

Rozdział I. Zagadnienia podstawowe

§ 1. Zakres międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Literatura: *J.E. Alvarez*, The Boundaries of Investment Arbitration. The Use of Trade and European Human Rights Law in Investor-State Disputes, *Juris* 2018; *J. Alvarez, T. Brink*, Revisiting the Necessity Defence: Continental Casualty v. Argentina, Institute for International Law and Justice Working Paper 2010/3; *Ch.F. Amerasinghe*, Diplomatic Protection, OUP, Oxford 2008; *F. Baetens* (red.) Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives, CUP 2013; *Ch. Binder, U. Kreibbaum, A. Reinisch, S. Wittich* (red.), International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer, OUP, Oxford 2009; *A.K. Bjorklund*, Economic Security Defenses in International Investment Law, YILP 2008–2009; *A. Broches*, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, RCADI 1972, t. 136; *C. Brown, K. Miles* (red.), Evolution in Investment Treaty Arbitration, Cambridge 2011; *J. Crawford, M. Koskenniemi* (red.), The Cambridge Companion to International Law, CUP, Cambridge 2012; *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries, CUP, Cambridge 2002; *R. Doak Bishop, J.R. Crawford, M. Reisman*, Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary, Wolters Kluwer, The Hague, 2014; *Z. Douglas*, The International Law of Investment Claims, CUP, Cambridge 2009; *P. Dumbergy*, The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law, CUP, Cambridge 2016; *R. Hafner*, The Risk Ensuing from fragmentation of International Law, International Law Commission. Report on the Work of its Fifty Second Session, Official Records of the General Assembly, Fifty Fifth Session 2000, Supplement no. 10 (A/55/10), Annex; *G. Van Harten*, Investment Treaty Arbitration and Public Law, OUP, Oxford 2008; *M. Koskenniemi* (red.), Fragmentation of International Law; Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Report of the Work of its Fifty-eight session, Official Records of the General Assembly, Sixty-first session 2006, doc. A/CN.4/L.682; *K. Miles*, The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital, Cambridge 2013; *M.L. Moses*, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, CUP, Cambridge 2008; *P. Mayer, V. Heuzé*, Droit international privé, LGDJ, Paris 2014; *P. Muchlinski, F. Ortino, Ch. Schreuer* (red.), The Oxford Handbook of International Investment Law, OUP, Oxford 2008; *J. Pauwelyn*, Conflict of norms in Public International Law, Cambridge 2003; *M. Pazdan*, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2010; *N. Rubins, N.S. Kinsella*, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner's Guide, Oceana Publ., Oxford 2005; *J. Salacuse*, The Law of Investment Treaties, OUP, Oxford 2010; *S.W. Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, CUP, Cambridge 2009; *Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair*,

The ICSID Convention. A Commentary, CUP, Cambridge 2009; *M. Shaw*, International Law, CUP, Cambridge 2017; *M. Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, CUP, Cambridge 2004; *H. Thirlway*, The Sources of International Law, OUP, Oxford 2014; *K. Yannaca-Small* (red.), Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to Key Issues, OUP, Oxford 2018.

I. Międzynarodowe prawo inwestycyjne a prawo międzynarodowe publiczne

1 Zasadniczo należy przyjąć, że międzynarodowe prawo inwestycyjne stanowi gałąź prawa międzynarodowego publicznego. Wiąże się to z faktem, że obejmuje ono zobowiązania państw względem inwestorów zagranicznych oparte na źródłach prawa międzynarodowego. Z drugiej strony, mamy w tym przypadku do czynienia ze stosunkiem prawnym, który odbiega od przyjętych wzorców myślenia o prawie międzynarodowym publicznym. Należy więc zadać pytanie, w jaki sposób określić miejsce prawa inwestycyjnego w systemie prawa międzynarodowego publicznego: Czy należy uznać, że prawo inwestycyjne stanowi reżim szczególnie prawa międzynarodowego jako całość, czy raczej za *leges speciales* należy uznać pojedyncze reżimy traktatowe regulujące stosunki między państwami a inwestorami pochodzącymi z ograniczonej geograficznie grupy państw (w ramach umów dwustronnych lub regionalnych)?

Odrzucić należy pierwszą z powyższych opcji. Prawo inwestycyjne nie stanowi spójnej całości określającej w sposób jednolity wzajemne zobowiązania państw i inwestorów. Można przyjąć, że pojęcie prawa inwestycyjnego jest zbiorczym określeniem szeregu stosunków prawnych łączących te podmioty na podstawie różnych źródeł¹. Warto także zwrócić uwagę, że prawo inwestycyjne jako odrębna gałąź dydaktyczna jest zjawiskiem stosunkowo nowym. Wcześniej, ochrona inwestycji i inwestora zagranicznego regulowana była przez normy powszechnego prawa międzynarodowego, wyrażone w zwyczaju międzynarodowym oraz zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane². System dochodzenia roszczeń opierał się na klasycznych regułach opieki dyplomatycznej, w której podmiotem uprawnionym było państwo pochodzenia poszkodowanego inwestora³. W takim reżimie prawnym powszechne prawo międzynarodowe w sposób pośredni normowało relacje między państwami a inwestorami zagranicznymi. Obecnie, zakres międzynarodowego prawa inwestycyjnego obejmuje przede wszystkim reżimy prawne stworzone

¹ Inaczej *S.W. Schill*, The Multilateralization of International Investment Law, CUP, Cambridge 2009, s. 19.

² *Z. Douglas*, The International Law of Investment Claims, CUP, Cambridge 2009, s. 6.

³ Sprawa koncesji palestyńskich Mavrommatisa, wyr. STSM z 30.8.1924 r., s. 12.

na podstawie dwustronnych traktatów o popieraniu i ochronie inwestycji (BITS – *Bilateral Investment Treaties*), niewielkiej liczbie traktatów regionalnych lub międzyregionalnych, zawierających postanowienia dotyczące ochrony inwestycji <np. Wszechstronne Porozumienie Inwestycyjne Stowarzyszenia Państw Azji Południowo-Wschodniej – ASEAN, Rozdział 11 Północnoamerykańskiego Układu o Wolnym Handlu – NAFTA (zastąpionego nowym porozumieniem handlowym między Stanami Zjednoczonymi, Meksykiem i Kanadą – USMCA z 2018 r.), Umowa o wolnym handlu między Centralną Ameryką a Republiką Dominikany – CAFTA czy Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa – CETA> oraz kilku traktatów powszechnych regulujących tę materię wycinkowo (np. Konwencja Waszyngtońska o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między inwestorem umawiającej się strony a inną umawiającą się stroną, porozumienie w sprawie Agencji Wielostronnych Gwarancji Inwestycyjnych, czy do pewnego stopnia Konwencja Nowojorska w sprawie uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych). W związku z tak skomplikowaną strukturą omawianej dziedziny, nie może dziwić fakt, że powszechne prawo zwyczajowe odgrywa znaczącą rolę, zarówno wówczas, gdy jakaś kwestia jest nieuregulowana w ramach danego reżimu, jak i wtedy, gdy odwołanie się do norm ogólnych wymuszone jest względami prawidłowej wykładni norm tego reżimu. Jednocześnie dostrzec należy tendencję odwrotną, tj. odchodzenia od regulowania ochrony inwestycji w traktatach, które zdaniem ich krytyków zbyt uprzywilejowują inwestorów kosztem społeczeństw i państw, co oznaczać będzie powrót do tradycyjnych form regulowania tej problematyki w drodze prawa zwyczajowego oraz kontraktów państwowych. Odwołując się do prac Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ (KPM) nad zjawiskiem fragmentacji prawa międzynarodowego oraz do praktycznej analizy prawa międzynarodowego inwestycyjnego¹, można wskazać na trzy rodzaje tych relacji:

