
MONOGRAFIE PRAWNICZE

NARUSZENIE PRZEZ PAŃSTWO
UMOWY Z INWESTOREM
ZAGRANICZNYM
W ŚWIELE TRAKTATÓW
INWESTYCYJNYCH

MAREK ŚWIĄTKOWSKI



Wydawnictwo C. H. Beck

MONOGRAFIE PRAWNICZE

MAREK ŚWIĄTKOWSKI • NARUSZENIE PRZEZ PAŃSTWO UMOWY
Z INWESTOREM ZAGRANICZNYM W ŚWIETLE
TRAKTATÓW INWESTYCYJNYCH

Polecamy nasze publikacje z tej serii:

Maciej Kaliński

SZKODA NA MIENIU I JEJ NAPRAWIENIE

Patrycja Zawadzka

**FUNDUSZ INWESTYCYJNY W SYSTEMIE INSTYTUCJI
FINANSOWYCH**

Konrad Osajda

**USTANOWIENIE SPADKOBIERCY W TESTAMENCIE
W SYSTEMACH PRAWNYCH *COMMON LAW* I *CIVIL LAW***

Ewa Skibińska

**SWOBODA ZAKŁADANIA PRZEDSIĘBIORSTW PRZEZ OSOBY
PRAWNE (art. 43–48 TWE)**

Tomasz Chularski

UPADŁOŚĆ TRANSGRANICZNA W PRAWIE UE

Jerzy Parchomiuk

**ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA ZA LEGALNE
DZIAŁANIA ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ**

Urszula Drozdowska

CYWILNOPRAWNA OCHRONA PRAW PACJENTA

Izabella Gil

SYTUACJA PRAWNA SYNDYKA MASY UPADŁOŚCI

Tomasz Szancitło

**FORMY PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ
W POLSCE PRZEZ PODMIOTY ZAGRANICZNE**

Legalis

System Informacji Prawnej

www.sklep.beck.pl

NARUSZENIE PRZEZ PAŃSTWO
UMOWY Z INWESTOREM
ZAGRANICZNYM
W ŚWIETLE TRAKTATÓW
INWESTYCYJNYCH

MAREK ŚWIĄTKOWSKI



WYDAWNICTWO C. H. BECK
WARSZAWA 2009

Redakcja:
Anna Łubińska-Bujak



© **Wydawnictwo C. H. Beck 2009**

Wydawnictwo C. H. Beck Sp. z o.o.
ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa

Skład i łamanie: Wydawnictwo C. H. Beck
Druk i oprawa: Cyfrowe Centrum Druku, Bydgoszcz

