

Rozdział 8

Tryby rozstrzygania sporów inwestycyjnych ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu zgodnie z regulacjami Konwencji ICSID

Krzysztof Trnka

Uniwersytet Wrocławski

I. Wprowadzenie

Skutkiem procesu globalizacji i postępującej w ciągu ostatnich kilku dekad międzynarodowej integracji w sferze gospodarczej, społecznej i politycznej jest m.in. rozwój międzynarodowego handlu, który umożliwił specjalizację produkcji gospodarek krajowych¹. Nowym jakościowo zjawiskiem, tworzącym niespotykane wcześniej wyzwania, jest pojawienie się wielonarodowych korporacji, operujących na globalną skalę.

Jednym z najistotniejszych elementów globalizacji i integracji w sferze gospodarczej jest znoszenie barier w przepływie dóbr, usług i kapitału². Umożliwia to inwestycje o charakterze transgranicznym. Jedną z postaci tego zjawiska jest przenoszenie produkcji z krajów rozwiniętych do krajów rozwijających się (*outsourcing*)³. Przyczyną tego są wysokie koszty produkcji w krajach rozwiniętych, związane z rozbudowanymi regulacjami chroniącymi prawa pracowników i konsumentów oraz środowisko naturalne, a także ze stosunkowo wysokim przeciętnym wynagrodzeniem⁴. Za przykład posłużyć tu może przenoszenie fabryk z tak zwanego „pasa rdzy” w Stanach Zjednoczonych Ameryki (stany Pensylwania, Wirginia Zachodnia, Ohio, Indiana, Michigan, Illinois, Iowa i Wisconsin, które do lat osiemdziesiątych dwudziestego stulecia były sercem amerykańskiej produkcji przemysłowej) do Meksykańskich Stanów Zjednoczonych

¹ Por. R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2012, s. 433.

² *Ibidem*, s. 511.

³ P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, przeł. A. Bukowski, J. Środa, Poznań 2012, s. 350.

⁴ G. Heal, *When Principles Pay. Corporate Social Responsibility and the Bottom Line*, New York 2008, s. 152-153.

i państw Azji⁵. Zaobserwować można jednak również zjawisko przeciwne, czyli inwestorów z państw rozwijających się (np. Chińskiej Republiki Ludowej⁶, Republiki Indii⁷, krajów Półwyspu Arabskiego⁸) lokujących kapitał w środkach produkcji i nieruchomościach znajdujących się w państwach rozwiniętych, m.in. w Europie.

Pomiędzy zagranicznym inwestorem a przyjmującym go państwem może dojść do sporu. U podłoża takiego sporu może w szczególności leżeć niewywiązywanie się przez przyjmujące państwo z obowiązków, wypływających z prawa międzynarodowego publicznego, prawa krajowego lub zawartej z inwestorem umowy, jak też zmiana prawa krajowego w sposób powodujący pogorszenie sytuacji inwestora. W celu ochrony zagranicznych inwestorów zawierane są niekiedy umowy międzynarodowe pomiędzy państwem pochodzenia inwestora a państwem przyjmującym inwestycję (*Bilateral Investment Treaty*, BIT). Pierwszą umowę tego typu zawarto w 1959 r. pomiędzy Republiką Federalną Niemiec a Islamską Republiką Pakistanu. Pod koniec lat 80. ubiegłego stulecia łączna liczba umów tego typu na świecie wynosiła 385, zaś w chwili obecnej zbliża się do 3000⁹. Zawarcie przez państwo przyjmujące umowy o ochronie inwestorów jest jednym z czynników przyciągających zagraniczne inwestycje¹⁰. Należy jednak podkreślić, że okoliczność ta ma znaczenie drugorzędne wobec czynników czysto gospodarczych, takich jak rozmiary rynku czy przeciętna wysokość wynagrodzenia¹¹.

Zagraniczni inwestorzy preferują państwa, z którymi państwo ich pochodzenia zawarło umowę o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych, przy czym preferencja ta słabnie, gdy na podstawie danej umowy inwestorzy zgłosili już roszczenia. Wskazuje to na postrzeganie przez większość zagranicznych inwestorów umów o rozwiązywaniu sporów jako instrumentu o charakterze prewencyjnym (*Bilateral Investment Treaties as a deterrent*)¹².

⁵ M.E. Kahn, *The silver lining of rust belt manufacturing decline*, „Journal of Urban Economics” 1999, vol. 46(3), s. 360-376.

⁶ E. Forchielli, *Chinese Investment in the EU: A Challenge to Europe's Economic Security*, Washington 2015, s. 1-2.

⁷ K. Kasturi, *The Reverse Capital Flow: Indian Investment Abroad*, „Economic and Political Weekly” 2012, vol. 47(49), s. 12-14.