- ogólne prawo międzynarodowe może rozstrzygać ewentualne konflikty między normami należącymi do międzynarodowego prawa inwestycyjnego a innymi normami prawa międzynarodowego,
- ogólne prawo międzynarodowe może stanowić element wykładni systemowej zgodnie z postanowieniami Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (KWPT),
- ogólne prawo międzynarodowe może stanowić bezpośrednie źródło praw i obowiązków stron stosunku prawnego między państwem a inwestorem zagranicznym.

¹ Zob. np. R. Hafner, *The Risk Ensuing from fragmentation of International Law*, International Law Commission. Report on the Work of its Fifty Second Session, Official Records of the General Assembly, Fifty Fifth Session 2000, Supplement No. 10 (A/55/10), Annex.

1. Ogólne prawo międzynarodowe jako *lex generalis*

- 2 Status reguły kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali* w prawie międzynarodowym nie jest jasny. Niezależnie jednak od tego, czy uzna się ją za normę prawa zwyczajowego, zasadę ogólną prawa, czy też po prostu za regułę rozumowania prawniczego, jej znaczenie dla rozstrzygania konfliktów normatywnych w prawie międzynarodowym nie budzi wątpliwości. Zgodnie z tą regułą, w przypadku takiego konfliktu norma szczególna uchyla stosowanie normy ogólnej. Co jednak istotne, nie oznacza to całkowitego wyłączenia stosowania reżimu ogólnego wówczas, gdy jakaś kwestia pozostaje nieunormowana przez *lex specialis*.

W przypadku prawa inwestycyjnego z całą pewnością nie można uznać ogółu norm, jakie składają się na to pojęcie za reżim szczególny prawa międzynarodowego. Ewentualnie, poszczególne traktaty inwestycyjne mogą przejawiać pewne cechy autonomizujące, obejmujące zwłaszcza problematykę odpowiedzialności i dochodzenia roszczeń międzynarodowych. Dodatkowo, warto zwrócić uwagę na treść art. 26 KonwICSID, zgodnie z którą: „Zgoda stron na arbitraż na podstawie niniejszej Konwencji jest równoważna ze zgodą na taki arbitraż z wyłączeniem innych środków prawnych, o ile nie uzgodnią one inaczej”. Jeśli dodatkowo połączy się ten przepis z art. 27 tej Konwencji, wyłączającym prawo umawiających się stron do skorzystania z instytucji opieki dyplomatycznej, należy przyjąć, że zgoda na jurysdykcję Centrum oznacza rezygnację z odwoływania się do innych mechanizmów rozwiązywania sporów inwestycyjnych, co dotyczy zarówno innych mechanizmów arbitrażowych, jak i np. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy ewentualnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W zakresie dochodzenia roszczeń, reżim MCRSI, o ile jest właściwy na podstawie odpowiedniej klauzuli arbitrażowej, wyłącza możliwość odwołania się do innych mechanizmów.

Uznanie występowania relacji opartych na regule *lex specialis* w odniesieniu do traktatów inwestycyjnych rodzi określone konsekwencje prawne. Główną z nich jest pierwszeństwo stosowania normy szczególnej przed normą ogólną. Wszędzie tam, gdzie standardy ochrony inwestora zawarte w traktatach inwestycyjnych mają swoje odpowiedniki w prawie zwyczajowym (będącym *lex generalis*), stosowanie tej drugiej kategorii jest wyłączone. Dotyczy to, np. reguł dotyczących zgodności z prawem międzynarodowym aktu wyłączenia lub aktu o skutku równoważnym do wyłączenia¹, traktowa-

¹ Spór dotyczący sposobu ustalania wysokości odszkodowania za wyłączenie leży u podstaw dyskusji o legitymację międzynarodowo prawnej ochrony własności. Uznaje się, że obecnie prawo zwyczajowe znajduje swe odzwierciedlenie w tzw. formule *Hulla*, nakazującej wypłacenie odszkodowania niezwłocznego, odpowiedniego i skutecznego. Strony trak-

nia zgodnego z minimalnym standardem traktowania cudzoziemców, czy pełnej ochrony i bezpieczeństwa. Należy jednak zaznaczyć, o czym będzie jeszcze mowa poniżej, że zdarzają się sytuacje, w których norma szczególna, zawarta w BIT lub innym traktacie inwestycyjnym, odwołuje się wprost do normy ogólnej. Wówczas wartością dodaną w takim traktacie jest możliwość odwołania się do procedury arbitrażu w przypadku naruszenia takiego standardu, którego treść wyznaczona jest przez reżim ogólny prawa międzynarodowego. Taka sytuacja zachodzi przede wszystkim w przypadku określania relacji między traktowaniem bezstronnym i słusznym (ang. *fair and equitable treatment*), a minimalnym standardem traktowania cudzoziemca. Niektóre traktaty inwestycyjne wiążą ten standard wprost z wymogami międzynarodowego prawa zwyczajowego. Przykładem może być art. 1105 NAFTA, zgodnie z którym: „Każda strona przyzna inwestycjom inwestorów innej strony traktowanie zgodnie z prawem międzynarodowym, włączając w to traktowanie bezstronne i słusne oraz pełną ochronę i bezpieczeństwo”. Przyjęta w 2001 r. przez Komisję Wolnego Handlu NAFTA interpretacja tego przepisu jednoznacznie podkreśla, że tego typu formuła nie oznacza zobowiązania stron do przyznania traktowania, które wykraczałoby ponad to, co jest wymagane przez prawo zwyczajowe¹. W konsekwencji, zobowiązanie *inter partes* jest, jeśli chodzi o jego treść, tożsame z zobowiązaniem wynikającym z prawa zwyczajowego. W takim przypadku, reżim szczególny polega przede wszystkim na przyznaniu inwestorowi środków prawnych dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia tego zobowiązania.

Przykład standardu traktowania bezstronnego i słusznego pokazuje jednak jeszcze jeden specyficzny element dla relacji między prawem inwestycyjnym a reżimem ogólnym prawa międzynarodowego. W tym przypadku związek między traktatem inwestycyjnym a odpowiednią normą zwyczajową musi zostać umieszczony wprost w odpowiednim postanowieniu tego traktatu. Brak takiego odniesienia, jakie ma miejsce np. w art. 1105 NAFTA powoduje, że standard traktowania bezstronnego i słusznego otrzymuje znaczenie autonomiczne. Innymi słowy, w przypadku tego standardu można domniemywać jego specyficzne – niezależne od powszechnego prawa międzynarodowego – rozumienie.

