

## Wstęp

Procesy gospodarcze same w sobie nie znają granic. Nieograniczone prawnie, przenikają między państwami, opierając się na podstawowych prawach rynku, w tym zwłaszcza na zasadzie korzyści komparatywnych. W takiej liberalnej gospodarce, kapitał swobodnie przemieszcza się z państwa do państwa w sposób zapewniający maksymalne zyski jego właścicielowi. Jednocześnie nie sposób nie dostrzec rażącej dysproporcji jeśli chodzi o pochodzenie i przynależność kapitału. Stąd też dążenie państw, w których brakuje środków na wspieranie rozwoju gospodarczego do przyściągnięcia kapitału zagranicznego. Podejmując działania polityczne w tym celu, państwa dokonują różnego rodzaju ustępstw na rzecz kapitału obcego. Mogą więc np. obniżyć podatki dla inwestorów z zagranicy albo przewidzieć specjalne ulgi dotyczące transferu kapitału i płatności. Takie zachowania mogą jednak okazać się nieskuteczne wówczas, gdy inwestor nie będzie miał wystarczającego poczucia bezpieczeństwa odnośnie przyszłego zachowania państwa, a także co do możliwości ochrony własnych interesów i uprawnień. To właśnie takiej ochronie służy międzynarodowe prawo inwestycyjne. Można je więc określić jako **zespół norm regulujących stosunki prawne między państwami a inwestorami zagranicznymi**.

Warto zwrócić uwagę, że tradycyjnie stosunki te opierały się wyłącznie na prawie krajowym. Na poziomie prawa międzynarodowego stosunek między zagraniczną osobą prywatną a państwem przyjmującym przekształcał się w stosunek między tym ostatnim, a państwem pochodzenia tej osoby prywatnej. W przypadku ewentualnej szkody wywołanej zachowaniem państwa przyjmującego, państwo pochodzenia mogło, lecz nie musiało, podjąć roszczenie w drodze opieki dyplomatycznej, instytucji o długich tradycjach, lecz wciąż mającej pewne znaczenie w praktyce międzynarodowej. Trudno określić, w którym dokładnie momencie nastąpiła zmiana paradygmatu w tym zakresie. Niewątpliwie, patrząc szerzej na to zagadnienie, można dostrzec przemiany po II Wojnie Światowej zmierzające do przyznania jednostce uprawnień nie tylko materialnoprawnych, lecz także procesowych, pozwalających jej np. na dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia jej uprawnień osobistych. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na rozszerzającą się praktykę zawierania przez państwa umów z podmiotami prywatnymi, poddanych reżimowi prawa międzynarodowego publicznego. Takie umowy przewidywały nie tylko ogólne ich pod-

danie prawu międzynarodowemu, lecz także zapewniały możliwość bezpośrednio dochodzenia roszczeń przeciwko państwu przez osobę zagraniczną. Kolejnym czynnikiem rozwoju prawa międzynarodowego inwestycyjnego był proces zawierania między państwami dwustronnych umów o popieraniu i ochronie inwestycji, zapoczątkowany umową niemiecko-pakistańską przyjętą w 1959 r. Od tamtego czasu do chwili obecnej, zawarto ponad dwa i pół tysiąca takich umów, które zachowują przy tym w miarę jednolitą strukturę, odzwierciedloną także w niniejszej książce. Umowy te w dużym zakresie pozwalają inwestorom na samodzielne dochodzenie swoich roszczeń przeciwko państwu w oparciu o klasyczną metodę rozwiązywania sporów międzynarodowych i handlowych, jaką jest arbitraż.

Międzynarodowe prawo inwestycyjne podlega także regułom wielostronnym. Co prawda, próby ustanowienia ogólnej i uniwersalnej konwencji dotyczącej ochrony inwestycji zagranicznych skończyły się fiaskiem, co dotyczy zarówno tzw. projektu Absa-Shawcrossa z 1959 r., jak i późniejszych prób, z których ostatnia miała miejsce w 1998 r., gdy w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) negocjowano – bezskutecznie – Wielostronne Porozumienie w sprawie Inwestycji (MAI). Niezależnie od tych niepowodzeń doszło do uzgodnienia reguł dotyczących pewnych zagadnień szczegółowych. Należy tu wskazać przede wszystkim na dwa akty przyjęte w ramach struktury Banku Światowego. Pierwszym jest Statut Wielostronnej Agencji Gwarancji Inwestycyjnych (MIGA) z 1998 r., natomiast drugim Konwencja waszyngtońska o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw z 1965 r. (tzw. Konwencja ICSID, dalej KonwICSID), na mocy której utworzono Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (MCRSI). Obie umowy mają bardzo szeroki zakres podmiotowy, w przypadku MIGA jest to 181 państw, natomiast w przypadku KonwICSID jej członkami są 154 państwa. Dodatkowo, można wskazać na umowy sektorowe, które normują ochronę inwestycji w ramach jakiejś gałęzi gospodarki, a najlepszym przykładem może tu być Traktat Karty Energetycznej (TKE), który został podpisany w 1994 r. Nie do pominięcia jest również wzrost porozumień międzyregionalnych, takich jak CETA, umowa między ASEAN a HongKongiem czy umowa łącząca Republikę Dominikańską, Stany Zjednoczone oraz CAFTA. Najbardziej doniosłą cechą tego reżimu prawnego jest niewiarygodny rozwój jurysprudencej opartej przede wszystkim na arbitrażu pomiędzy inwestorami a państwami przyjmującymi. W tej chwili można mówić o setkach spraw tego typu, rozstrzyganych w ramach rozmaitych mechanizmów arbitrażowych. Prym wiedzie tu MCRSI, które zazwyczaj jest pierwszym wyborem inwestora, o ile państwo przyjmujące i państwo jego pochodzenia są stronami KonwICSID. Niewiele mniejsze znaczenie mają tu jednak reguły arbitrażowe Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL), będące podstawą działa-