⁸ C.A. Kupchan, *The Persian Gulf and the West. The Dilemmas of Security*, New York 2011, s. 50.

⁹ H. Sprenger, B. Boersma, *The Importance of Bilateral Investment Treaties (BITs) When Investing in Emerging Markets*, „Business Law Today” marzec 2014, s. 1.

¹⁰ M. Busse, J. Königer, P. Nunnenkamp, *FDI promotion through bilateral investment treaties: More than a bit?*, „Review of World Economics/Weltwirtschaftliches Archiv” 2010, vol. 146(1), s. 171.

¹¹ W. Van de Voorde, *Belgian Bilateral Investment Treaties as a Means for Promoting and Protecting Foreign Investment*, „Studia Diplomatica” 1991, vol. 44(1), s. 110-111.

¹² E. Aisbett, M. Busse, P. Nunnenkamp, *Bilateral investment treaties as deterrents of host-country discretion: The impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries*, „Review of World Economics” 2018, vol. 154(1), s. 145-147.

Celem niniejszego artykułu jest analiza arbitrażu inwestycyjnego w kontekście europejskim i próba odpowiedzi na pytanie, czy mechanizm ten jest korzystny z punktu widzenia państw członkowskich Unii Europejskiej.

II. Sposoby rozwiązywania sporów inwestycyjnych

Wziąwszy pod uwagę strony sporu inwestycyjnego (inwestor zagraniczny v. państwo przyjmujące lub państwo pochodzenia inwestora v. państwo przyjmujące) i orzekający w sprawie organ (sąd państwa przyjmującego, sąd państwa pochodzenia inwestora, sąd międzynarodowy), zaproponować można następującą systematykę sposobów rozwiązywania sporów tego typu:

1. W sądach państwa przyjmującego. Ten sposób rozwiązywania sporów inwestycyjnych opiera się na tzw. doktrynie Calvo (od nazwiska XIX-wiecznego argentyńskiego jurysty). Przywołana doktryna zakłada, iż zagraniczni inwestorzy powinni być traktowani tak samo jak obywatele państwa przyjmującego. Ewentualne spory pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym mają być zatem rozstrzygane przez wymiar sprawiedliwości państwa przyjmującego. Doktryna Calvo jest w szczególności obecna w prawie państw Ameryki Łacińskiej¹³. Jako że omawiany sposób rozwiązywania sporów opiera się całkowicie na prawie i organach państwa przyjmującego, zasadne wydaje się twierdzenie, iż gwarantuje on zagranicznym inwestorom adekwatną ochronę ich interesów tylko wtedy, gdy w państwie przyjmującym standardy ochrony praworządności pozostają na wysokim poziomie, wymiar sprawiedliwości jest niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej, zaś niezawisłość sprawujących go sędziów jest prawnie zagwarantowana.
2. Traktowanie sporu pomiędzy zagranicznym inwestorem a państwem przyjmującym jako sporu pomiędzy państwem pochodzenia inwestora a państwem przyjmującym¹⁴. Próba takiego rozwiązania została podjęta przez Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w sporze inwestorskim pomiędzy Anglo-Irańską Spółką Paliwową (*Anglo-Iranian Oil Co.*, jej siedziba znajdowała się w Wielkiej Brytanii, w 1954 r. spółka zmieniła nazwę na *British Petroleum Company*) a Cesarstwem

¹³ D.R. Shea, *The Calvo Clause. A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis 1955, s. 17-20. Zob. też: J.W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, „The International Lawyer” 1990, vol. 24(3), s. 660-661.

¹⁴ M. Bronckers, *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) superior to litigation before domestic courts? An EU view on bilateral trade agreements*, „Journal of International Economic Law” 2015, vol. 18(3), s. 659.