W przypadku innych postanowień traktatów inwestycyjnych należy przyjąć, że reguła *lex specialis* będzie miała pełne zastosowanie zgodnie z regułami omówionymi w pracach KPM nad fragmentacją. Warto jeszcze zwrócić uwagę na duże znaczenie, jakie do tej reguły przywiązuje się w kontekście od-

tatu mogą natomiast unormować tę kwestię odmiennie, co zdarza się zwłaszcza w przypadku traktatów zawieranych między państwami rozwijającymi się.

¹ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, 31.7.2001 r.

powiedzialności państw za naruszenie zobowiązań międzynarodowych. Zgodnie z art. 55 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności międzynarodowej państw za naruszenie prawa międzynarodowego (dalej: Artykuły KPM o odpowiedzialności państw)¹, reżim ogólny odpowiedzialności (w dużym stopniu zawarty w Artykułach) nie ma zastosowania w zakresie, w jakim warunki powstania czynu zabronionego, formy lub implementacja odpowiedzialności międzynarodowej są normowane przez normy szczególne prawa międzynarodowego.

W przypadku prawa inwestycyjnego, zastosowanie tej reguły można pokazać na przykładzie trzech elementów odpowiedzialności:

- stanu wyższej konieczności (ang. *state of necessity*) jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność międzynarodową,
- formy odpowiedzialności,
- środków egzekucji odpowiedzialności.

1.1. Stan wyższej konieczności

- 3 Ogólne reguły dotyczące stanu wyższej konieczności zostały wyrażone w art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw. Przepis ten zawiera bardzo rygorystyczne przesłanki powołania się na okoliczności nadzwyczajne w celu uzasadnienia naruszenia zobowiązania międzynarodowego, a przede wszystkim opiera się na zasadzie braku możliwości takiego powołania się. Problem zastosowania tej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność pojawił się w sporach związanych z argentyńskim kryzysem finansowym z początku tego wieku. Działania rządu argentyńskiego na rynku finansowym zapobiegły ostatecznej katastrofie krajowej gospodarki, wywołały jednak duże niezadowolenie przede wszystkim w gronie inwestorów zagranicznych, którzy powołując się na odpowiednie traktaty inwestycyjne, wszczęli postępowania arbitrażowe. Z punktu widzenia relacji między prawem ogólnym dotyczącym stanu wyższej konieczności, a odpowiednim postanowieniem traktatowym – *lex specialis*, szczególne znaczenie mają postępowania wszczęte przez licznych inwestorów amerykańskich. Specyfika tych postępowań związana była ze szczególnym brzmieniem art. XI traktatu amerykańsko-argentyńskiego, zawierającego tzw.

¹ Artykuły w sprawie odpowiedzialności międzynarodowej państw zostały przyjęte, razem z komentarzem, w ramach KPM w czasie jej 53 sesji; zob. International Law Commission. Report on the Work of its Fifty Third Session, Official Records of the General Assembly, Fifty sixth session 2001, Supplement No. 10 (A/56/10). Projekt został przyjęty do wiadomości przez ZO ONZ w rezolucji 56/83 z 12.12.2001 r. wraz z przekazaniem ich pod rozwagę rządów co do ich przyszłości; w czasie 59 sesji ZO kwestia przyszłości Artykułów została ponownie przesunięta do rozstrzygnięcia w 2007 r.; zob. rezolucja 59/35 z 2.12.2004 r. Analogicznie, zgodnie z rezolucją ZO 62/61, zagadnienie to zostało przesunięte do 2010 r.

klauzulę bezpieczeństwa, zgodnie z którą: „traktat ten nie stoi na przeszkodzie stosowaniu przez którąkolwiek ze stron środków koniecznych do utrzymania porządku publicznego, wykonania zobowiązań związanych z utrzymaniem lub przywróceniem międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, lub ochrony swoich zasadniczych interesów bezpieczeństwa”. W sporach z amerykańskimi inwestorami, Argentyna powoływała się zarówno na ten przepis, jak i na prawo zwyczajowe, w celu usprawiedliwienia swoich działań w obliczu kryzysu finansowego. W pozostałych traktatach inwestycyjnych, będących podstawą roszczeń przeciwko Argentynie, w grę wchodziło wyłącznie powołanie się na art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw. W orzecznictwie trybunałów arbitrażowych oraz komitetów *ad hoc* powoływanych na podstawie art. 52 Konwencji ICSID, zauważyć można trzy podejścia do relacji między art. XI BIT a art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw¹.

Pierwsze podejście zostało wyrażone w wyroku w sprawie *LG&E v. Argentynie*. Strona argentyńska powołała się na art. XI BIT oraz na Artykuły KPM o odpowiedzialności państw. Trybunał ustalił kolejność analizy, zgodnie z którą twierdzenia podmiotu pozwanego należy przede wszystkim badać w świetle traktatu inwestycyjnego, następnie ogólnego prawa międzynarodowego w zakresie w jakim jest to konieczne, a także prawa krajowego. Udział prawa międzynarodowego miał polegać, zdaniem trybunału, na wsparciu w procesie interpretacji i stosowania postanowień BIT. Nie ulegało jednak wątpliwości, że zdaniem trybunału pierwszeństwo stosowania należy przyznać traktatowi jako szczególnemu wyrazowi woli państw. Arbitrzy uznali, że: „mimo, iż trybunał stwierdza, że ochrona przyznana przez art. XI została uruchomiona w niniejszej sprawie i **jest wystarczająca dla wyłączenia odpowiedzialności Argentyny**, spełnienie standardu stanu wyższej konieczności na podstawie ogólnego prawa międzynarodowego potwierdza ten wniosek”².

Drugie podejście było widoczne między innymi w sprawie *CMS v. Argentynie*³, w sprawie *Enron v. Argentynie*⁴ oraz w sprawie *Sempra v. Argentynie*⁵. We wszystkich tych sprawach arbitrzy nie wykluczyli możliwości zastosowa-

¹ *A.K. Bjorklund*, Economic Security Defenses in International Investment Law, YIILP 2008–2009, s. 493.

² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. oraz LG&E International Inc. v. Republice Argentyńskiej*, decyzja w sprawie odpowiedzialności z 3.10.2006 r., § 245.

³ *CMS Gas Transmission Company v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbitr. z 12.5.2005 r., § 353 i n.

⁴ *Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbitr. z 22.5.2007 r., § 333.

⁵ *Sempra Energy International v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbitr. z 28.9.2007 r., § 375.

nia reguły *lex specialis*, na co wskazywali powołani przez Argentynę eksperci, lecz stwierdzili, że ponieważ art. XI BIT nie zawiera szczegółowych warunków zastosowania zawartej tam klauzuli bezpieczeństwa narodowego, należy odwołać się do wymogów zwyczajowego prawa międzynarodowego wyrażonych w orzecznictwie MTS i innych sądów międzynarodowych oraz w art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw. Jak zauważył trybunał w sprawie *Sempra*: „Postanowienia traktatu są nieodłączne od standardu prawa zwyczajowego w zakresie, w jakim chodzi o pojęcie konieczności i warunki jej zastosowania, zważywszy, że to w prawie zwyczajowym te elementy zostały określone”¹.

