako podstawa badawcza do stwierdzenia naruszenia postanowienia traktatowego aniżeli jako podstawa orzekania trybunału. Przykładowo, stwierdzenie dyskryminacji jest niezależne od naruszenia prawa krajowego. W sprawie *Lauder v. Czech Republic* przedmiotowy BIT chronił przed „środkami arbitralnymi i dyskryminującymi” i w tym aspekcie trybunał uznał, że

Aby środek był dyskryminujący, nie musi on naruszać prawa krajowego, ponieważ to samo prawo krajowe może zawierać przepis, który jest dyskryminujący wobec inwestycji zagranicznej, lub też prawo to może nie zawierać przepisu zabraniającego dyskryminację inwestycji zagranicznej⁶⁵.

Jednakże zdarzają się też takie sytuacje w arbitrażu, zwłaszcza w kontekście dochodzenia, czy nastąpiło naruszenie standardu słusznego i uczciwego traktowania (*fair and equitable treatment standard* – FET) w zakresie należytego procesu (*due process*), gdzie

⁶⁵ *Lauder v. Czech Republic*, 9 ICSID 62 (UNCITRAL, 2001 r.), para. 220.

prawo krajowe będzie stanowić istotny punkt odniesienia. W takich przypadkach, jak zauważają McLachlan, Shore i Weiniger, „trybunały inwestycyjne będą musiały zrzucić z siebie swoje szaty prawa międzynarodowego publicznego, aby uważnie rozważyć poprawność orzeczeń, wydanych przez krajowe trybunały w kwestiach prawa krajowego”⁶⁶. Trybunał w sprawie *Occidental v. Ecuador* uczynił tak, analizując przedmiotowe przepisy podatkowe Ekwadoru:

Trybunał zgadza się z [Urzędem Skarbowym Ekwadoru – P.K.], iż Artykuł 69A [przepisów Prawa Podatkowego – P.K.] zapewnia prawo do zwrotu podatku eksporterom towarów takich jak drzewo, banany, afrykański olej palmowy oraz zaangażowanych w takie czynności jak górnictwo, rybołówstwo. Trybunał nie zgadza się jednak z tym, że przemysł naftowy jest wyłączony z zakresu stosowania Artykułu 69A.

Jak było to wyjaśnione powyżej, Trybunał uznał, że zwrot VAT-u nie był zawarty w Kontrakcie [Occidental – P.K.]. Jednakże według ekwadorskiego ustawodawstwa podatkowego, powód jest uprawniony do takiego zwrotu⁶⁷.

W związku z powyższym można dojść do wniosku, że rola prawa krajowego w międzynarodowym sporze inwestycyjnym maleje proporcjonalnie do stadium, w jakim znajduje się postępowanie. Przy czym największe znaczenie może mieć w fazie jurysdykcyjnej, najmniejsze zaś w fazie merytorycznej.

3. Odwołanie do prawa krajowego w konwencji ICSID

Konwencja ICSID zawiera w art. 42 §1 klauzulę wyboru prawa, która pierwotnie wskazuje na prawo, które wybrały strony, a w przypadku braku takiego uzgodnienia zakłada stosowanie prawa wewnętrznego państwa będącego stroną sporu (wliczając w to reguły kolizyjne) oraz takie zasady prawa międzynarodowego, jakie mogą

⁶⁶ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 70.

⁶⁷ *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration, Administered Case No. UN 3467, 1 lipca 2004 r.

mieć zastosowanie⁶⁸. Należy w tym względzie mieć na uwadze, że wiele traktatów zawierających w sobie postanowienia dotyczące rozstrzygania sporów pomiędzy inwestorem i państwem, takich jak NAFTA (North American Free Trade Agreement 1994 r.), ECT (Energy Charter Treaty 1994 r.) i część BIT-ów, zawiera w sobie także klauzule wyboru prawa. Przyjmując ofertę arbitrażu, inwestor akceptuje także postanowienia traktatu odnośnie do rozstrzygania sporów, jak i klauzulę wyboru prawa, która staje się częścią porozumienia arbitrażowego. Innymi słowy, traktatowa klauzula wyboru prawa staje się uzgodnieniem pomiędzy stronami arbitrażu w zakresie obowiązującego ich prawa, takim jak to przewidziane w art. 42 Konwencji ICSID⁶⁹.

4. Kontrakty inwestycyjne między inwestorem i państwem

Szereg takich porozumień nosi nazwę umów, takich jak zagraniczne umowy patentowe, umowy licencyjne, umowy o pomocy technicznej, umowy przyznające koncesję⁷⁰. Ludwikowski zauważa, że według części ekspertów reprezentujących teorię internacjonalizacji kontraktów między państwami i prywatnymi korporacjami porozumienia te powinny być regulowane przez prawo międzynarodowe⁷¹. Z kolei według zwolenników teorii nacjonalizacji kontrakty

⁶⁸ Konwencja ICSID, art. 42; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 303–304.