Iranu¹⁵. W 1951 r. irańska władza ustawodawcza, z inicjatywy premiera Mohammada Mosaddegha, przyjęła ustawę o nacjonalizacji znajdujących się w Iranie złóż ropy naftowej¹⁶. Premier Mosaddegh uważał, że warunki umowy zawartej w 1933 r. pomiędzy Cesarstwem Iranu a Anglo-Irańską Spółką Paliwową zostały jego państwu narzucone przez Wielką Brytanię (wówczas wiodące światowe mocarstwo) i są dla strony irańskiej dalece niekorzystne, zwłaszcza pod względem podziału przychodów płynących z wydobycia. Iran otrzymywał jedynie dziesięć procent przychodów¹⁷. W latach pięćdziesiątych była też w Iranie żywa pamięć o zbrojnej napaści ze strony Wielkiej Brytanii i Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich, do której doszło w sierpniu 1941 r. i której skutkiem była okupacja Iranu do maja 1946 r. przez brytyjskie i radzieckie wojska (na początku drugiej wojny światowej Iran ogłosił neutralność)¹⁸. Rząd brytyjski próbował argumentować, że umowa pomiędzy Iranem a Anglo-Irańską Spółką Paliwową doprowadziła do powstania podwójnego węzła obligacyjnego: pomiędzy Iranem a spółką oraz pomiędzy Iranem a Wielką Brytanią. W ocenie strony brytyjskiej umowa ta miała zatem dwójaki charakter: koncesji nadanej spółce paliwowej przez Iran oraz umowy międzynarodowej pomiędzy Iranem a Wielką Brytanią¹⁹. W wyroku z dnia 22 lipca 1952 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że umowa pomiędzy zagranicznym inwestorem a państwem przyjmującym nie tworzy na płaszczyźnie prawa międzynarodowego publicznego praw dla państwa, z którego inwestor pochodzi²⁰. Pogląd o podwójnym węźle obligacyjnym, wypływającym z umowy zawartej pomiędzy zagranicznym inwestorem a państwem przyjmującym, został zatem przez Trybunał odrzucony²¹. Analizowany sposób rozwiązywania sporów inwestycyjnych mógłby więc zostać zastosowany na podstawie porozumienia pomiędzy państwem przyjmującym a państwem pochodzenia, nie ma natomiast w powszechnie obowiązującym prawie międzynarodowym podstawy do narzucenia go państwu przyjmującemu.

3. Rozwiązanie sporu w sądzie państwa pochodzenia inwestora. Jedną z fundamentalnych zasad prawa międzynarodowego publicznego jest suwerenna równość

¹⁵ Spór ten zakończył się wyrokiem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 lipca 1952 r. Tekst orzeczenia w języku angielskim dostępny jest na stronie internetowej Trybunału: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-00-EN.pdf> [dostęp 01.07.2020].

¹⁶ J. Sierakowska-Dyndo, *Polish Judge Defended the Iranian Stance (Anglo-Iranian Dispute in 1951)*, „Studia Litteraria Universitatis Iagellonicae Cracoviensis” 2019, wydanie specjalne na cześć profesor Anny Krasnowolskiej, s. 231-232.

¹⁷ D. Yergin, *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money & Power*, London 2008, s. 121.

¹⁸ N.A. Kozhanov, *The Pretexts and Reasons for the Allied Invasion of Iran in 1941*, „Iranian Studies” 2012, vol. 45(4), s. 479-497.

¹⁹ Wyrok MTS z dnia 22 lipca 1952 r. w sprawie Anglo-Irańskiej Spółki Paliwowej (Anglo-Iranian Oil Co.), *Wielka Brytania p. Iranowi*, wyrok w przedmiocie jurysdykcji, I.C.J. Reports 1952, s. 22-23.

²⁰ *Ibidem*, s. 23.

²¹ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Toruń 2007, s. 72.

państw. W szczególności oznacza to, że sąd jednego państwa nie może orzekać w sprawie, w której drugie państwo występuje jako strona (*par in parem non habet imperium*)²². Zasadę suwerennej równości państw odnaleźć można w art. 2 Karty Narodów Zjednoczonych²³. Ma ona również charakter powszechnie wiążącej normy zwyczajowej. Polski Sąd Najwyższy, w sprawie o sygnaturze akt III CR 1272/57²⁴, odrzucił pozew polskiego obywatela skierowany przeciw obcemu państwu, powołując się na wypływający z międzynarodowego zwyczaju immunitet państw, chroniący je przed wyrokami obcych sądów krajowych. Mimo to rozstrzyganie sporów inwestycyjnych następuje czasami w ten sposób. Po ogłoszeniu przez Republikę Argentyny, w grudniu 2001 r., że nie wykupi ona swoich obligacji, zagraniczni inwestorzy dochodzili sprawiedliwości w amerykańskich, brytyjskich i niemieckich sądach. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki wyraził w sprawie *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*²⁵ pogląd, że amerykańskie sądy mogą orzekać w sprawach cywilnych, w których pozwanym jest Argentyna, zaś mienie tego państwa, znajdujące się na terytorium USA, może zostać zajęte na potrzeby wykonania orzeczeń. Prawo Stanów Zjednoczonych jest interesujące w kontekście omawianego sposobu rozwiązywania sporów inwestycyjnych, gdyż immunitet obcych państw jest w tym systemie uregulowany ustawą federalną (*1976 Foreign Sovereign Immunities Act*)²⁶. Ustawa ta, co do zasady, czyni pozywanie obcych państw przed amerykańskimi sądami niedopuszczalnym (§ 1604), wprowadza jednak pewne wyjątki (§ 1605, 1605A, 1605B i 1607). W szczególności immunitet sądowy obcych państw wyłączony jest, gdy pozew dotyczy prowadzonej przez nie działalności gospodarczej, popełnionego na terytorium USA czynu niedozwolonego lub wyłączenia dokonanego z naruszeniem prawa międzynarodowego (§ 1605), a także jeśli wspierają one działalność terrorystyczną, której ofiarą padł obywatel USA (§ 1605A i 1605B). Dopuszczalne jest również powództwo wzajemne przeciwko obcemu państwu (§ 1607). W ocenie autora ten sposób rozwiązywania sporów, ze względu na trudność w pogodzeniu go z zasadą suwerennej równości państw, powinien być stosowany jedynie wyjątkowo, jeśli w ogóle.