Trzecia opcja została zawarta w decyzjach komitetów *ad hoc* dotyczących uchylecia wyroków trybunałów w sprawie *CMS v. Argentynie*² oraz w sprawie *Sempra v. Argentynie*³, i podsumowana, jako odzwierciedlająca właściwie relację między tymi dwoma postanowieniami, w sprawie *El Paso v. Argentynie*⁴. W obu tych decyzjach dokonano głębszej analizy relacji między porównywanymi normami. W sprawie CMS Komitet wskazał na dwa elementy takiej analizy. Przede wszystkim trybunał powinien dokonać oceny czy treść art. XI dotyczy zobowiązań materialnoprawnych, powodując, że w przypadku jego zastosowania żadne naruszenie traktatu nie miałoby miejsca, czy też dotyczy okoliczności wyłączającej odpowiedzialność międzynarodową w sytuacji, gdy do naruszenia zobowiązania już doszło. Ze względu na ograniczony charakter decyzji, wyznaczony treścią art. 52 Konwencji ICSID, Komitet nie mógł tej kwestii rozstrzygnąć, zwrócił jednak uwagę na konsekwencje przyjęcia obu przedstawionych propozycji. W przypadku pierwszej opcji, powołanie się na przepis traktatu oznaczałoby brak spełnienia podstawowej przesłanki odpowiedzialności międzynarodowej, tj. naruszenia zobowiązania. Wówczas kwestia wyłączenia bezprawności czynu w ogóle nie wchodziłaby w grę. Jeśliby natomiast przyjąć drugą opcję tj., gdyby uznać, że nawet w przypadku powołania się na przepis traktatu dochodzi do naruszenia zobowiązania, należałoby przyjąć, że art. XI BIT i art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw mają wspólny zakres i relację między nimi należałoby oprzeć na regule *lex specialis*. Pierwsze podejście wydaje się szerzej akceptowane przez komitety. Potwierdza to decyzja uchylająca wyrok w sprawie *Sempra*. Zdaniem Komitetu: „wówczas, gdy zastosowanie ma art. XI, podjęcie środków [objętych zakresem tego przepisu

¹ *Ibidem*, § 376.

² *CMS v. Argentynie*, decyzja w sprawie uchylecia orz. arbitr. z 25.9.2007 r.

³ *Sempra v. Argentynie*, decyzja w sprawie uchylecia orz. arbitr. z 29.6.2010 r.

⁴ *El Paso Energy International Company v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbitr. z 31.10.2011 r., § 553.

– *przyt. autora*] nie jest sprzeczne z zobowiązaniami międzynarodowymi państwa i w związku z tym nie jest bezprawne¹. W sprawie *El Paso v. Argentynie*, trybunał podsumował to podejście w następujący sposób: „Bardziej właściwie dla trybunału byłoby podkreślenie różnicy między dwoma argumentami obronnymi opartymi na art. XI BIT i art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności. Zgodnie z art. XI BIT środki konieczne dla „utrzymania porządku publicznego” i dla „ochrony zasadniczych interesów bezpieczeństwa” nie stanowią naruszenia BIT (...)”². Należy przy tym pamiętać, że art. XI traktatu argentyńsko-amerykańskiego nie jest typowym postanowieniem w traktatach inwestycyjnych, co oznacza, że w innych przypadkach zastosowanie musiał mieć art. 25 Artykułów KPM o odpowiedzialności, stanowiący *lex generalis*, do którego należy odwołać się w braku odpowiedniej normy szczególnej³.

1.2. Formy odpowiedzialności

Wyłączenie reżimu ogólnego przez szczególną regulację prawa inwestycyjnego możliwe jest również w kontekście form odpowiedzialności. Zasadnicze znaczenie dla pierwszej kategorii norm ma art. 33 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw, zgodnie z którym: „a) Zobowiązania państwa odpowiedzialnego zawarte w niniejszej części mogą być skierowane do innego państwa, do grupy państw lub do społeczności międzynarodowej jako całości, w zależności zwłaszcza od charakteru i zawartości zobowiązania międzynarodowego i okoliczności jego naruszenia; b) Niniejsza część nie przesądza żadnego prawa, wynikającego z odpowiedzialności międzynarodowej państwa, które może być skierowane bezpośrednio do osoby lub jednostki innej niż państwo”. Odnośnie do prawa inwestycyjnego należy zauważyć, że ust. 2 przywołanego przepisu dotyczy w szczególności tej gałęzi prawa międzynarodowego⁴. Warto bowiem zwrócić uwagę, że państwa, zawierając traktaty inwestycyjne, zaciągają zobowiązania dotyczące traktowania inwestorów, co w konsekwencji oznacza nabycie przez nich prawa we własnym imieniu, nie zaś jedynie jako przejawu uprawnień państwa. Już ten fakt przesądza o specyfice prawa inwestycyjnego⁵. Z drugiej strony, specyfika ta nie może być rozciągnięta *a priori* na cały reżim odpowiedzialności. W świetle Artykułów KPM o odpowiedzialności państw ewentualne wyodrębnienie reżimu szczególnego dotyczy form odpowiedzialności, niekoniecznie zaś jej przesłanek.

¹ *Ibidem*, § 200.

² *El Paso v. Argentynie*, orz. arbit. § 553.

³ Por. np. *AWG Group v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbit. z 30.7.2010 r., § 257–258.

⁴ *J. Crawford*, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, CUP, Cambridge 2002, s. 210.

⁵ *Z. Douglas*, *The International Law...*, s. 32.

Reżim ogólny przewiduje następujące formy odpowiedzialności: restytucję, odszkodowanie i satysfakcję (art. 34 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw). Nie ulega wątpliwości, że trzecia z przywołanych form ma ograniczone znaczenie praktyczne w prawie inwestycyjnym. Trudno wyobrazić sobie inwestora żądającego samego stwierdzenia przez trybunał arbitrażowy, że doszło do naruszenia zobowiązań państwa względem niego. Z drugiej strony, nie można wykluczyć sytuacji, w której ewentualne orzeczenie deklaratoryjne trybunału arbitrażowego byłoby przydatne inwestorowi w ramach innej procedury rozwiązywania sporów szczególnie wówczas, gdy w grę wchodzi równoległe dochodzenie roszczeń w arbitrażu międzynarodowym oraz w sądach krajowych. W sprawie *Bosca v. Litwie*, trybunał arbitrażowy uznając, że inwestorowi należy się wyłącznie odszkodowanie z tytułu szkody rzeczywiście poniesionej doszedł do wniosku, że wyrok sądu krajowego w efekcie, którego ta szkoda została naprawiona nie pozwala na zasądzenie odszkodowania pieniężnego. W konsekwencji, inwestor pozostał z wyrokiem deklaratoryjnym, stwierdzającym naruszenie BIT przez Litwę¹.