⁶⁹ A.R. Parra, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 1997 r., 12 ICSID Review-FIJL, s. 287, 332; P. Peters, *Dispute Settlements Arrangements in Investment Treaties*, 1991 r., 22 Netherlands Yearbook of International Law 91, s. 147–148; IFI Shihata, A.R. Parra, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 1999 r., 14 ICSID Review-FIJL, s. 299, 336; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 266.

⁷⁰ P.H. Vishiny, *International Trade for Nonspecialist*, Filadelfia 1992, vol. I, s. 111–176 i 229–233; cyt. za: R.R. Ludwikowski, *Handel międzynarodowy*, Warszawa 2006, s. 39.

⁷¹ R.R. Ludwikowski, op.cit., s. 39–40.

te mają charakter prywatnoprawny i są zazwyczaj regulowane przez prawo państwa udzielającego koncesji czy licencji. Oczywiście powyższe rozważania znajdują zastosowania tylko w sytuacji, gdy nie mamy do czynienia z klauzulą wyboru prawa zawartą w takim kontrakcie, co wydaje się obecnie zjawiskiem zdecydowanie mniejszościowym.

4.1. Wybór prawa przez strony kontraktu

Wszystkie znaczące systemy prawne uznają obecnie, że strony kontraktu mają autonomię w zakresie ustalenia prawa obowiązującego dla kontraktu⁷². Problemem, który powstaje na tym etapie, jest wybór prawa. Zależnie od siły przetargowej stron oraz ich zdolności negocjacyjnych w praktyce wykształciły się różne warianty klauzuli wyboru prawa. Dla inwestora najlepszym rozwiązaniem byłoby odseparowanie postanowień kontraktu od prawa wewnętrznego państwa. Po pierwsze dlatego, że użycie prawa krajowego dałoby państwu znaczącą przewagę w sytuacji sporu, ze względu na to, że faworyzowałoby ono owe państwo w takim konflikcie. Po drugie prawo takie może się zmienić i najprawdopodobniej ulegnie zmianie, jeśli wystarczająco dużo jest na szali⁷³. Warto dodać, że STSM uznał w 1929 r. w sprawie *Serbian Loans*, iż każdy kontrakt, który nie jest zawierany pomiędzy dwoma państwami, musi mieć swoją podstawę w krajowym porządku prawnym⁷⁴. Jednakże nie odniósł się on w tym kontekście do kwestii ochrony cudzoziemca w prawie międzynarodowym. Neutralnym rozwiązaniem mógłby się wydawać system prawny państwa trzeciego o długiej tradycji lub

⁷² M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International 2000, rozdział 2–3.1, „Klauzula wyboru prawa”; cyt. za: R. Doak Bishop, J. Crawford, W.M. Reisman, *Foreign Direct Investment – Cases, Materials and Commentary*, Haga 2005, s. 257.

⁷³ C.E. Stewart, *Commentary I.1*, [w:] *Transnational contracts*, C.E. Stewart et al. eds., Oceana Publications, Inc. 1997 r.; cyt. za: R. Doak Bishop, op.cit., s. 259.

⁷⁴ *Serbian Loans Case*, PCIJ, Judgement No. 14, Series A, No. 20, para. 41.

też samo „prawo umowy”, wspomagane przez prawo wewnętrzne, międzynarodowe albo zasady wspólne dla nich obydwu⁷⁵. Jeszcze innym wyjściem, w teorii najkorzystniejszym dla inwestora, jest wybór prawa międzynarodowego, aczkolwiek rodzi to pewne komplikacje. Albowiem – jak zauważył Bowett – dziś nie ma żadnych zasad prawa międzynarodowego odnoszących się do prawa kontraktów⁷⁶. Vagts doszedł do wniosku, iż wybór prawa międzynarodowego musi oznaczać, że arbitrzy powinni „zbadać systemy prawa cywilnego/handlowego wiodących jurysdykcji i wyekstraktować z nich koncepty prawa handlowego wspólne im wszystkim⁷⁷. Gdzieś pomiędzy tymi dwoma biegunami, jakimi są prawo krajowe i międzynarodowe, odnajdujemy także odwołania do ogólnych zasad prawa, zwyczajów przemysłowych oraz – rzadziej – zasad naturalnej sprawiedliwości albo słuszności⁷⁸. Przeważnie stosuje się kompromis, polegający na wskazaniu kombinacji prawa krajowego i międzynarodowego⁷⁹.