ISBN 978-83-255-0780-0

Spis treści

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Słowo wstępne | IX |
| Wprowadzenie | XIII |
| Wykaz skrótów | XXI |
| Bibliografia | XXIII |
| Rozdział I. Zagadnienia wstępne | 1 |
| 1. Zagadnienie atrybucji | 1 |
| 2. Pojęcie umowy zawartej przez państwo z inwestorem zagranicznym | 6 |
| 3. Pojęcie wykonywania uprawnień władczych państwa | 11 |
| 4. Wnioski | 15 |
| Rozdział II. Odpowiedzialność państwa za zobowiązania kontraktowe na podstawie przepisu o dotrzymywaniu zobowiązań | 17 |
| 1. Uwagi wstępne | 17 |
| 2. Przepis o dotrzymywaniu zobowiązań w ujęciu historycznym | 18 |
| 3. Przepis o dotrzymywaniu zobowiązań w traktatach zawartych przez Polskę | 32 |
| 4. Przegląd doktryny współczesnej dotyczącej przepisu o dotrzymywaniu zobowiązań | 36 |
| 4.1. Stanowiska liberalne | 36 |
| 4.2. Poglądy wskazujące ograniczenia zakresu przepisu o dotrzymywaniu zobowiązań | 43 |
| 5. Przepis o dotrzymywaniu zobowiązań w orzecznictwie | 50 |
| 5.1. Przegląd orzecznictwa | 50 |
| 5.1.1. Fedax przeciwko Wenezueli | 50 |
| 5.1.2. SGS przeciwko Pakistanowi | 51 |
| 5.1.3. SGS przeciwko Filipinom | 53 |
| 5.1.4. Joy Mining przeciwko Egipcjom | 57 |
| 5.1.5. Salini przeciwko Jordanii | 59 |
| 5.1.6. Impregilo przeciwko Pakistanowi | 60 |
| 5.1.7. Sempra przeciwko Argentynie | 62 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.1.8. CMS przeciwko Argentynie i Enron przeciwko Argentynie..... | 63 |
| 5.1.9. Eureko przeciwko Polsce | 65 |
| 5.1.10. Noble Ventures przeciwko Rumunii | 71 |
| 5.1.11. El Paso przeciwko Argentynie oraz BP i Pan American przeciwko Argentynie | 73 |
| 5.1.12. LG&E przeciwko Argentynie | 75 |
| 5.1.13. Siemens przeciwko Argentynie | 77 |
| 5.1.14. Inne orzeczenia | 78 |
| 5.2. Ocena orzecznictwa | 81 |
| 6. Wnioski | 85 |
| 6.1. Sposoby interpretacji przepisu o dotrzymaniu zobowiązań | 85 |
| 6.2. Naruszenia traktatu objęte zakresem przepisu o dotrzymaniu zobowiązań | 87 |
| 6.2.1. Argumenty przemawiające za wąską wykładnią przepisu o dotrzymaniu zobowiązań | 87 |
| 6.2.2. Krytyka argumentów na rzecz szerokiej wykładni przepisu o dotrzymaniu zobowiązań | 97 |
| 6.3. Interpretacja zwrotu „wykonywanie uprawnień władczych” | 100 |
| 6.4. Interpretacja pojęcia „zobowiązanie” | 106 |
| 6.5. Zakres podmiotowy przepisu o dotrzymaniu zobowiązań | 108 |
| 6.6. Przepis o dotrzymaniu zobowiązań a przepisy materialne traktatu | 109 |
| Rozdział III. Przepisy jurysdykcyjne traktatów jako podstawa wystąpienia z powództwem do sądu arbitrażowego | 111 |
| 1. Zakres przedmiotowy przepisów jurysdykcyjnych traktatu | 111 |
| 1.1. Uwagi wstępne | 111 |
| 1.2. Przepisy jurysdykcyjne w traktatach zawartych przez Polskę | 112 |
| 1.3. Poglądy przedstawicieli doktryny dotyczące zakresu przepisów jurysdykcyjnych | 117 |
| 1.4. Przepisy jurysdykcyjne w orzecznictwie | 120 |
| 1.4.1. Salini przeciwko Maroku | 120 |
| 1.4.2. Vivendi przeciwko Argentynie | 121 |
| 1.4.3. SGS przeciwko Pakistanowi | 123 |
| 1.4.4. SGS przeciwko Filipinom | 125 |
| 1.4.5. LESI-Dipenta przeciwko Algierii | 127 |
| 1.4.6. Impregilo przeciwko Pakistanowi | 128 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1.5. Wnioski | 129 |
| 2. Stosunek przepisów jurysdykcyjnych traktatu do postanowień o rozstrzyganiu sporów zawartych w umowach | 135 |
| 2.1. Uwagi wstępne | 135 |
| 2.2. Zakres przedmiotowy przepisów traktatowych i postanowień umowy dotyczących rozstrzygania sporów | 137 |
| 2.3. Skuteczność zrzeczenia się prawa dochodzenia roszczeń przed sądem traktatowym | 141 |
| 2.4. Wnioski | 146 |
| Rozdział IV. Dopuszczalność dochodzenia roszczeń z tytułu niewykonania umowy na podstawie klauzuli najwyższego uprzywilejowania | 149 |
| 1. Uwagi wstępne | 149 |
| 2. Zakres klauzuli najwyższego uprzywilejowania w orzecznictwie | 155 |
| 2.1. Uwagi wstępne | 155 |
| 2.2. Maffezini przeciwko Hiszpanii | 156 |
| 2.3. Siemens przeciwko Argentynie | 159 |
| 2.4. Camuzzi przeciwko Argentynie | 160 |
| 2.5. Gas Natural przeciwko Argentynie | 161 |
| 2.6. Suez przeciwko Argentynie oraz National Grid przeciwko Argentynie | 161 |
| 2.7. Salini przeciwko Jordanii | 162 |
| 2.8. Plama przeciwko Bułgarii | 165 |
| 2.9. Telenor przeciwko Węgrom | 167 |
| 2.10. Berschader przeciwko Rosji | 168 |
| 2.11. RosInvestCo przeciwko Rosji | 168 |
| 2.12. Wintershall przeciwko Argentynie | 168 |
| 3. Klauzula najwyższego uprzywilejowania a przepisy jurysdykcyjne | 170 |
| 3.1. Zakres przedmiotowy | 170 |
| 3.2. Zakres czasowy | 177 |
| 4. Wnioski | 178 |
| Rozdział V. Niewykonanie umowy stanowiące naruszenie przepisu materialnego traktatu | 181 |
| 1. Uwagi wstępne | 181 |
| 2. Roszczenia traktatowe wynikające z naruszenia umowy | 185 |
| 3. Niewykonanie umowy a naruszenie zobowiązania do niepodjęcia działań skutkujących wyłączeniem | 194 |
| 3.1. Pojęcie wyłączenia w prawie międzynarodowym | 194 |
| 3.2. Kryteria odróżnienia niewykonania umowy od naruszenia przepisu dotyczącego wyłączenia | 197 |