Ważniejszą kwestią pozostaje możliwość zasądzenia przez trybunał arbitrażowy restytucji jako formy naprawienia szkody wyrządzonej przez państwo inwestorowi. Odrzucić należy pogląd, zgodnie z którym tego typu forma jest wykluczona w przypadku sporu inwestor – państwo ze względu na trudności w egzekwowaniu wykonania takiego zobowiązania wynikającego z niezgodnego z prawem potraktowania inwestora. Także mniej kategoryczne stwierdzenie, że restytucja nie ma zastosowania, dopóki nie zostanie wprost przewidziana w traktacie inwestycyjnym, nie może być poparte przekonującymi argumentami. Takie ujęcie byłoby sprzeczne z art. 55 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw, które wyłączają reżim ogólny w zakresie, **w jakim jest on regulowany przez normy szczególne**. Innymi słowy, rozumowanie powinno być odwrotne, tj. formy odpowiedzialności przewidziane w reżimie ogólnym są aktualne, chyba że zostaną wyłączone przez strony konkretnego stosunku prawnego. Czynnikiem decydującym jest w tym przypadku sformułowanie wezwania na arbitraż/pozwu arbitrażowego, w którym określone jest żądanie inwestora obejmujące, najczęściej, odszkodowanie pieniężne, lecz niekiedy również restytucję, a nawet obowiązek określonego zachowania (ang. *specific performance*). Trybunały arbitrażowe są związane żądaniem pozwu w tym sensie, że nie mogą orzekać ponad to, czego domaga się powód.

Takim wyłączeniem reguł ogólnych odpowiedzialności międzynarodowej nie jest, wbrew pozorom, art. 54 ust. 1 Konwencji ICSID, nakazujący państwom

¹ *Luigiterzo Bosca v. Republice Litwy*, orz. arbitr. z 17.5.2013 r., § 301–303.

-stronom zapewnienie wykonania jedynie pieniężnych zobowiązań nałożonych przez orzeczenie trybunału arbitrażowego działającego w ramach MCRSI¹. Przepis ten nie przesądza bowiem o tym, że trybunał arbitrażowy stwierdzający naruszenie praw inwestora, nie może nakazać stronie pozwanej przywrócenia stanu zgodnego z prawem lub określonego zachowania, chyba że byłoby to sprzeczne z postanowieniami instrumentu stanowiącego podstawę jurysdykcji takiego trybunału.

Niektóre traktaty inwestycyjne zawierają normy szczególne w zakresie form odpowiedzialności, powodując wyłączenie reżimu ogólnego. Przykładem może być art. 1135 ust. 1 NAFTA, który *expressis verbis* ogranicza dopuszczalne formy do odszkodowania pieniężnego i do restytucji własności, nie przesądzając o kolejności ich zastosowania².

Powyżej zostały przedstawione relacje formalne między formami odpowiedzialności przewidzianymi w części 2 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw, a międzynarodowym prawem inwestycyjnym. Warto jednak zwrócić uwagę, że praktyka stosowania tych form w przypadku sporów między inwestorem zagranicznym a państwem przyjmującym, wyraźnie preferuje odszkodowanie pieniężne jako główny sposób naprawienia szkody. W wyroku w sprawie *Sempra v. Argentynie* trybunał wskazał, że także w odniesieniu do naruszenia innych praw inwestora niż ochrona przed wywłaszczeniem, najwłaściwszym sposobem naprawienia szkody jest odszkodowanie pieniężne³. Co prawda, trybunał nie dostrzegł niezwykle istotnego rozróżnienia między odszkodowaniem jako elementem zobowiązania materialnoprawnego dotyczącego zakazu wywłaszczenia, a odszkodowaniem jako formą odpowiedzialności, należy jednak uznać za słuszne główne założenie, zgodnie z którym jest ono formą najczęstszą. Nie oznacza to jednak odejścia od reżimu ogólnego odpowiedzialności. Wręcz przeciwnie, zgodnie z art. 35 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw, restytucja byłaby stosowana pod warunkiem, że nie byłaby ona praktycznie niemożliwa do przeprowadzenia lub nie nakładałaby nadmiernych obowiązków na państwo.

Podsumowując należy przyjąć, że w odniesieniu do form odpowiedzialności także nie doszło do wyodrębnienia się międzynarodowego prawa inwestycyjnego jako reżimu szczególnego prawa międzynarodowego publicznego. Ogólne prawo międzynarodowe pozostaje bowiem głównym wyznacznikiem

¹ A. Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, RCADI 1972, t. 136, s. 400.

² Podobny przepis znajduje się w traktatach inwestycyjnych zawieranych przez Stany Zjednoczone. Por. art. 34 ust. 1 BIT amerykańsko-urugwajskiego z 2005 r.

³ *Sempra v. Argentynie*, orz. arbitr., § 403.

obowiązków państwa winnego naruszenia zobowiązania wówczas, gdy dany traktat inwestycyjny milczy na temat sposobu naprawienia szkody.

1.3. Implementacja odpowiedzialności

- 5 Pozostaje do omówienia trzeci element odpowiedzialności w odniesieniu do którego pojawiają się głosy o wyodrębnieniu się międzynarodowego prawa inwestycyjnego jako reżimu szczególnego prawa międzynarodowego. Chodzi w tym przypadku o środki egzekucji odpowiedzialności, które zdaniem niektórych autorów mają znaczenie decydujące dla przeprowadzanego w tym miejscu wywodu. Należy więc zauważyć, że w przeciwieństwie do ogólnego prawa międzynarodowego, stosunek prawny typowy dla prawa inwestycyjnego, tj. stosunek między inwestorem a państwem, nie ma charakteru wzajemnego. W związku z tym można odrzucić dopuszczalność środków odwetowych jako metody wymuszenia przestrzegania zobowiązań przez państwo odpowiedzialne za naruszenie¹. Naturalnie przy rozważaniu tego zagadnienia z punktu widzenia prawa opieki dyplomatycznej, sytuacja mogłaby wyglądać inaczej, jednak w tym przypadku mielibyśmy do czynienia z klasyczną relacją międzypaństwową².

Należy zwrócić uwagę na dwa czynniki autonomizujące prawo inwestycyjne w zakresie środków egzekucyjnych. Pierwszym z nich są obowiązki nakładane na państwa na podstawie traktatów inwestycyjnych, obejmujące uznanie i wykonanie orzeczeń trybunałów arbitrażowych. Niekiedy dodatkowo wprowadza się odwołanie do prawa krajowego jako prawa właściwego dla kwestii wykonania orzeczenia, co oznacza, że państwo odpowiedzialne za naruszenie powinno wprowadzić do swojego ustawodawstwa odpowiednie przepisy dotyczące wykonania orzeczeń arbitrażowych. Dodatkowo, niewątpliwym czynnikiem autonomizującym prawo inwestycyjne w zakresie implementacji odpowiedzialności jest poleganie praktycznie wyłącznie na sądach krajowych w celu uznania i wykonania wyroku arbitrażowego.