4. Rozwiązywanie sporów poprzez arbitraż, którego stronami są inwestor i państwo przyjmujące (*investor-state dispute settlement – ISDS*). Ten sposób rozwiązywania

²² I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 2008, s. 289-290.

²³ Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

²⁴ OSPiKA 1960, poz. 32, cyt. za J. Białocerkiewicz, *Prawo...*, s. 96.

²⁵ Treść orzeczenia w języku angielskim dostępna na stronie internetowej Sądu Najwyższego USA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/134/> [dostęp 01.07.2020].

²⁶ Przywołana ustawa występuje w US Code jako Tytuł 28 Część IV Rozdział 97. Tekst w języku angielskim dostępny jest na stronie internetowej Izby Reprezentantów: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/part4/chapter97&edition=prelim> [dostęp 01.06.2020].

sporów inwestycyjnych stał się w ostatnich latach kontrowersyjny do tego stopnia, że organizowane były protesty przeciwko ratyfikacji przewidujących go międzynarodowych porozumień²⁷. Krytycy tego rozwiązania uważają, że ogranicza ono swobodę kształtowania przez poszczególne państwa ich polityki w newralgicznych obszarach. Zwracają też uwagę na brak przejrzystości procedury arbitrażu i niemożność odwołania. Sugerowane jest również, że powołani *ad hoc* arbitrzy nie są w takim stopniu niezawisli i bezstronni jak sędziowie międzynarodowych czy krajowych organów władzy sądowniczej. Przyczynkiem do zagorzałej debaty były postanowienia dotyczące arbitrażu inwestorskiego, które znalazły się w projektach porozumień dotyczących ustanowienia transatlantyckiej i transpacyficznej strefy wolnego handlu. Przeciwnicy ich przyjęcia argumentowali, że poprzez arbitraż wielonarodowe korporacje mogą wywierać na państwa nacisk, mający doprowadzić do rozluźnienia regulacji chroniących środowisko, pracowników, konsumentów i dane osobowe. W latach 2014-2015 Komisja Europejska, a także władze Republiki Francji, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Austrii wyraziły sprzeciw wobec umieszczenia klauzuli arbitrażowej w negocjowanym wówczas Transatlantyckim Partnerstwie w dziedzinie Handlu i Inwestycji (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP), proponując rozstrzyganie sporów inwestycyjnych w sądach krajowych lub wyspecjalizowanym sądzie międzynarodowym²⁸. Szczególnie złą sławą cieszy się arbitraż inwestycyjny na zasadach określonych w NAFTA (*North American Free Trade Agreement* – porozumienie o zniesieniu barier w handlu pomiędzy Kanadą, Stanami Zjednoczonymi Ameryki i Meksykańskimi Stanami Zjednoczonymi). Niektórzy badacze prawa przestrzegają wręcz przed „skażeniem NAFTA” negocjowanych porozumień o ochronie inwestorów²⁹. Zdaniem oponentów ISDS wysokie standardy praworządności panujące w Unii Europejskiej zapewniają zagranicznym inwestorom adekwatną ochronę, którą można co najwyżej wzmocnić w drodze nowelizacji odpowiednich unijnych i krajowych aktów prawnych. Nie ma natomiast potrzeby jej zastępowania alternatywnym systemem³⁰. Postulat, aby kraje członkowskie Unii Europejskiej utrzymały swoją pozycję światowego lidera na płaszczyźnie ochrony środowiska, praw konsumentów i praw pracowniczych, zasługuje na aprobatę. Należy przeciwdziałać wszelkim procesom zmierzającym do erozji racjonalnych regulacji. Jednak przedstawianie arbitrażu inwestycyjnego jako nowej jakości, zjawiska wręcz rewolucyjnego, nie

²⁷ M. Bronckers, *Is Investor-State Dispute...*, s. 656.

²⁸ *Ibidem*, s. 656-657.