Spis treści

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.2.1. Wykonywanie uprawnień władczych | 197 |
| 3.2.2. Skutki niewykonania umowy dla inwestora | 202 |
| 4. Niewykonanie umowy a naruszenie zobowiązania do sprawiedliwego i równego traktowania | 205 |
| 4.1. Pojęcie sprawiedliwego i równego traktowania w prawie międzynarodowym | 205 |
| 4.2. Kryteria odróżnienia niewykonania umowy od naruszenia przepisu dotyczącego sprawiedliwego i równego traktowania | 208 |
| 5. Wnioski | 213 |
| Zakończenie | 217 |
| Indeks rzeczowy | 221 |

Słowo wstępne

Praca dr. Marka Świątkowskiego jest pierwszą w polskiej literaturze prawniczej monografią, poświęconą problematyce międzynarodowych umów o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji (*Bilateral Investment Treaties* – BITs). Do niedawna problematyka ta nie cieszyła się w Polsce szerszym zainteresowaniem, prawdopodobnie z powodu braku praktycznego zapotrzebowania. Nasz kraj, pomimo zawarcia od lat 80. znacznej liczby BITs, nie był pozywany o odszkodowanie przez inwestorów zagranicznych przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi, działającymi na podstawie takich umów (Polska nie jest przy tym uczestnikiem Konwencji Waszyngtońskiej z 1965 r. o rozstrzyganiu międzynarodowych sporów inwestycyjnych – ICSID). Sytuacja zmieniła się dopiero w drugiej połowie lat 90., gdy na forum międzynarodowym zostały Polsce wytoczone przez inwestorów zagranicznych pierwsze procesy odszkodowawcze. Także w wielu innych krajach zainteresowanie BITs wzrosło stosunkowo niedawno. W naszym kraju nastąpiło to niewątpliwie w związku z wytoczeniem powództwa przed międzynarodowym trybunałem arbitrażowym przez *Eureko B. V.* na podstawie umowy polsko-holenderskiej. Wyrok wstępny, który zapadł w tym postępowaniu, jest niekorzystny dla Polski i stwarza perspektywę zapłaty znacznego odszkodowania, co ze zrozumiałych względów budzi zainteresowanie polityków i opinii publicznej. Taki wynik arbitrażu zachęca także do podejmowania podobnych kroków przez innych inwestorów zagranicznych, co sprawia, że liczba arbitrażowych procesów międzynarodowych z udziałem Polski wzrasta. W odpowiedzi na potrzeby praktyki więcej uwagi zaczyna poświęcać tym sprawom nauka prawa międzynarodowego publicznego i międzynarodowego arbitrażu.

Nietrudno zauważyć, że dokonany przez Autora wybór tematu monografii pozostaje w związku ze specyfiką sprawy *Eureko* przeciwko Polsce. W sporze tym głównym problemem prawnym stała się kwestia, czy i w jakich ewentualnie okolicznościach przypisywane państwu-gospodarzowi naruszenie umowy cywilnoprawnej z inwestorem za-

granicznym może skutkować prawnomiędzynarodową odpowiedzialnością tego państwa na podstawie BIT. Nie bez znaczenia jednak dla takiego ukierunkowania zainteresowań badawczych Autora były zadania stojące przed polską kancelarią prawniczą „Domański Zakrzewski Palinka”, której prawnicy kilkakrotnie występowali i obecnie występują przed międzynarodowymi trybunałami arbitrażowymi jako doradcy i pełnomocnicy stron w sporach o ochronę inwestycji. Autor jest bowiem radcą prawnym-partnerem w tej kancelarii i w tym charakterze osobiście uczestniczy w rozwiązywaniu praktycznych problemów, związanych ze stosowaniem BITs. W konsekwencji wybór i sposób ujęcia przez Autora rozmaitych dylematów interpretacyjnych podporządkowane są potrzebom praktyki.