4.2. Klauzule stabilizacyjne (Stabilization Clauses)

Klauzula stabilizacyjna jest specjalnym wariantem klauzuli wyboru prawa, która może przyjąć następującą treść: „Prawa [państwa goszczącego inwestycję – P.K.] stosują się w takim zakresie, w jakim obowiązywały na dzień 1 maja 2000 r.”. W innej wersji jej postanowienia mogą brzmieć: „żadna z przyszłych zmian w prawie państwa-gospodarza, która mogłaby być niekorzystna dla inwestora,

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ D.W. Bowett, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, 59BYIL, 1988 r., s. 49, 54; cyt. za: C.E. Stewart, op.cit.

⁷⁷ D.F. Vagts, *Protecting Foreign Investment: An International Law Perspective*, FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN THE 1990S: A NEW CLIMATE IN THE THIRD WORLD, s. 109 (C.D. Wallace ed. 1990 r.); cyt. za: C.E. Stewart, op.cit.

⁷⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 74.

⁷⁹ Por. przykłady kontraktowych klauzul wyboru prawa w: R. Doak Bishop, op.cit., s. 255–257.

nie będzie miała względem niego zastosowania”⁸⁰. Oprócz tego podziału można dokonać jeszcze innej kategoryzacji rodzajów tejże klauzuli. Curtis wyróżnia klauzulę stabilizacyjną tzw. nieruchomościową (*intangibility clause*), która stanowi, że rząd nie może jednostronnie zmodyfikować albo wypowiedzieć kontraktu, oraz klauzulę stabilizacyjną *sensu stricto*. W tym drugim wydaniu zakłada ona, że prawem rządzącym kontraktem będzie prawo wewnętrzne państwa obowiązujące w czasie, gdy kontraktowi nadano moc prawną, wykluczając przez to stosowanie późniejszych zmian w tym prawie⁸¹. Zazwyczaj jest ona umieszczana w kontrakcie na życzenie inwestora, któremu zależy na zamrożeniu porządku prawnego państwa w stanie takim jak w chwili zawierania kontraktu⁸². Stanowi niejako kompromis pomiędzy wyborem prawa krajowego i międzynarodowego, gdyż zapewnia państwu stosowanie jego prawa wewnętrznego, a jednocześnie gwarantuje inwestorowi, że prawo to nie zostanie zmienione na jego niekorzyść w przyszłości. Należy podkreślić, że klauzula ta może być albo ogólna, obejmując wszystkie prawa lub regulacje, albo ograniczona, odnosząca się tylko do pewnej grupy przepisów, takich jak np. ustawodawstwo w zakresie sektora paliwowego, podatków albo ceł⁸³.

W ujęciu niektórych autorów, klauzula stabilizacyjna jest w większości przypadków bezpośrednią próbą prawnego zobligowania państwa w większym zakresie, niż normalny kontrakt mógłby je związać⁸⁴. Pogląd ten znajduje uzasadnienie, jeśli weźmiemy pod uwagę, że zwykle postanowienie kontraktowe nie może „zakuć

⁸⁰ Por. przykłady kontraktowych klauzul stabilizacyjnych w: R. Doak Bishop, *op.cit.*, s. 290–292.

⁸¹ C.T. Curtis, *The Legal Security Of Economic Development Agreements*, 29 *Harvard International Law Journal* 1988, s. 317; cyt. za: R. Doak Bishop, *op.cit.*, s. 295.

⁸² R. Dolzer, C. Schreuer, *op.cit.*, s. 75.

⁸³ B. Montebault-Heveline, R. Major, *Stabilization*, [w:] *The Association of International Petroleum Negotiators Host Government Contract Handbook*, lipiec 2002 r.; cyt. za: R. Doak Bishop, *op.cit.*, s. 298.

⁸⁴ T.W. Waelde, G. Ndi, *Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*, 31 *Texas International Law Journal* 1996, s. 215; cyt. za: R. Doak Bishop, *op.cit.*, s. 288.

w kajdany” ustawodawczej suwerenności państwa⁸⁵. Jednakże większość trybunałów arbitrażowych rozpatrujących włączenie klauzuli stabilizacyjnej do kontraktu inwestycyjnego uznawało, że musi ona mieć jakiś efekt praktyczny, skoro nie może w rzeczywistości działać tak jak inwestorzy by tego chcieli. Według jednego stanowiska zerwanie kontraktu z taką klauzulą uzasadnia większe odszkodowanie, z kolei według drugiego możliwy jest obowiązek interpretowania krajowego ustawodawstwa, którego rezultatem są niekorzystne dla inwestora zmiany, jako *prima facie* niemającego zastosowania do danej inwestycji zagranicznej, chyba że wola stosowania tego prawa jest jasno wyrażona w jego treści⁸⁶.