Drugim czynnikiem autonomizującym reżim prawa inwestycyjnego jest istnienie mechanizmów wielostronnych umożliwiających poszkodowanemu inwestorowi na efektywne dochodzenie odszkodowania od państwa przyjmującego, nawet wówczas, gdy to uchyla się od wykonania wyroku. Dokumentem o podstawowym znaczeniu w tym zakresie jest Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych podpisana w Nowym Jorku 10.6.1958 r.³ (KonwUznOrzArb), która wspólnie z odpowiednimi postanowie-

¹ Por. *Corn Products International Inc. v. Zjednoczonym Stanom Meksykańskim*, decyzja w sprawie odpowiedzialności z 15.1.2008 r., § 167 i n.

² *Ch.F. Amerasinghe*, *Diplomatic Protection*, OUP, Oxford 2008, s. 23.

³ Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 41.

niami ustawodawstwa krajowego, Konwencją ICSID (art. 53 i 54) oraz traktatów inwestycyjnych tworzy reżim *sui generis* egzekucji odpowiedzialności międzynarodowej. Jego podstawowymi elementami jest możliwość uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego na terytorium każdego państwa-strony. *De facto*, zapewnia to inwestorowi skuteczne dochodzenie jego uznanych roszczeń na terytorium dowolnego państwa będącego stroną konwencji nowojorskiej. W takim przypadku pozostaje jednak jeszcze kwestia immunitetu suwerennego państwa, omówiona w § 15.

Podobne reguły dotyczące implementacji odpowiedzialności zawarte zostały w art. 54 ust. 1 KonwICSID. Zgodnie z tym przepisem: „Każda umawiająca się strona uzna orzeczenie wydane na podstawie niniejszej Konwencji za wiążące i wykona zobowiązania pieniężne nałożone przez takie orzeczenie na swoim terytorium, tak jakby to uczyniła w odniesieniu do ostatecznego orzeczenia swojego sądu krajowego”. Jednocześnie KonwICSID dopuszcza dodatkowy mechanizm egzekucji odpowiedzialności w postaci opieki dyplomatycznej. Sytuacja, w której umawiające się państwo nie wykonuje orzeczenia wydanego w sporze inwestycyjnym, jest bowiem jedynym wyjątkiem od zakazu odwoływania się do omawianej instytucji, na podstawie art. 27 ust. 1 KonwICSID¹. Dokument ten stworzył zatem szczególny mechanizm egzekucyjny, znacznie łatwiejszy z punktu widzenia inwestora w porównaniu z instytucją opieki dyplomatycznej czy nawet KonwUznOrzArb². W każdym innym przypadku jedyną możliwością zapewnienia skuteczności wyroku arbitrażowego jest jego uznanie lub wykonanie przez sądy krajowego jakiegoś państwa, zgodnie z jego ustawodawstwem wewnętrznym.

2. Prawo międzynarodowe publiczne jako element wykładni systemowej

Reguły KWPT dotyczące interpretacji traktatów mają zastosowanie w międzynarodowym prawie inwestycyjnym³. W związku z tym, traktaty inwestycyjne należy interpretować „w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście oraz w świetle jego przedmiotu i celu” (art. 31 ust. 1). Jednym z elementów, jakie należy brać pod uwagę przy wykładni są też „wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między strona-

¹ Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention. A Commentary*, CUP, Cambridge 2009, s. 1120.

² *Ibidem*, s. 1118.

³ Zob. np. *Ioannis Kardassopoulos v. Gruzji*, decyzja w sprawie jurysdykcji z 6.7.2007 r., § 207.

mi” (art. 31 ust. 3 lit. c). Przepis ten służy zapewnieniu harmonijnego stosowania norm prawa międzynarodowego pochodzących z różnych reżimów prawnych przez zgodną wykładnię instytucji prawnych znajdujących się w traktacie podlegającym wykładni. Rola tego przepisu jest jednak ograniczona do procesu wykładni traktatu i nie może służyć rozszerzaniu praw i obowiązków stron traktatu lub jurysdykcji trybunału międzynarodowego¹. Zgodnie ze stanowiskiem KPM w sprawie fragmentacji prawa międzynarodowego, rola art. 31 ust. 3 lit. c) KWPT polega przede wszystkim na włączeniu do procesu rozumowania prawniczego postawy dążenia do zapewnienia spójności systemu prawa międzynarodowego².

Z punktu widzenia prawa inwestycyjnego odwołanie się do tej reguły interpretacyjnej może służyć przede wszystkim zbilansowaniu praw i obowiązków inwestorów oraz państw przyjmujących. Chodzi więc o to, by prawo inwestycyjne nie było traktowane jak zupełnie odrębny porządek prawny, w którym nie ma miejsca na uwzględnienie innych wartości niż ekonomiczne³. Wykładnia systemowa może więc prowadzić do wprowadzenia do systemu rozstrzygania sporów inwestycyjnych argumentów z zakresu ochrony praw człowieka czy środowiska naturalnego. Zgodnie z tym co było powiedziane powyżej, taki zabieg nie może jednak nakładać na inwestorów obowiązków przez odwołanie się do norm prawnych spoza reżimu traktatowego, w ramach którego toczy się spór.

Treść omawianego przepisu KWPT rodzi szereg pytań co do zakresu jego stosowania. Jednym z zasadniczych aspektów jest pojęcie „wszelkich właściwych norm prawa międzynarodowego”. W tym kontekście należy przyjąć, że w grę wchodzi wszystkie normy prawa międzynarodowego, niezależnie od ich źródła. W grę wchodzi więc zarówno normy zwyczajowe, obejmujące np. mi-

¹ *The Channel Tunnel Group Ltd. oraz France-Manche S.A. v. Sekretarzowi Stanu do spraw transportu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Ministrowi infrastruktury, transportu i zagospodarowania przestrzennego, turystyki i spraw morskich Republiki Francuskiej*, częściowe orz. arbitr. z 30.1.2007 r., § 275; zob. też B. Simma, T. Kill, Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a methodology, [w:] Ch. Binder, U. Kreibbaum, A. Reinisch, S. Wittich (red.), *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*, OUP, Oxford 2009, s. 692.

² Por. M. Koskenniemi (red.), *Fragmentation of International Law; Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission, International Law Commission, Report of the Work of its Fifty-eight session, Official Records of the General Assembly, Sixty-first session 2006, doc. A/CN.4/L.682.*

³ V. Prislán, *Non-investment obligations in investment treaty arbitration: towards a greater role for states?*, [w:] F. Baetens (red.), *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*, CUP 2013, s. 467.

nimalny standard traktowania cudzoziemca, normy pochodzące z innych traktatów, jak i zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane. Kryterium odwołania się do tych norm jest ich prawnie wiążący charakter oraz właściwość ich zastosowania dla interpretacji w konkretnej sprawie.