Materia, z którą przyszło się zmierzyć Autorowi, jest dla polskiego prawnika szczególnie trudna. Jej podstawę stanowi bowiem międzynarodowe orzecznictwo arbitrażowe, dla którego rozstrzygnięć uregulowania BITs są bardziej układem odniesienia niż bazą normatywną. BITs, z natury rzeczy napisane językiem traktatów międzynarodowych, z trudem poddają się wykładni właściwej przepisom prawa, regulującego w krajowych systemach prawnych odpowiedzialność za szkody wyrządzone inwestorom przez działalność organów państwowych. Autor musiał podjąć analizę materii metodami charakterystycznymi bardziej dla *common law* aniżeli dla prawa stanowionego. Oceny, jakie otrzymała monografia przedstawiona jako rozprawa doktorska na Uniwersytecie Warszawskim, świadczą o sukcesie Autora.

Praca dr. Marka Świątkowskiego zainteresuje nie tylko Czytelników, którzy zgłębiają tajniki współczesnego międzynarodowego prawa inwestycyjnego. Obecnie BITs stają się bowiem przedmiotem krytycznej dyskusji w rozmaitych środowiskach. Wskazuje się m.in. na wątpliwą skuteczność takich traktatów dla wzrostu eksportu kapitału do krajów ekonomicznie słabszych. Zauważa się przy tym ograniczenie suwerenności gospodarczej tych krajów w stopniu wykraczającym poza intencje traktatu. Przewagę opinii pozytywnych zyskują, jak się wydaje, traktaty wielostronne (jak np. Karta Energetyczna). Pośród mechanizmów rozstrzygania międzynarodowych sporów inwestycyjnych uznaniem cieszy się Konwencja Waszyngtońska. Wywody Autora skłaniają w szczególności do konkluzji, że zbyt swobodna interpretacja BITs przez trybunały arbitrażowe *ad hoc* działające według Regulaminu UNCITRAL przemawia za ponownym przemyśleniem przez nasz kraj potrzeby przystąpienia do Konwencji, rewizji niektórych BITs (okres

obowiązywania wielu z nich dobiega końca, kwestionowana bywa w doktrynie ich zgodność z prawem Unii Europejskiej), a także zmiany preferencji w polityce międzynarodowej na rzecz traktatów wielostronnych.

Warszawa, luty 2009 r.

Grzegorz Domański
profesor Uniwersytetu Warszawskiego

Wprowadzenie

Stosunkowo niedawno, w 1970 r., Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Barcelona Traction „ze zdumieniem” odnotował, że międzynarodowe prawo dotyczące inwestycji przestało ewoluować. W szczególności nie doszło do ukształtowania powszechnie uznanych zasad prawnomiędzynarodowych ochrony inwestycji zagranicznych, mimo wzrostu wartości tych inwestycji i rozwoju działalności transgranicznej przez korporacje międzynarodowe. Po II wojnie światowej, kiedy inwestycje zagraniczne zaczęły odgrywać coraz większą rolę, inwestorzy chcący korzystać z ochrony prawa międzynarodowego konfrontowani byli z nielicznymi traktatami międzynarodowymi, kilkoma podawanymi w wątpliwość zwyczajami i licznymi rozbieżnościami w zakresie tzw. ogólnych zasad prawa.