²⁹ M.A. Clodfelter, *The Future Direction of Investment Agreements in the European Union*, „Santa Clara Journal of International Law” 2014, vol. 12(1), s. 165-166.

³⁰ M. Bronckers, *Is Investor-State Dispute...*, s. 657-658.

znajduje oparcia w faktach. Do tej pory państwa członkowskie Unii Europejskiej zawarły ok. 1400 dwustronnych porozumień o ochronie inwestorów (*Bilateral Investment Treaties*, BITs). Osiem państw członkowskich UE zawarło takie porozumienia ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki (Republika Bułgarii, Republika Czeska, Republika Słowacji, Rumunia, Republika Estonii, Republika Łotwy, Republika Chorwacji, Republika Litwy)³¹. Zawieranie takich porozumień jest szczególnie uzasadnione w przypadku państw, które nie gwarantują obcym inwestorom takiego samego poziomu ochrony jak podmiotom rodzimym (m.in. Republika Federalna Niemiec i Stany Zjednoczone Ameryki)³².

III. Rozwiązywanie sporów inwestycyjnych w ICSID

Pośród porozumień dotyczących ochrony zagranicznych inwestorów na największą uwagę zasługuje Konwencja o Międzynarodowym Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych³³ (*International Center for Settlement of Investment Disputes*, ICSID), ze względu na mnogość państw będących jej stronami. Konwencja ICSID weszła w życie 14 października 1966 r., po jej ratyfikowaniu przez dwudzieste państwo. Na chwilę obecną stronami jest 155 państw, w tym wszyscy stali członkowie Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (z wyjątkiem Federacji Rosyjskiej, która jest sygnatariuszem, lecz nie ratyfikowała Konwencji) i wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej (z wyjątkiem Rzeczypospolitej Polskiej, która nie jest sygnatariuszem). Boliwia, Wenezuela i Ekwador były stronami Konwencji ICSID, lecz ją wypowiedziały³⁴. Konwencja ICSID jest traktatem składającym się z siedemdziesięciu pięciu artykułów podzielonych na dziesięć rozdziałów. Określa ona ustrój i funkcjonowanie ICSID, jego organy i sposób ich obsadzania oraz zasady prowadzenia przez Centrum postępowań arbitrażowych i koncyliacyjnych.

ICSID jest jedną z pięciu międzynarodowych instytucji wchodzących w skład Grupy Banku Światowego (*World Bank Group*). Centrum zlokalizowane jest w głównej siedzibie Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju (*International Bank for Reconstruction and Development* – IBRD). Organami ICSID są: Rada Administracyjna,

³¹ *Ibidem*, s. 658.

³² M.C. Porterfield, *Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come?*, „The Yale Journal of International Law Online” 2015, vol. 41, s. 2.

³³ Tekst Konwencji ICSID w języku angielskim jest dostępny na stronie internetowej Banku Światowego: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm> [dostęp: 20.06.2020].

³⁴ Lista państw-stron i państw-sygnatariuszy Konwencji ICSID na dzień 9 czerwca 2020 r. dostępna w języku angielskim na stronie internetowej Banku Światowego: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> [dostęp: 30.06.2020].

Sekretariat, Panel Koncyliatorów oraz Panel Arbitrów (art. 3 Konwencji ICSID). Rada Administracyjna składa się z przedstawicieli państw-stron. Każda strona ma prawo do umieszczenia w Radzie jednego przedstawiciela (art. 4 ust. 1). Przewodniczącym Rady jest z racji pełnionego urzędu Prezes IBRD, który nie ma jednak prawa głosu (art. 5). Rada jest m.in. odpowiedzialna za uchwalenie szczegółowych zasad postępowania arbitrażowego i koncyliacyjnego, co następuje większością dwóch trzecich głosów (art. 6 ust. 1). W skład Sekretariatu wchodzi Sekretarz Generalny, jeden lub więcej Zastępców Sekretarza Generalnego oraz personel administracyjny (art. 9). Sekretarza Generalnego i jego Zastępców wybiera Rada Administracyjna, większością dwóch trzecich głosów, na kadencję nieprzekraczającą sześciu lat. Dopuszczalna jest reelekcja. Stanowisko Sekretarza Generalnego i jego Zastępcy jest niepołączalne z jakąkolwiek funkcją o charakterze politycznym (art. 10 ust. 1 i 2). W Panelu Koncyliatorów i Panelu Arbitrów zasiadają osoby wskazane przez państwa-strony, z których każde może wskazać czterech arbitrów i czterech koncyliatorów, oraz przez Przewodniczącego Rady Administracyjnej, który może wskazać po dziesięć osób do każdego z Paneli (art. 13). Arbitrzy i koncyliatorzy powinni odznaczać się wysokim poziomem moralnym i wiedzą z zakresu prawa, handlu, przemysłu lub finansów. Znajomość prawa jest szczególnie istotna dla arbitrów. Co więcej, dobierając arbitrów i koncyliatorów, Przewodniczący Rady Administracyjnej powinien dążyć do zapewnienia adekwatnej reprezentacji różnych systemów prawnych i różnych form działalności gospodarczej. Każda ze wskazanych przez Przewodniczącego osób powinna być obywatelem innego państwa (art. 13 i 14). Członkowie Paneli zasiadają w nich na sześcioletnie kadencje, z możliwością ponownego wskazania. W przypadku śmierci lub złożenia rezygnacji przez członka Panelu podmiot, który go wskazał, wybiera nową osobę na okres pozostały do końca sześcioletniej kadencji (art. 15 ust. 1 i 2). Ta sama osoba może być jednocześnie koncyliatorem i arbitrem (art. 16 ust. 1).