Wspomniany element „właściwości” danej normy również nie jest wolny od niejasności. Należy zgodzić się z opinią, że w tym przypadku nie chodzi tylko o tożsamość zakresu materialnego obu norm, lecz o ogólną możliwość wyjaśnienia znaczenia normy traktatu, na podstawie którego wydawane jest orzeczenie. Na tej zasadzie MTS w sprawie Wzajemnej pomocy w sprawach karnych¹ dla celów wykładni odpowiedniej Konwencji, zawartej przez Francję i Dżibuti w 1986 r. odwołał się do Traktatu w sprawie przyjaźni i współpracy, wiążącego obie te strony od 1977 r., mimo że ten miał zastosowanie szersze i bardzo ogólne. W związku z tym w grę może wchodzić każda norma prawa międzynarodowego, która może okazać się przydatna w procesie interpretacji danego traktatu. Co istotne, chodzi tutaj nie tylko o normy powszechnego prawa międzynarodowego, lecz także o normy należące do innych reżimów szczególnych tego prawa.

Ostatnim elementem, który należy wyjaśnić jest sformułowanie art. 31 ust. 3 lit. c) KWPT odnoszące się do norm „mających zastosowanie w stosunkach między stronami”. Z praktyki trybunałów międzynarodowych wynika, że ten fragment omawianego przepisu traktowany jest dość elastycznie. Z punktu widzenia prawa inwestycyjnego znaczenie ma jednak zastrzeżenie, że chodzi w tym przypadku o strony danego traktatu inwestycyjnego będącego źródłem zobowiązań adresowanych do inwestora.

Zagadnienie wykładni systemowej może być postrzegane z dwóch perspektyw. Po pierwsze, można je rozważać w kontekście specyficznej relacji między normą traktatu inwestycyjnego a reżimem ogólnym prawa międzynarodowego. Rola tego reżimu w tym przypadku nie polega na uzupełnianiu luk, lecz na nadawaniu określonej treści podlegającym wykładni pojęciom traktatowym. Po drugie, wykładnia systemowa dotyczy także uwzględnienia rozumienia pojęć pojawiających się w różnych reżimach szczególnych prawa międzynarodowego, np. w traktacie inwestycyjnym i w prawie Światowej Organizacji Handlu (WTO). W pierwszym przypadku odwołanie się do wykładni systemowej ma znaczenie przede wszystkim użytkowe – służy temu, by w ogóle dane pojęcie wyjaśnić. W drugim przypadku spójność i harmonijna wykładnia są jednym uzasadnieniem.

¹ Sprawa dotycząca pewnych kwestii związanych z pomocą prawną w sprawach karnych (*Dżibuti v. Francji*), wyr. MTS z 4.6.2008 r., § 104.

2.1. Wykładnia w świetle prawa ogólnego

7 Reżim ogólny jest naturalnym punktem odniesienia w przypadku wątpliwości interpretacyjnych dotyczących traktatów. W międzynarodowym prawie inwestycyjnym jako przykład takiego działania *lex generalis* mogą posłużyć reguły przypisania określone w Artykułach KPM o odpowiedzialności państw. Traktaty inwestycyjne nakładają określone obowiązki na państwo przyjmujące. Niezwykle rzadko jednak wyjaśniają jakiego rodzaju podmioty kryją się za tym pojęciem, pozostawiając tę problematykę wykładni. Jednocześnie jest to sprawa o fundamentalnym znaczeniu z punktu widzenia inwestora, albowiem decyduje ona o tym, czy państwo poniesie odpowiedzialność na podstawie traktatu inwestycyjnego. Rozwiązaniem przyjętym przez trybunały arbitrażowe rozstrzygające tę kwestię było odwołanie się do norm regulujących przypisywanie zachowania określonego podmiotu państwu, zawartych w Artykułach KPM o odpowiedzialności państw. Taki zabieg interpretacyjny pozwolił trybunałowi na uznanie odpowiedzialności USA za sądy stanu Missisipi w sprawie *Loewen v. Stanom Zjednoczonym*¹, odpowiedzialności Argentyny za swoje organy samorządowe w sprawie *Vivendi v. Argentynie*², odpowiedzialności Polski za Skarb Państwa w sprawie *Eureko v. Polsce*³ oraz za spółkę Polskie Porty Lotnicze w sprawie *Flemingo Duty Free v. Polsce*⁴.

Innym przykładem, pokazującym niemożliwość wytyczenia precyzyjnej granicy między interpretacją w świetle prawa międzynarodowego a jego zastosowaniem dla określenia praw i obowiązków stron, jest standard traktowania bezstronnego i słusznego. Jak wskazano, z uwagi na specyficzne brzmienie klauzul zawierających ten standard, domniemywać należy jego autonomiczne znaczenie, chyba że sam traktat zawiera odesłanie do ogólnego prawa międzynarodowego. Obecnie warto jednak przyjrzeć się wpływowi interpretacyjnemu, jaki minimalny standard ochrony ma na rozumienie „bezstronności” i „słusznosci” traktowania inwestora i jego inwestycji. Brak odwołania do minimalnego standardu traktowania oznacza, że traktowanie bezstronne i słusne podlega wykładni zgodnie z regułami zawartymi w KWPT. Ze względu na dużą ogólnikowość kluczowych pojęć, zwykle znaczenie nie pozwala na

¹ *The Loewen Group Inc. oraz Raymond Loewen v. Stanom Zjednoczonym Ameryki*, decyzja w sprawie wysłuchania zarzutów państwa pozwanego co do kompetencji i jurysdykcji trybunału z 5.1.2001 r., § 47.

² *Compañia de Aguas del Aconquija, S.A. oraz Compagnie Générale des Eaux v. Republice Argentyńskiej*, orz. arbitr. z 21.11.2000 r., § 49.

³ *Eureko B.V. v. Rzeczpospolitej Polskiej*, częściowe orz. arbitr. z 19.8.2005 r., § 130.

⁴ *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v. Rzeczpospolitej Polskiej*, wyrok arbitr. z 12.8.2016 r., § 418 i n.

ich właściwe wyjaśnienie. By uniknąć sytuacji, w której trybunał arbitrażowy orzekałby na podstawie subiektywnych poglądów arbitrów, przydatne jest odwołanie się do norm prawa międzynarodowego w celu interpretacji danego traktatu. Należy zwrócić uwagę, że dla wykładni akurat tego standardu najdogodniejszym źródłem są zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane. To właśnie z tego źródła do standardu traktowania bezstronnego i słusznego włączone zostały takie zasady, jak ochrona uzasadnionych oczekiwań, zakaz działania państwa w sposób arbitralny i dyskryminacyjny czy zakaz odmowy sprawiedliwości.