Z kolei Dolzer i Schreuer odnotowują, że charakter prawny klauzuli nigdy nie został precyzyjnie wyjaśniony. Jeden pogląd głosi, że każda zmiana prawa obowiązującego w zakresie kontraktu (a nie każda zmiana w prawie krajowym) będzie naruszeniem klauzuli. Drugi pogląd, dążący do ochrony suwerenności państwa gospodarza, jest taki, że każda zmiana prawa jest dozwolona, ale będzie jej każdorazowo towarzyszyć obowiązek odszkodowawczy dla zagranicznej spółki chronionej przez klauzulę⁸⁷. Ta rozbieżność stanowisk jest zilustrowana przez trzy arbitraże: z powództwa *Texaco, BP* oraz *Liamco* przeciwko działaniom wywłaszczeniowym podjętym przez Libię w latach 70. XX wieku⁸⁸. Każda z ww. spółek była chroniona przez identycznie brzmiącą klauzulę stabilizacyjną⁸⁹. W sprawie *BP* trybunał skupił się jednak na dyskryminacyjnym charakterze wywłaszczenia, a nie na ww. klauzuli. Natomiast w sprawie *Texaco* przywołał zasadę *pacta sunt servanda* oraz suwerenną zdolność państwa do związania się kontraktem, w myśl orzeczenia *STSM* w sprawie *Wimbledon*⁹⁰. Stąd trybunał wyprowadził konkluzję, że

⁸⁵ M. Sornarajah, *The Settlement*, op.cit., Rozdziały 2–3.2 Klauzula stabilizacyjna; cyt. za: R. Doak Bishop, op.cit., s. 290.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 75.

⁸⁸ *Texaco Calasiatic (Topco) v. Libya*, 17 ILM, 1978 r., s. 1; *Liamco v. Libya*, 20 ILM, 1981 r., s. 1; *British Petroleum v. Libya*, 53 ILR, 1979 r., s. 297; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 75.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ PCIJ 1923, Series A, No. 1, s. 25.

wywłaszczenie było nieważne, a koncesja pozostała w mocy. Wreszcie w sprawie *Liamco* trybunał uznał, że klauzula stabilizacyjna nie może dotyczyć suwerennego prawa do wywłaszczenia oraz że naruszenie kontraktu nie jest bezprawne w prawie międzynarodowym⁹¹. Następne sprawy, w których poruszana była kwestia klauzuli, również nie przyniosły spójnej wykładni tego zagadnienia⁹².

W związku z powyższym można obecnie zauważyć, że praktyka kontraktowa powoli odchodzi od tradycyjnych „zamrażających” klauzuli stabilizacyjnych i wykształciła dwie główne następczynie. Pierwszą jest klauzula renegocjacyjna, której celem jest przywrócenie zakłóconej równowagi (*equilibrium*), a działanie bardzo podobne do poprzedniczki. Natomiast alternatywą jest uniwersalny mechanizm, na drodze którego ryzyko rządowego zakłócenia inwestycji jest przerzucane na przedsiębiorstwo państwowe [będące stroną kontraktu inwestycyjnego w miejsce państwa – dop. P.K.] przez bezpośrednie lub pośrednie przydzielenie tego ryzyka w postanowieniach kontraktu dotyczących zwrotu kosztów lub zasad ich wyliczenia⁹³.

4.3. Klauzula parasolowa (The Umbrella Clause)

Kolejnym szczególnym typem klauzuli umieszczanej w BIT-ach, która zasługuje na omówienie w kontekście jej wpływu na zastosowanie prawa krajowego w międzynarodowych sporach inwestycyjnych, w szczególności w zakresie decydowania pomiędzy jurysdykcją sądów krajowych bądź międzynarodowych trybunałów arbitrażowych w danej sprawie, jest tzw. klauzula parasolowa (*the umbrella clause*, dalej: KP). Dolzer i Schreuer podają, że KP to posta-

⁹¹ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 76.

⁹² Por. np.: *Aminoil v. Kuwait*, 21 ILM, 1982 r., para. 976; *LETCO v. Liberia*, 2 ICSID Reports, 1994 r., s. 346, 368; *Aramco v. Saudi Arabia*, 27 ILR, 1963 r., s. 117, 168; *Amoco International Finance v. Iran*, Iran – US Claims Tribunal Reports 189, 1987 r.; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 76.

⁹³ T.W. Waelde, G. Ndi, op.cit., cyt. za: R. Doak Bishop, op.cit., s. 298.

nowienie traktatu inwestycyjnego, które gwarantuje przestrzeganie zobowiązań przyjętych przez państwo-gospodarza wobec inwestora⁹⁴. Typowa wersja KP jest zawarta w brytyjskim modelowym Blicie i stanowi, że „każda z Umawiających się Stron będzie przestrzegać każdego zobowiązania, do którego przystąpiła w odniesieniu do inwestycji obywateli lub spółek drugiej Strony”⁹⁵. Treść niemieckiego modelowego BIT-u⁹⁶ jest zasadniczo identyczna, podobnie jak brzmienie ECT⁹⁷. Natomiast KP nie mają amerykański modelowy BIT z 2004 r., jak również modelowy BIT francuski oraz NAFTA. Skalę rozpowszechnienia KP wyznacza szacunkowa liczba tysięcy obowiązujących BIT-ów⁹⁸. Chociaż formuła KP może się lekko różnić albo w kierunku bardziej ogólnym⁹⁹, albo też bardziej szczegółowym¹⁰⁰.