Stan taki był konsekwencją wielu czynników. Po pierwsze, ówczesnie obowiązujące przepisy prawa międzynarodowego w zasadzie nie regulowały, poza nielicznymi wyjątkami, zagadnień istotnych z punktu widzenia ochrony inwestycji zagranicznych. Na przykład, międzynarodowe prawo zwyczajowe w ogóle nie zawierało norm odnoszących się do dokonywania przez obcokrajowców transferu środków pieniężnych z państwa przyjmującego inwestycję. Nie przewidywało również mechanizmów umożliwiających zagranicznym inwestorom dochodzenia swoich praw wobec państw przyjmujących z powodu bezprawnego wywłaszczenia lub innego naruszenia zobowiązania prawnomiędzynarodowego. Po drugie, istniejące zasady prawa były różnie interpretowane. Choć można było wykazać, że inwestor mógł żądać na podstawie prawa zwyczajowego wypłaty odszkodowania za wywłaszczenie majątku, brak było reguł określających sposób ustalenia wysokości tego odszkodowania. Po trzecie, istniały ciągle napięcia pomiędzy państwami rozwiniętymi a rozwijającymi się (w tym państwami socjalistycznymi i państwami Ameryki Południowej), które uniemożliwiały osiągnięcie jakiegokolwiek konsensusu w tym zakresie, czego potwierdzeniem jest wiele nieudanych prób kodyfikacji zasad ochrony inwestycji. Rozbieżności te dotyczyły stosunku norm prawa między-

narodowego dotyczących ochrony zagranicznych inwestycji do prawa samodzielnego decydowania przez państwa o pozycji prawnej obco-krajowców na ich własnym terytorium. Dla większości przedstawicieli ówczesnej doktryny nie ulegało wątpliwości, że naruszenie przez państwo umowy zawartej z inwestorem nie mogło stanowić, co do zasady, naruszenia prawa międzynarodowego. Rozważania dotyczące odpowiedzialności państwa za niewykonanie takiej umowy w płaszczyźnie prawa międzynarodowego dotyczyły kilku zagadnień, np. możliwości poddania przez strony umowy prawu międzynarodowemu¹, naruszenia przez państwo klauzuli stabilizacyjnej² oraz dopuszczalności wyłączenia praw kontraktowych³.

Jeszcze na początku lat osiemdziesiątych poprzedniego stulecia podmioty dokonujące inwestycji poza granicami własnego kraju nie miały pewności, czy przysługiwać im będą jakiegokolwiek roszczenia w razie jednostronnej zmiany lub rozwiązania umowy przez państwo przyjmujące, zwłaszcza w sposób, który dodatkowo pozbawi ich możliwości dochodzenia odszkodowania w świetle prawa krajowego, np. w wyniku zmiany przepisów prawnych. Inwestorzy, dla których zna-

¹ Prezentowane były najróżniejsze poglądy, m.in. że nie jest to możliwe, ponieważ prawo międzynarodowe nie zawiera reguł dotyczących umów (pogląd najbardziej radykalny) lub że reguły te są na tyle niejednoznaczne, że treść danego stosunku obligacyjnego byłaby wysoce niepewna, kończąc na stanowiskach możliwość taką dopuszczających. Szerzej na ten temat zob. *Ian Brownlie*, *Principles of Public International Law*, Oxford 2005, s. 526; *P. Comeaux*, *N. Kinsella*, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 1994 t. 15, s. 23–30; *E. Paasivirta*, *Internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty*, *The British Yearbook of International Law* 1989, Nr 60, s. 315 i n.; *N. Rubins*, *N. Kinsella*, *International Investment, Political Risk And Dispute Resolution*, New York 2005, s. 124–126.

² Przez klauzulę stabilizacyjną rozumie się zobowiązanie zaciągnięte przez państwo w umowie zawartej z inwestorem polegające na niedokonywaniu określonych zmian administracyjnych lub legislacyjnych, które mogłyby wpłynąć na zmianę treści stosunku łączącego inwestora i państwo. Szerzej na ten temat zob. *P. Bernardini*, *The Renegotiation of the Investment Contract*, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 1998, t. 13, Nr 2, s. 414, 415; *P. Comeaux*, *N. Kinsella*, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *op. cit.*, s. 23–30; *P. Leung*, *G. Wang*, *State Contracts in the Globalized World*, *Journal of World Investment and Trade* 2006 t. 7, Nr 6, s. 846 i n.; *E. Paasivirta*, *Internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty*, *op. cit.*, s. 315 i n.; *W. Peter*, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, *Dordrecht* 1986, s. 136–148.