Centrum posiada pełną międzynarodową osobowość prawną. W szczególności posiada *ius tractatum* i *ius standi* (art. 18). Przewodniczący i członkowie Rady Administracyjnej, koncyliatorzy i arbitrzy, Sekretarz Generalny i jego Zastępcy oraz personel administracyjny Sekretariatu chronieni są immunitetem odnośnie do czynności związanych z wykonywaniem ich funkcji. Centrum może jednak zrzec się tego immunitetu (art. 21 lit. a). Osoby występujące w postępowaniu przed Centrum jako strony, pełnomocnicy, świadkowie lub biegli również są objęte immunitetem (art. 22). Wyżej wymienionym osobom przysługują również ułatwienia w podróży, analogiczne do przysługujących dyplomatom (art. 21 lit. b, art. 22).

Jurysdykcją Centrum objęty jest każdy spór o charakterze prawnym, wynikający bezpośrednio z inwestycji, którego stronami są państwo-strona i inwestor, będący obywatelem innego państwa-strony i nie będący jednocześnie obywatelem państwa, z którym

wszedł w spór. Sformułowanie „obywatel innego państwa strony” oznacza nie tylko osoby fizyczne, ale również obce lub pozostające pod obcą kontrolą osoby prawne. Do objęcia sporu jurysdykcją Centrum konieczne jest wyrażenia na piśmie zgody przez jego strony. Zgoda taka może przyjąć postać klauzuli arbitrażowej umieszczonej w porozumieniu międzynarodowym lub umowie z inwestorem³⁵. Raz danej zgody nie można jednostronnie cofnąć (art. 25 ust. 1 i 2). Państwa-strony Konwencji mogą przedstawić Sekretarzowi Generalnemu wykaz kategorii spraw, w których gotowe są rozważyć wyrażenie zgody na poddanie sporu jurysdykcji Centrum. Złożenie takiego wykazu nie zastępuje pisemnej zgody, która jest wymagana w każdej sprawie (art. 25 ust. 4). Państwo może wymagać wyczerpania krajowej ścieżki administracyjnej lub sądowej przed złożeniem do Centrum wniosku o rozpoznanie sprawy (art. 26). Wymóg wyczerpania krajowych środków odwoławczych jest istotną zasadą powszechnego prawa międzynarodowego o charakterze zwyczajowym³⁶. Konwencja ICSID niejako odwraca tę zasadę, domniemywając, że państwa-strony zrzekają się jej stosowania.

Wniosek o przeprowadzenie arbitrażu lub concyliacji państwo-strona lub obywatel państwa-strony przedkłada na piśmie Sekretarzowi Generalnemu, który dokonuje rejestracji wniosku, chyba że sprawa w oczywisty sposób nie znajduje się w jurysdykcji Centrum (art. 28 i 36). Do rozpoznania sprawy powołuje się Trybunał Arbitrażowy, złożony z nieparzystej liczby arbitrów, powołanych zgodnie przez strony sporu (art. 37). W przypadku niemożności zgodnego powołania części lub całości Trybunału w ciągu dziewięćdziesięciu dni od rejestracji sprawy brakujących arbitrów powołać może Przewodniczący Rady Administracyjnej, na wniosek którejkolwiek ze stron (art. 38). Strony mogą powołać arbitrów również spoza Panelu. Muszą oni jednak spełniać określone w Konwencji wymogi (art. 40).