Głównym pytaniem związanym z KP jest to, czy włączenie jej do traktatu przekształca naturę egzekwowanego zobowiązania, a więc innymi słowy, czy mamy do czynienia z naruszeniem traktatu, a nie naruszeniem kontraktu inwestycyjnego¹⁰¹. Po raz pierwszy pojawiła się w pierwszym współczesnym Blicie, zawartym pomiędzy RFN a Pakistanem w 1959 r. Jednocześnie rząd RFN poinformował niemiecki parlament, że sprowadza się ona do tego, że „naruszenie zobowiązania kontraktu inwestycyjnego będzie urastało do naruszenia międzynarodowego zobowiązania zawartego w niniejszym traktacie”¹⁰². Przez blisko pięćdziesiąt lat była to powszechnie uznawana wykładnia KP, postrzegana jako pomost między umowami

⁹⁴ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 153.

⁹⁵ United Kingdom Model BIT z 2005 r., ibidem, art. 2 (2).

⁹⁶ Germany Model BIT 2005, ibidem, art. 8 (2).

⁹⁷ ECT, art. 10 (1); cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 317.

⁹⁸ R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 153.

⁹⁹ Por. np. art. II (3) BIT-u zawartego pomiędzy USA i Maroko z 29 maja 1991 r.; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 153.

¹⁰⁰ Por. np. art. III BIT-u zawartego pomiędzy Hong Kongiem a Francją; cyt. za: R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 154.

¹⁰¹ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 111.

¹⁰² R. Dolzer, C. Schreuer, op.cit., s. 154; oryginalny tekst dostępny w: J. Alenfeld, *Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland*, 1971 r., s. 97, przypis 180.

prywatnoprawnymi, prawem krajowym państwa goszczącego inwestycję i prawem międzynarodowym publicznym, zapewniając większe bezpieczeństwo inwestorowi¹⁰³. Taki stan rzeczy trwał aż do rozpatrywanej w 2003 roku sprawy *SGS v. Philippines* oraz poprzedzającej jej sprawy *SGS v. Pakistan* z 2001 r., w których dwa różne trybunały doszły do całkowicie odmiennych konkluzji, w oparciu o znacząco podobny stan faktyczny¹⁰⁴.

W pierwszej chronologicznie sprawie szwajcarski powód zawarł z Pakistanem kontrakt z klauzulą wyboru forum wskazującą na sądy pakistańskie. Jednakże kiedy Pakistan jednostronnie wypowiedział tenże kontrakt, powód wszczął postępowanie przed ICSID na podstawie szwajcarsko-pakistańskiego BIT-u, który zawierał w sobie KP o następującej treści: „Każda z Umawiających się Stron będzie stale gwarantować przestrzeganie zobowiązań, które zawarła w odniesieniu do inwestycji inwestorów drugiej ze Stron”¹⁰⁵. Trybunał uznał, powołując się na orzecznictwo wydane pod auspicjami WTO, że właściwym trybem interpretowania BIT-u jest „w przypadku wątpliwości ograniczająco” (*in dubio mitius*)¹⁰⁶, bez jakiegokolwiek odniesienia do Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 r. (*Vienna Convention on the Law of Treaties*; dalej: VCLT). W świetle takiego podejścia interpretacyjnego trybunał orzekł, że konwencjonalne rozumienie KP miałyby zbyt daleko idący wpływ na suwerenność państwa goszczącego inwestycję, które nie mogło zostać przyjęte w sytuacji braku jasnego wyrażenia wzajemnej woli stron¹⁰⁷. Trybunał przedstawił cztery główne argumenty na poparcie powyższej tezy. Po pierwsze taka wykładnia KP obejmowałaby także zobowiązania niewynikające z kontraktu, a z prawa wewnętrznego państwa goszczącego inwestycję, wliczając w to najdrobniejsze zobowiązania, i prowadziłyby w efekcie do zalewu powództw przed

¹⁰³ Ibidem, s. 155; por. np. orzeczenie w sprawie: *Noble Venture v. Romania*, Award, ICSID Case No. ARB/05/12, 12 października 2005 r.

¹⁰⁴ *SGS v. Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 stycznia 2004 r.; *SGS v. Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/13, 6 sierpnia 2003 r.

¹⁰⁵ *SGS v. Pakistan*, ibidem, para. 53.

¹⁰⁶ Ibidem, para. 171.