³ *G. C. Christie*, *What constitutes a taking of property under International Law*, *The British Yearbook of International Law* 1962, Nr 38, s. 310, 311, 316, 317.

lezenie rozwiązania polubownego okazało się niemożliwe lub pozbawieni zostali prawa do sprawiedliwego procesu w państwie przyjmującym, mogli liczyć jedynie na to, że rząd państwa, z którego pochodzą, wystąpi z roszczeniami przeciwko państwu przyjmującemu, co w praktyce było niezwykle rzadkie, a ponadto zawierało więcej elementów politycznych niż prawnych.

Sytuacja ta uległa istotnej zmianie pod koniec lat osiemdziesiątych, kiedy to państwa przystąpiły do zawierania dwustronnych i wielostronnych traktatów o popieraniu inwestycji⁴. Ocenia się, że obecnie istnieje około 2500 traktatów⁵. W traktatach tych określone zostały podstawowe gwarancje⁶ odnoszące się do inwestycji zagranicznych, w tym uprawnienia inwestorów⁷ do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych bezpośrednio od państwa przyjmującego przed międzynarodowym sądem arbitrażowym⁸. Na ich podstawie państwa zobowiązują się jako podmioty prawa międzynarodowego publicznego, że nie będą podejmowały wobec inwestorów, a więc wobec podmiotów prawa prywatnego, działań skutkujących wywłaszczeniem lub nacjonalizacją, chyba że na warunkach określonych w danym traktacie, w szczególności za wypłatą odszkodowania. Traktaty zawierają ponadto gwarancje dotyczące sprawiedliwego i równego traktowania obcych inwestycji, niedyskryminacji, pełnej ochrony i bezpieczeństwa oraz transferu środków pieniężnych. Wymienione wyżej przepisy będą w dalszej części opracowania zbiorczo określane „przepisami materialnymi traktatu”⁹. Mają one na celu zapewnienie obcym inwestorom, najogólniej rzecz ujmując, ochrony na podstawie prawa międzynarodowego przed dzia-

⁴ Dla przejrzystości wywodu wszelkie porozumienia, traktaty i umowy międzynarodowe dotyczące ochrony inwestycji (tj. zawierane przez państwa) określał będe terminem „traktat”, „traktat inwestycyjny” lub „traktat o popieraniu inwestycji”.

⁵ K. *Yannaca-Small*, Interpretation of Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment 2006, Nr 3, s. 5.

⁶ Pojęcie to będę stosował jako synonim terminu zapewnienie.

⁷ W dalszej części posługuję się pojęciem inwestora lub inwestora zagranicznego dla określenia osób prawnych, osób fizycznych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej pochodzących z państwa-strony traktatu inwestycyjnego, którzy dokonali inwestycji na terytorium państwa przyjmującego, będącego drugą stroną tego samego traktatu.

⁸ W dalszej części posługuję się pojęciem „sąd”, „sąd arbitrażowy” lub „sąd traktatowy” dla określenia sądu arbitrażowego właściwego na podstawie traktatu do rozstrzygnięcia sporów pomiędzy państwem a inwestorem, chyba że co innego wynika z kontekstu.

⁹ Termin ten jest powszechnie używany w literaturze anglojęzycznej.

łaniami państw, które pozbawiają ich części lub całości ekonomicznych korzyści z dokonanej inwestycji¹⁰.

Przedmiotem opracowania jest dokonanie oceny zakresu ochrony, na podstawie przepisów traktatów inwestycyjnych, praw obligacyjnych inwestorów wynikających z umów¹¹ zawartych z jednostkami organizacyjnymi lub podmiotami, za które państwo ponosi odpowiedzialność w świetle prawa międzynarodowego¹², niezależnie od ewentualnej odpowiedzialności cywilnej państwa według właściwego prawa krajowego. Sprecyzowanie podstaw prawnomiędzynarodowej (traktatowej) odpowiedzialności państwa przyjmującego za szkody wyrządzone inwestorom zagranicznym wskutek naruszeń umowy nadal jest przedmiotem kontrowersji w orzecznictwie i doktrynie prawa międzynarodowego publicznego. Potrzebę badania tego problemu potwierdza