Trybunał Arbitrażowy sam ocenia, czy Centrum ma w sprawie jurysdykcję (art. 41). Orzekając, Trybunał stosuje prawo, na które zgodziły się strony. W razie braku porozumienia stosowane jest prawo państwa będącego stroną sporu oraz odpowiednie zasady prawa międzynarodowego. Trybunał nie może odmówić rozstrzygnięcia sprawy ze względu na brak odpowiednich przepisów prawa lub ich niejasność. Za zgodą stron dopuszczalne jest również orzekanie *ex aequo et bono* (art. 42). Trybunał może wezwać strony do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów, a także dokonać wizji lokalnej i przeprowadzić dochodzenie (art. 43). Wyrok zapada większością głosów członków Trybunału (art. 48 ust. 1). Konwencja nie przewiduje odwołania od wyroku Trybunału. Możliwe jest jednak złożenie wniosku o interpretację, rewizję lub unieważnienie (*annulment*) wyroku (art. 50, 51 i 52). Rozpatrzenia wniosku o interpretację, rewizję lub

³⁵ M.C. Porterfield, *op. cit.*, s. 3-4.

³⁶ *Ibidem*.

unieważnienie powinien, w miarę możliwości, dokonać Trybunał w takim składzie, w jakim wydał wyrok. Interpretacji dokonuje się na wniosek którejkolwiek ze stron, jeśli znaczenie lub zakres wyroku pozostają niejasne. Rewizja opiera się na odkryciu nowych faktów o decydującym dla wyroku znaczeniu, które były nieznane Trybunałowi i stronie wnoszącej o rewizję. Wniosek złożyć można w ciągu dziewięćdziesięciu dni od odkrycia nowych faktów, lecz nie później niż trzy lata po wydaniu wyroku. Przestankami unieważnienia wyroku są: nieprawidłowe powołanie Trybunału, przekroczenie kompetencji, przekupstwo arbitra, poważne naruszenie zasad postępowania i brak uzasadnienia wyroku. Wniosek o unieważnienie składa się w ciągu stu dwudziestu dni od wydania wyroku. W przypadku przekupstwa arbitra termin ten wynosi sto dwadzieścia dni od wykrycia tej okoliczności. Wyroki są wykonywane w taki sam sposób, jak wyroki sądów krajowych, zgodnie z prawem państwa, na którego terytorium mają być wykonane (art. 53 i 54).

IV. Stosowanie Konwencji ICSID w stosunku do państw członkowskich Unii Europejskiej

W kwietniu 2017 r. Centrum opublikowało raport, zawierający statystyki dotyczące spraw, w których państwa członkowskie UE występowały jako strona³⁷. Spośród 608 spraw, które zostały zarejestrowane w Centrum do 30 kwietnia 2017 r., w 105 (17%) inwestor zgłosił roszczenia wobec państwa członkowskiego UE. Dla porównania w 2014 r. było to 12%³⁸. W 2017 r. Unia Europejska była drugim pod względem liczby zgłaszanych roszczeń regionem, po Ameryce Południowej (23%). Spośród państw UE najwięcej roszczeń zgłoszono wobec Królestwa Hiszpanii (29, czyli 28%, w 2014 r. było to jedynie 11%), następnie Rumunii (13), Republiki Bułgarii (7), Republiki Chorwacji i Republiki Włoch (po 6). 56% roszczeń wobec państw UE opartych było na dwustronnych traktatach o ochronie inwestorów, 43% na Traktacie Karty Energetycznej, zaś jedynie 1% na umowach zawieranych pomiędzy inwestorami a państwami przyjmującymi. 44% zgłaszających roszczenia inwestorów działało w sektorze energetycznym. Na drugim i trzecim miejscu, pod względem liczby roszczeń, plasują się: sektor finansowy (12%) i sektor wydobywczy (6%)³⁹.

W 78% spraw roszczenia wobec państwa członkowskiego UE zgłoszone zostały przez inwestora pochodzącego z innego państwa członkowskiego. W 90% przynajmniej

³⁷ Tekst raportu w języku angielskim dostępny jest na stronie internetowej Centrum: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU\(English\)April%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%20EU(English)April%202017.pdf) [dostęp: 4.11.2021], dalej: Raport.

³⁸ H. Stebbing, C. Dowling, *Investor-State disputes in the EU*, "International arbitration report" 2018, Issue 10, Norton Rose Fulbright, s. 37.

³⁹ Raport, s. 6-7 i 9-10.

jeden ze zgłaszających roszczenia inwestorów był osobą prawną. W 80% spraw roszczenia pochodziły wyłącznie od osób prawnych. Potwierdza to społeczne przeświadczenie, że z arbitrażu inwestycyjnego korzystają przede wszystkim korporacje. Nieuzasadniona jest natomiast obawa przed nadużywaniem tego sposobu rozwiązywania sporów przez inwestorów spoza UE – zdecydowana większość roszczeń pochodzi od podmiotów europejskich⁴⁰.