¹⁰⁷ Ibidem, para. 167.

międzynarodowymi trybunałami¹⁰⁸. Po drugie taka wykładnia usunęłaby znaczenie pozostałych gwarancji zawartych w traktatach inwestycyjnych, jako że nawet naruszenie najmniejszego zobowiązania zezwalałoby na wszczęcie procesu¹⁰⁹. Po trzecie trybunał stwierdził, że względy wykładni systemowej odnośnie do położenia KP na końcu postanowień traktatowych, iż wybór forum rozstrzygnięcia sporów w Blicie nie byłby wiążący dla inwestora, podczas gdy państwo musiałoby honorować postanowienia takiej klauzuli¹¹⁰. Warto zauważyć, że trybunał nie odniósł się do różnicy pomiędzy działaniami władczymi państwa *de iure imperii* oraz działaniami w sferze komercyjnej – *de iure gestionis*. Jednocześnie zaprzeczył, że jego stanowisko w tym względzie pozbawiałoby KP znaczenia. Natomiast orzekł, że KP miałyby znaczenie w procesie implementacji BIT-u do prawa krajowego w sytuacji, gdy państwo nie wzięłoby udziału w międzynarodowym postępowaniu, na co wyraziło zgodę wcześniej¹¹¹.

Orzeczenie to zostało poddane szerokiej krytyce, najostrzej zaś przez trybunał rozpatrujący spór w sprawie z powództwa tego samego inwestora – szwajcarskiej spółki SGS przeciwko Filipinom. Podobnie jak w sprawie przeciwko Pakistanowi, SGS miało kontrakt koncesyjny dotyczący przeprowadzania inspekcji przed transportem towarów w imieniu organów rządowych państwa importującego w państwie eksportu, który zawierał własną klauzulę jurysdykcyjną, który wskazywał na sądy filipińskie jako właściwe do rozpatrywania sporów¹¹². Zarazem BIT szwajcarsko-filipiński zawierał w sobie KP¹¹³. Roszczenia wniesione przez SGS dotyczyły zarówno bezpośrednich naruszeń BIT-u, jak i naruszeń kontraktu poprzez zastosowanie KP. Trybunał najpierw zgodził się ze swoim poprzednikiem w sprawie przeciwko Pakistanowi, co do tego, że „zobowiązania wynikające z kontraktu są wciąż zarządzane przez kontrakt,

¹⁰⁸ Ibidem, para. 166, 168.

¹⁰⁹ Ibidem, para. 168.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem, para. 172.

¹¹² *SGS v. Philippines*, ibidem, para. 12, 22 – art. 12 kontraktu inwestycyjnego.

¹¹³ Ibidem, para. 34, art. X (2) BIT-u.

i jako takie mogą być ustalone w odniesieniu do warunków tego kontraktu¹¹⁴. W związku z czym ważność zobowiązania kontraktowego była kwestią do ustalenia według prawa obowiązującego dla kontraktu, czyli zazwyczaj prawa krajowego. Jednakże trybunał orzekł, że KP może przenieść określone zobowiązania państwa wobec inwestora w ramy BIT-u¹¹⁵. Ponadto ogólne odwołanie się w klauzuli dotyczącej rozstrzygania sporów na „spory odnoszące się do inwestycji” stosownie przyznawało jurysdykcję temu trybunałowi do rozpatrzenia roszczeń kontraktowych¹¹⁶. W obydwu kwestiach trybunał stwierdził, że stosując zwyczajne techniki interpretacyjne traktatów [czyli te wynikające z VCLT – dop. P.K.], postanowienia traktatu musiały być poddane efektywnej interpretacji i nie ma żadnych powodów, aby wyklądać je zwiężająco. Jednakże należy podkreślić, iż konkluzje trybunału nie oznaczały wcale, że wyraźny i wyłączny wybór forum rozstrzygnięcia sporu w kontrakcie został uchylony przez KP zawartą w Blicie. Przeciwnie, trybunał uznał, że „podstawową zasadą w każdym przypadku jest, że wiążąca klauzula dotycząca wyłącznej jurysdykcji zawarta w kontrakcie powinna być przestrzegana, chyba że zostaje uchylona przez inne, wiążące postanowienie tego kontraktu”¹¹⁷. Większość arbitrów orzekających w tej sprawie zajęła stanowisko, iż ogólne postanowienia BIT-u nie uchylają kontaktowej klauzuli jurysdykcyjnej. Doszli oni do tej konkluzji najpierw przez zastosowanie zasady *lex specialis derogat legi generali* przy interpretacji traktatów, a następnie udowadniając, że BIT powinien być odczytywany jako traktat strukturalny, „wspierający i uzupełniający, a nie uchylający i zastępujący, wynegocjowane w rzeczywistości postanowienia inwestycyjne pomiędzy państwem i inwestorem”¹¹⁸. Ostatecznie trybunał uznał swoją jurysdykcję co do rozpatrzenia roszczeń kontraktowych na podstawie KP, ale stwierdził także, że jest ona niedopuszczalna w świetle klauzuli jurysdykcyjnej¹¹⁹. Stąd też sprawa została prze-

¹¹⁴ Ibidem, para. 127.