¹⁰ Problem stosowania traktatu do stosunków pomiędzy państwem a inwestorem ma dziś wyłącznie charakter historyczny, stąd pozostaje poza ramami niniejszego opracowania. Inwestorzy będący osobami fizycznymi, prawnymi czy różnego rodzaju jednostkami organizacyjnymi mogą samodzielnie występować z roszczeniami na podstawie traktatów, mimo że traktaty te są instrumentami prawa międzynarodowego zawieranymi przez państwa. Jest to konsekwencją m.in. rozwiązań prawnych przyjętych w traktatach inwestycyjnych, w szczególności przyznania wyżej wymienionym jednostkom prawa dochodzenia od państwa roszczeń przed arbitrażem międzynarodowym, w którym stronami przestały być wyłącznie państwa. Szerzej na temat podmiotowości w prawie międzynarodowym osób fizycznych, prawnych i jednostek organizacyjnych np. *J. Białocerkiewicz*, Prawo międzynarodowe publiczne, Olsztyn 2005, s. 141; *R. Bierzanek*, *J. Symonides*, Prawo międzynarodowe publiczne, Warszawa 2005, s. 142; *E. Cała-Wacinkiewicz*, Podstawy systemu prawa międzynarodowego, Warszawa 2007, s. 102; *W. Czaplński*, *A. Wyrozumska*, Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe, Warszawa 2004, s. 422–425; *W. Góralczyk*, *S. Sawicki*, Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie, Warszawa 2004, s. 144; *A. Łazowski*, *A. Zawadzka*, Prawo międzynarodowe publiczne, Warszawa 2007, s. 77; *J. Pieńkos*, Prawo międzynarodowe publiczne, Zakamycze 2004, s. 61–63; *I. Popiuk-Rysińska*, Uczestnicy stosunków międzynarodowych, ich interesy i oddziaływania, [w:] Stosunki Międzynarodowe w XX wieku. Księga jubileuszowa z okazji 30-lecia Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, red. *E. Haliżak*, *R. Kuźniar*, *G. Michałowska*, *S. Parzymies*, *J. Symonides*, *R. Zięba*, Warszawa 2006, s. 498; *B. Wierzbicki*, Prawo międzynarodowe publiczne, Białystok 2001, s. 68.

¹¹ Przez umowę rozumiem umowę zawartą przez państwo z inwestorem pochodzącym z państwa będącego drugą stroną traktatu. Z uwagi na to, że termin ten obejmuje wszelkiego rodzaju umowy, których zawarcie możliwe jest w świetle danego systemu prawa krajowego, a jedyną cechą wyróżniającą jest to, że jej stroną jest inwestor w rozumieniu określonego traktatu, nie wydaje się konieczne tworzenie nazwy dla tej kategorii umów (analiza pojęcie umowa przedstawiona jest w rozdziale I.2).

¹² Dla uproszczenia, w dalszym ciągu rozważań posługuję się niekiedy pojęciami „umowy zawartej przez państwo”, „zobowiązań niewykonanych przez państwo”, etc.

praktyka arbitrażowa, w tym roszczenia wysuwane przez inwestorów wobec Polski.

Stąd też nasuwa się pytanie: na podstawie których przepisów traktatów inwestycyjnych inwestor zagraniczny może wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko państwu przyjmującemu z tytułu niewykonania zawartej z nim umowy? W tym kontekście istotne jest wyodrębnienie trzech kategorii przepisów traktatowych mogących *prima facie* stanowić podstawę wystąpienia przez inwestora z roszczeniami przeciwko państwu z tytułu niewykonania umowy.

Po pierwsze, są to przepisy o dotrzymywaniu zobowiązań, na podstawie których państwo zapewnia, że będzie wykonywało wszelkie zobowiązania (w tym umowne), zaciągnięte wobec inwestorów pochodzących z drugiego umawiającego się państwa (rozdział II). Po drugie, podstawą wystąpienia z powództwem mogłyby być przepisy o właściwości sądu traktatowego, przewidujące, że wszelkie spory (tudzież wszelkie spory dotyczące inwestycji) pomiędzy państwem przyjmującym a inwestorem z drugiego umawiającego się państwa, rozstrzygane będą przez sąd arbitrażowy z uwzględnieniem prawa międzynarodowego (rozdział III). Po trzecie, należy rozważyć dopuszczalność powoływania się na klauzulę najwyższego uprzywilejowania stanowiącą, że inwestorowi zapewnione jest traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie inwestorów pochodzących z innych państw (rozdział IV). Na szczególną uwagę zasługuje przypadek swoistego zbiegu podstaw odpowiedzialności, który polega na naruszeniu przepisu materialnego traktatu w wyniku niewykonania umowy przez państwo (rozdział V).