78% spraw z udziałem państwa członkowskiego UE zakończyło się wyrokiem, zaś pozostałe 22% – w inny sposób. 47% wyroków oddaliło roszczenia w całości, 22% odmówiło uwzględnienia roszczeń ze względu na brak jurysdykcji, 31% uznało roszczenia w całości lub części. Nie znajduje więc oparcia w faktach opinia, że arbitraż inwestycyjny kończy się z reguły wyrokiem korzystnym dla podmiotu prywatnego. Pośród spraw zakończonych inaczej niż poprzez wydanie wyroku jedynie w 22% doszło do zawarcia ugody. W 22% postępowanie umorzono, gdyż zgłaszający roszczenia inwestor nie wniósł zaliczki na pokrycie kosztów⁴¹.

Spośród wszystkich 608 zarejestrowanych do 30 kwietnia 2017 r. spraw aż w 58% zgłaszający roszczenia inwestorzy byli obywatelami państw członkowskich UE lub zarejestrowanymi tam osobami prawnymi. Co więcej, europejscy inwestorzy w 49% spraw uzyskali wyrok uwzględniający ich roszczenia w całości lub części – znacząco powyżej średniej⁴².

Jak dobitnie pokazują opublikowane przez Centrum statystyki, rozwiązywanie sporów inwestycyjnych w oparciu o Konwencję ICSID jest korzystne zarówno dla państw członkowskich UE, jak i dla europejskich inwestorów. Mimo to przyszłość arbitrażu inwestycyjnego w UE stoi pod znakiem zapytania. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł w sprawie C 284-16, że arbitraż inwestycyjny nie może być stosowany do rozwiązywania sporów, które wiążą się ze stosowaniem prawa unijnego. Trybunały arbitrażowe nie są sądami w rozumieniu prawa unijnego, nie mogą więc zadawać pytań prejudycjalnych. Zdaniem Trybunału ich działalność zagraża jednolitej interpretacji prawa unijnego i dlatego też klauzule arbitrażowe znajdujące się w dwustronnych umowach o ochronie inwestorów, zawartych pomiędzy państwami członkowskimi UE, są niezgodne z traktatami unijnymi i nie mogą być stosowane. Omawiane orzeczenie Trybunału, w którym odrzucona została opinia Rzecznika Generalnego, dla wielu było zaskoczeniem⁴³. Warto jednak przypomnieć, że niektórzy badacze prawa zwracali uwagę na potencjalną niezgodność arbitrażu inwestycyjnego z prawem unijnym już wcześniej⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 11-12.

⁴¹ *Ibidem*, s. 13-16.

⁴² *Ibidem*, s. 17 i 23.

⁴³ J. Rogers, C. Dowling, *EU Court rejects ISDS provisions in intra-EU BITs*, "International arbitration report" 2018, 10, Norton Rose Fulbright, s. 34.

⁴⁴ M.A. Clodfelter, *The Future Direction...*, s. 177-178.

Trybunał nie wypowiedział się co do zgodności z prawem unijnym klauzuli arbitrażowej w Traktacie Karty Energetycznej. Otwarta pozostaje też możliwość arbitrażu w sporach pomiędzy państwami członkowskimi UE a zewnętrznymi inwestorami oraz pomiędzy państwami spoza Unii a europejskimi inwestorami.

V. Podsumowanie

Rozwiązywanie sporów inwestycyjnych na drodze arbitrażu pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym budzi kontrowersje. Jest postrzegane jako faworyzujące podmioty prywatne, w szczególności pozaeuropejskie korporacje. Dane statystyczne pokazują jednak, że większość roszczeń zgłaszanych wobec państw członkowskich UE pochodzi od europejskich inwestorów, a większość spraw kończy się ich nieuwzględnieniem. Co więcej, europejscy inwestorzy w efektywny sposób korzystają z arbitrażu w stosunkach z państwami trzecimi. Nawet gdyby więc uznać, że arbitraż inwestycyjny jest niezgodny z prawem unijnym we wszystkich sporach wewnątrz UE, warto jest utrzymać ten mechanizm w stosunku do państw i inwestorów z zewnątrz.

Abstract

Modes of Adjudicating Investor-State Disputes with a Focus on Arbitration Pursuant to the ICSID Convention

Arbitration, as a method of settling investor-state disputes, generates quite a lot of controversy. It is seen as a way for private entities to circumnavigate the legal system and to secure concessions from states, often to the detriment of ordinary citizens. This paper analyzes investor-state arbitration in the European Union, utilizing statistical data published by the International Center for Settling Investment Disputes. As it turns out, the outcomes of arbitration are more often than not favourable to EU member-states. Noteworthy is also the effectiveness, with which EU-based investors use arbitration in their disputes with non-EU states.