¹¹⁵ Ibidem, para. 117.

¹¹⁶ Ibidem, para. 134.

¹¹⁷ Ibidem, para. 138.

¹¹⁸ Ibidem, para. 141.

¹¹⁹ Ibidem, para. 155.

kazana do właściwych sądów filipińskich, podobnie jak w precedensowym orzeczeniu w sprawie *MOX Plant*¹²⁰.

Reasumując, żadne z powyższych orzeczeń nie potwierdziło największej możliwej swobody inwestorów do występowania z powództwem kontraktowym przeciwko państwu przed inwestycyjny trybunał arbitrażowy. W obydwu ww. przypadkach oddano te roszczenia do osądzenia przez właściwe sądy krajowe, wykluczając je z zakresu kompetencyjnego trybunału ICSID-owskiego¹²¹.

Z kolei w sprawie *El Paso* trybunał uznał, że KP będzie miała zastosowanie tylko wówczas, gdy państwo działało w charakterze suwerena (*acta de iure imperii*), a nie jako kupiec w charakterze komercyjnym (*acta de iure gestionis*)¹²². W związku z zastosowaniem takiego rozróżnienia KP nie obejmowałaby zwyczajnych roszczeń kontraktowych, ale tylko „dodatkową ochronę dla inwestycji, zawartą umownie przez państwo, działające jako suzeren, włączoną do kontraktu inwestycyjnego, taką jak np. klauzula stabilizacyjna”¹²³. Zbliżone stanowisko przedstawił trybunał w sprawie *CMS v. Argentine*, kładąc jednakże szczególny nacisk na stopień nasilenia rządowej interwencji w inwestycję:

Trybunał wierzy, że Pozwany ma rację argumentując, iż nie wszystkie naruszenia kontraktu będą skutkowały naruszeniem traktatu. Standard ochrony traktatowej będzie zaangażowany tylko w przypadku określonego pogwałcenia praw i zobowiązań traktatowych lub naruszeń praw kontraktowych, chronionych przez traktat. Czysto handlowe aspekty kontraktu nie mogą być chronione przez traktat w pewnych okolicznościach, ale ochrona będzie bardzo prawdopodobna, kiedy mamy do czynienia ze znaczącą interwencją rządu albo agencji publicznych w prawa inwestora¹²⁴.

¹²⁰ *The MOX Plant Case (Ireland v. UK)*, Order No. 3, 2003 r., 42 ILM, s. 1187, 1199; cyt. za C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 114.

¹²¹ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 115.

¹²² *El Paso Energy v. Argentine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15, 27 kwietnia 2006 r., para. 81.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ *CMS v. Argentine*, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 maja 2005 r., para. 299.

Warto dodać, że większość trybunału w sprawie *Eureko*, decydując o znaczeniu KP w Bicie zawartym między Holandią i Polską, przyznała jej najszersze z możliwych znaczeń, opierając się wyłącznie na zwykłej wykładni literalnej zwrotu, iż państwo będzie przestrzegać każde zobowiązania, które zawarło w odniesieniu do danej FDI¹²⁵. Przy czym uzasadnienie dane przez trybunał było wybitnie skromne, i wręcz lakoniczne, zwłaszcza w świetle wszystkich wyżej zaprezentowanych kontrowersji dotyczących właściwego znaczenia klauzuli parasolowej.

Podsumowując, należy zgodzić się z McLachlanem, Shore'em i Weinigerem, że zakres działania KP jest możliwy na dwóch poziomach jednocześnie. Po pierwsze w sytuacji zwyczajnego roszczenia kontraktowego KP powinna zadziałać w sposób zaproponowany przez trybunał w sprawie SGS przeciwko Filipinom, przekazując jurysdykcję trybunałowi arbitrażowemu, ale tylko pod warunkiem, że strony nie wybrały bardziej szczegółowego modelu rozstrzygnięcia sporów. Po drugie w przypadku ingerencji państwa w kontrakt np. przez zmiany w jego prawie wewnętrznym, mającym efekt uchylający uprzednio podjęte wobec inwestora zobowiązania, KP powinna chronić inwestora. Aczkolwiek tylko pod warunkiem, że alternatywne forum dla roszczeń kontraktowych (jako kwestia prawa mającego zastosowanie) nie mogło lub nie utrzymało w mocy przedsięwzięcia państwa, niezależnie jednak od tego, czy wykonywało ono elementy swojej władzy suwerennej, czy też nie¹²⁶.