Analiza wszystkich przesłanek przesądzających o dopuszczalności roszczenia inwestora na podstawie traktatu, z tytułu niewykonania umowy przez państwo, wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Jeżeli bowiem inwestor wskaże przepis traktatu, na podstawie którego występuje przeciwko państwu z roszczeniem, będzie musiał dodatkowo udowodnić, że w rozumieniu danego traktatu:

- a) jest inwestorem (*ratio personae*),
- b) dokonał inwestycji (*ratio materiae*),
- c) roszczenie jest dopuszczalne z punktu widzenia ram czasowych obowiązywania traktatu (*ratio temporis*),

- d) zachowanie będące podstawą roszczenia można przypisać danemu państwu¹³ oraz
- e) spełnił wymogi o charakterze proceduralnym (np. wyczerpał krajowe środki odwoławcze, podejmował przez określony czas próby polubownego załatwienia sporu itp.)

Nie zostaną również omówione w opracowaniu okoliczności wyłączające odpowiedzialność państwa, w szczególności stan wyższej konieczności (np. działania wojenne, trzęsienie ziemi, kryzys ekonomiczny), wykonywanie uzasadnionych uprawnień władczych (wprowadzenie opłat środowiskowych, wyższych stawek podatków) oraz brak związku przyczynowego między zachowaniem państwa a szkodą inwestora. Każde z tych zagadnień jest na tyle złożone, że wymagałoby odrębnego opracowania. Mają one ponadto wtórne znaczenie w stosunku do rozstrzygnięcia o istnieniu traktatowej podstawy odpowiedzialności państwa w danym przypadku.

W celu zobrazowania, jak bardzo zagadnienia omawiane w opracowaniu stały się istotne nie tylko z punktu widzenia rozwoju nauki prawa międzynarodowego, ale również indywidualnych interesów państw, jak i samych inwestorów, warto przywołać dane przedstawione w raporcie opracowanym przez UNCTAD¹⁴, z którego wynika, że do listopada 2006 r. wniesionych zostało łącznie 255 pozwów na podstawie traktatów o popieraniu inwestycji, z czego 2/3 wszystkich odnotowanych postępowań zostało wszczętych w okresie od stycznia 2003 r. do listopada 2006 r. W sumie 156 spraw rozpatrywanych było przez sądy arbitrażowe przy ICSID, a pozostałe 99 przez inne sądy traktatowe¹⁵.

Polska jest stroną ponad 60 traktatów o popieraniu inwestycji. Traktaty te zawarte zostały z niemal wszystkimi państwami, z których obserwujemy napływ znaczących inwestycji. Zagadnienia analizowane w opracowaniu są zatem istotne dla oceny pozycji prawnomiędzynarodowej Polski jako państwa przyjmującego obce inwestycje. Z dostępnych informacji¹⁶ wynika, że w ciągu kilku ostatnich lat Polska zosta-

¹³ W rozdziale I.1 omówione zostało zagadnienie atrybucji (przypisywalności) państwu czynów poszczególnych podmiotów lub jednostek, jako że ma ono zasadnicze znaczenie dla oceny prawnomiędzynarodowej odpowiedzialności państwa przyjmującego.

¹⁴ UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor 2006, Nr 4, s. 2, 3.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Dane uzyskane 16.10.2006 r. w odpowiedzi na pisemne zapytanie skierowane do Sekretariatu Konferencji Narodów Zjednoczonych do spraw Handlu i Rozwoju.

ła pozwana za naruszenie przepisów traktatów przez *France Telecom S.A.*, *Saar Papier GmbH*, *Lutz Ingo Schaper*, *Eureka B.V.*, *Cargill Inc.*, *Nordzucker AG*, a inne podmioty rozważają wystąpienie z podobnymi roszczeniami (np. *Vivendi Universal S.A.* w związku ze sporem dotyczącym kontroli nad operatorem telefonii bezprzewodowej). Dodatkowe komplikacje w zakresie możliwości dotrzymania przez Polskę zobowiązań międzynarodowych mogą pojawić się w związku z niedostosowaniem treści niektórych traktatów do wymagań Unii Europejskiej¹⁷.

¹⁷ Zagadnienie to szczegółowo przedstawione jest przez *E. Piontka*, *European Union Membership and Obligations under Bilateral and Multilateral Agreements to which Poland is a Party*, *Polish Yearbook of International Law* 2001, Nr 25, s. 127 i n.