2.2. Wykładnia w świetle innych reżimów szczególnych prawa międzynarodowego

W tym przypadku chodzi o to, by terminy zawarte w traktatach należących do różnych reżimów prawa międzynarodowego interpretowane były w sposób zbliżony. Na tej zasadzie np. organy rozstrzygania sporów WTO odwoływały się w swoim orzecznictwie do traktatów środowiskowych¹. Jednocześnie, jak pokazuje orzecznictwo trybunałów arbitrażowych, precyzyjne wyznaczenie granicy między wykładnią w świetle innej normy prawa międzynarodowego, a jej zastosowaniem jest stosunkowo płynna². W sprawie *Myers v. Kanadzie*³ trybunał arbitrażowy zmierzył się z problemem stosunku NAFTA do pewnych porozumień wielostronnych i regionalnych z zakresu ochrony środowiska i zarządzania odpadami. Zadanie miał o tyle ułatwione, że Załącznik 104 do NAFTA zawiera normę kolizyjną rozstrzygającą ewentualne konflikty między tym porozumieniem oraz niektórymi, wymienionymi tam traktatami, na korzyść tej drugiej kategorii. Z drugiej strony, wymieniona tam Konwencja z Bazylei⁴ nie została ratyfikowana przez USA – państwo pochodzenia inwestora, co powodowało, że Załącznik 104 nie mógł zostać wykorzystany do uzasadnienia naruszenia zobowiązań NAFTA przez Kanadę. Ostatecznie trybunał odwołał się, dla wzmocnienia argumentacji opartej bezpośrednio na Załączniku 104, do reguły ograniczenia wyboru środków realizacji celów środowiskowych przez wybór środka najmniej ograniczającego, obecnej m.in. w orzecznictwie organów rozstrzygania sporów WTO.

¹ Por. European Communities, Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, raport panelu z 29.9.2006 r., s. 328 i n.

² M. Hirsch, Investment and non-investment obligations, [w:] P. Muchlinski, F. Ortino, Ch. Schreuer (red.), The Oxford Handbook of International Investment Law, OUP, Oxford 2008, s. 162.

³ S.D. Myers Inc. v. Rządowi Kanady, częściowe orz. arbitr. z 13.11.2000 r., § 214.

⁴ Konwencja bazylejska z 22.3.1989 r. o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych, podpisana w Bazylei (Dz.U. z 1995 r. Nr 19, poz. 88).

Wykładnia systemowa, na podstawie art. 31 ust. 3 lit. c) KWPT, oprócz zapewnienia spójności służyć może również wprowadzeniu do traktatów inwestycyjnych wartości pozaekonomicznych, które w obecnym stanie prawnym zyskują na znaczeniu. Mechanizm ten mógłby zostać wykorzystany np. do uwzględnienia przez trybunał arbitrażowy wykładni pewnych pojęć w duchu traktatów z zakresu ochrony praw człowieka. Takie działanie jest już obecne w kontekście wyłączenia, które regulowane jest zarówno przez traktaty inwestycyjne, jak i przez niektóre konwencje ochrony praw człowieka, takie jak I Protokół Dodatkowy do EKPCz. Wydaje się, że podobny potencjał mają reguły dotyczące zakazu dyskryminacji czy pojęcie „porządku publicznego” w kontekście uchylenia się przez państwo od zobowiązań.

Powyższe rozważania dowodzą, że prawo międzynarodowe jest stale obecne w rozumowaniu trybunałów arbitrażowych. Rzadko pojawiają się głosy o całkowitym odizolowaniu się prawa inwestycyjnego jako reżimu zamkniętego. Wykładnia systemowa pełni w utrzymywaniu tej więzi rolę pierwszorzędą. Pozwala ona na odwołanie się do norm należących do reżimu ogólnego prawa międzynarodowego wszędzie tam, gdzie traktat inwestycyjny nie zawiera specyficznego wyjaśnienia danego pojęcia. Ma to szczególne znaczenie w przypadku norm drugiego rzędu, zwłaszcza dotyczących odpowiedzialności. Dzięki odwoływaniu się w procesie wykładni do norm prawa międzynarodowego spoza danego traktatu inwestycyjnego, zapewniona jest też spójność międzynarodowego prawa inwestycyjnego wzmacniająca jego przewidywalność¹.

Jednocześnie, granica między wykładnią w świetle prawa międzynarodowego a stosowaniem reżimu ogólnego do wypełniania luk w traktacie wydaje się dość płynna. To również jest szczególnie widoczne w kontekście reguł odpowiedzialności, chociażby przy okazji reguł przypisania czy okoliczności wyłączających odpowiedzialność, a także reguł ustalania wysokości odszkodowania za naruszenie praw inwestora. Dlatego też zagadnienia omówione w tym punkcie i w punkcie poprzednim można potraktować jako dwie strony tego samego medalu – dążenia do zapewnienia systemowej spójności międzynarodowemu porządkowi prawnemu.

3. Prawo międzynarodowe publiczne jako prawo właściwe

- 9 Stosunki między państwem przyjmującym a inwestorem zagranicznym mogą być regulowane przez normy należące do różnych porządków prawnych. Rozpatrywanie tych stosunków przez pryzmat prawa krajowego lub prawa międ-

¹ S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, CUP 2009, s. 278 i n.

dzynarodowego zależy od wielu czynników, a jednocześnie w sposób znaczący wpływa na zakres praw i obowiązków stron. Z drugiej strony, w orzecznictwie MCRSI przyjmuje się, że błąd co do prawa właściwego stanowi rażące przekroczenie uprawnień przez trybunał arbitrażowy prowadzący do uchylecia wyroku arbitrażowego¹. Właściwość prawa międzynarodowego oznacza, że dla oceny legalności zachowania państwa nie będzie miało znaczenia to, czy jest ono zgodne z prawem krajowym². Często więc ustalenie tej właściwości stanowi kluczowy element sporu inwestycyjnego.

Wyróżnić można następujące metody ustalenia właściwości prawa międzynarodowego:

- 1) wola stron wyrażona w kontrakcie,
- 2) wola państw wyrażona w traktacie inwestycyjnym,
- 3) klauzula prawa właściwego w ramach mechanizmu arbitrażowego,
- 4) odesłanie do prawa międzynarodowego w prawie krajowym.

3.1. Właściwość prawa międzynarodowego wynikająca z kontraktu

W przypadku kontraktów międzynarodowych stosuje się zasadę autonomii 10 woli stron z uwzględnieniem norm bezwzględnie obowiązujących w miejscu arbitrażu (*ius cogens*). Oprócz typowych elementów stosunku umownego, jego transgraniczny charakter pozwala stronom na poddanie go wybranemu przez nie porządkowi prawnemu. Głównym powodem, dla którego strony decydują się na poddanie kontraktu prawu międzynarodowemu jest dążenie do znalezienia porządku prawnego, który byłby neutralny w stosunku do obu stron. Odrzucenie prawa krajowego państwa przyjmującego wydaje się naturalną konsekwencją zasady równości stron³. Przyjętym rozwiązaniem bywa uznanie za prawo właściwe prawa państwa neutralnego, zawierającego odpowiednie normy do danego typu stosunku prawnego. Poddanie natomiast kontraktu prawu międzynarodowemu, zwłaszcza zasadom ogólnym prawa, może wiązać się z faktem, że stroną tego kontraktu jest państwo, zazwyczaj niechętnie odwoływaniu się do innych norm krajowych.

¹ *Amco Asia Corporation i in. v. Republice Indonezji*, decyzja z 16.5.1986 r. w sprawie wniosku o uchylenie, § 23.

² Por. art. 3 Artykułów KPM o odpowiedzialności państw.

³ *N. Rubins, N.S. Kinsella*, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner's Guide*, Oceana Publ., Oxford 2005, s. 45.