PODSUMOWANIE

Ramy niniejszego opracowania zostały nakreślone w taki sposób, aby wykazać, że pomimo międzynarodowego charakteru sporów inwestycyjnych pomiędzy inwestorem i państwem goszczącym inwestycję prawo krajowe jest stosowane w wielu przypadkach, niekiedy decydując o losach danego postępowania arbitrażowego (np. w sytuacji stwierdzenia właściwości przez trybunał arbitrażowy w oparciu

¹²⁵ *Eureko BV v. Republic of Poland*, ibidem, para. 246, 248.

¹²⁶ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, op.cit., s. 117.

o ustalenie praw własnościowych przysługujących inwestorowi według prawodawstwa wewnętrznego państwa, w którym dokonuje on inwestycji).

Ponadto bezpośrednio odwołanie się do prawa krajowego znajdujemy w najważniejszych międzynarodowych konwencjach, które mają zastosowanie w procedurze arbitrażowej, takich jak Konwencja ICSID z 1965 r. czy NAFTA, co świadczy o bardzo silnych podstawach dla stosowania przepisów krajowych na gruncie międzynarodowym (oczywiście w określonych ww. przepisami sytuacjach). Podobne odwołanie znajduje się także w zasadach arbitrażu UNCITRAL.

Wreszcie nie do przecenienia jest waga prawa krajowego przy zawieraniu kontraktu inwestycyjnego, które w większości przypadków będzie rządziło trybem zawarcia tego kontraktu oraz przesądzało o jego ważności, chyba że strony postanowią skorzystać z klauzuli wyboru prawa i nie zdecydują się wskazać prawa krajowego bądź też ograniczyć jego zastosowanie (zob. przykład klauzul stabilizacyjnych). Dlatego też każdy prawnik doradzający inwestorowi, który zamierza przeprowadzić FDI, powinien dysponować wiedzą dotyczącą dokładnego zakresu działania prawa krajowego na każdym etapie inwestycji – od momentu przygotowywania i podpisywania kontraktu, aż do ewentualnego postępowania arbitrażowego przed trybunałem. Przy czym właśnie w fazie postępowania jurysdykcyjnego ważą się najczęściej losy tego, jak duży wpływ będą miały normy krajowe na całe postępowanie, w zależności od tego czy międzynarodowy trybunał arbitrażowy stwierdzi swoją właściwość do rozpoznania sprawy, czy też raczej wskaże na sądy krajowe jako właściwe do wydania rozstrzygnięcia. Dlatego uważam, że analizowane powyżej klauzule (wyboru prawa, stabilizacyjne, parasolowe) mają ogromny wpływ na to, w jakim stopniu przepisy prawa krajowego będą oddziaływać na dany spór inwestycyjny, ze względu na to, że strony mogą wskazać na nie bezpośrednio jako prawo mające zastosowanie albo zdecydować o precyzyjnym zakresie działania prawa krajowego, jak również spowodować, iż każde naruszenie przez jedną ze stron postanowień kontraktu inwestycyjnego (zawartego według tego prawa) będzie stanowiło jednoczesne naruszenie BIT-u, skutkujące automatycznym przeniesieniem sporu na grunt międzynarodowy.

W świetle powyższego, pomimo niezaprzeczalnie nadrzędnego charakteru norm przewidzianych we współczesnych BIT-ach, jeżeli chodzi o międzynarodowe spory inwestycyjne, przepisy prawa krajowego wpływają na losy każdego z nich, niezależnie nawet od tego, czy intencją choćby jednej ze stron było maksymalne „umiędzynarodowienie” ewentualnego konfliktu powstałego na tle danego kontraktu inwestycyjnego.

SUMMARY

The significance of the host state law in international investment disputes

The author of the article deals with the issue of how important the laws and regulations of the host state really are, when it comes to international investment disputes. To answer the aforementioned question, the reader is first given a short introduction to the idea of foreign direct investment within international trade, along with the major legal agreements governing them. The first main part of the article brings closer the notion of international investment law and tries to explain its complex nature, together with some historical context. The second and the main part is divided into smaller divisions, in order to reflect the stages of FDI from its commencement up to a possible outcome of a legal dispute before an international arbitration tribunal, and to present how the applicability and significance of the host state law changes, along with the shift of those stages. The most important deliberations on the host state law within the article consider: its complimentary character to public international law and the investment treaties, its influence on the issue of jurisdiction of the arbitration tribunals in international investment disputes and its applicability during the merits stage of such disputes. Another feature worth mentioning is the presentation of the new form of clauses incorporated into modern investment contracts, i.e. – the choice of law and stabilization clauses. The author based his conclusions on a vast selection of international arbitration awards and decisions, as well as the modern treaty practice of the states, by virtue of researching model BIT's of the biggest traders in the world, e.g. Germany, China, France and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

Keywords: foreign direct investment, international investment disputes, the host state law, General Agreement on Trade and Tariffs (GATT), World Trade Organisation (WTO), national treatment standard, The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), international trade, international investment law, due process