nia wielu trybunałów *ad hoc*, dla których podstawą jurysdykcji jest traktat inwestycyjny, a także reguły Międzynarodowej Izby Handlowej (MIH). Należy także uwzględnić reguły Sztokholmskiej Izby Handlowej (SIH), ze względu na jej rosnące znaczenie w kontekście sporów na podstawie TKE.

Współcześnie widać jednak odwrót od wspomnianego paradygmatu. Państwa, często pod wpływem bieżących porażek w procesach z inwestorami zagranicznymi podejmują próby wykorzystania swoich uprawnień suwerennych dla ograniczenia wspomnianych zjawisk. Przejawia się to w kilku aspektach. Po pierwsze, widoczny jest odwrót od arbitrażu inwestycyjnego. Z jednej strony, państwa, takie jak np. Australia czy Kanada, rezygnują w ogóle z tego mechanizmu. Z drugiej strony, arbitraż inwestycyjny został niemal potępiony w ramach relacji między państwami członkowskimi UE. Wyrok TSUE w sprawie *Achmea* uruchomił falę, której ostateczny skutek nie jest znany. Być może ziści się założenie o konieczności powołania stałego sądu inwestycyjnego, promowanego przede wszystkim przez Komisję Europejską, który, tak jak klasyczne sądy stałe w prawie międzynarodowym, swój mandat, procedurę i legitymację czerpałby wyłącznie z woli państw. Równie prawdopodobne jest jednak odwołanie się do mniej szlachetnych sposobów ochrony inwestorów, takich jak naciski polityczne czy, w najlepszym razie, opieka dyplomatyczna. Po drugie, widoczne jest zwiększenie tolerancji dla poszerzania pola swobody regulacyjnej państwa. W zasadzie przyjmuje się, że każda regulacja jest dozwolona, o ile spełnia wymóg proporcjonalności, rozsądku i niedyskryminacji. Nawet gdy efektem tej regulacji byłby upadek danej inwestycji, poszkodowany inwestor obecnie nie mógłby liczyć na wsparcie w mechanizmie arbitrażu inwestycyjnego.

Podręcznik został podzielony na trzy zasadnicze Rozdziały. Rozdział I poświęcony jest instytucjom ogólnym międzynarodowego prawa inwestycyjnego, tj. jego zakresowi i relacjom do ogólnego prawa międzynarodowego publicznego, do prawa prywatnego międzynarodowego oraz do prawa krajowego; jego podmiotom, źródłom oraz definicji podstawowego pojęcia inwestycji. Rozdziały II, III i IV obejmują standardy traktowania, mogą być więc określone jako prawo materialne. Standardy traktowania stanowią specyficzną formę normowania zobowiązań państw, która odnosi się do cechy zachowania państwa, która może być zrealizowana w różny sposób. Pojęcie standardu powinno być na tyle szczegółowe, by możliwe było określenie na jego podstawie wzorca zachowania, a jednocześnie na tyle ogólne, by arbiter miał pole manewru przy stosowaniu traktatu do konkretnego przypadku faktycznego. Stąd też jego duża popularność w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, w którym zobowiązania państwa są kreowane właśnie elastycznie. Jednocześnie, w podręczniku zostały omówione tylko typowe standardy traktowania inwestycji i inwestorów, natomiast pominięto niektóre, niewątpliwie ciekawe, standardy pojawiające się incydentalnie, takie jak zakaz wymogów dotyczących

realizacji inwestycji, czy swoboda zatrudnienia personelu kluczowego. Należy zauważyć, że standardy wynikające z traktatów inwestycyjnych mają różny charakter. Z tego powodu wprowadzono podział na tzw. standardy zależne, tj. powiązane z zasadami traktowania innych inwestorów i inwestycji niż bezpośrednio uprawnieni; standardy obiektywne (absolutne), tj. podlegające interpretacji autonomicznej; oraz standardy pośrednie, które chronią przed naruszeniami innych zobowiązań prawnych. Do pierwszej kategorii, omówionej w Rozdziale II, należy zaliczyć klauzulę największego uprzywilejowania oraz klauzulę traktowania narodowego. Do drugiej, przedstawionej w Rozdziale III, traktowanie niedyskryminacyjne i niearbitralne, traktowanie bezstronne i słuszne, standard pełnej ochrony i bezpieczeństwa oraz swobodę transferów kapitałowych. Trzecia kategoria, której poświęcony jest Rozdział V, obejmuje tzw. klauzulę ramową oraz wyłączenie.

Rozdział V podręcznika omawia niezwykle istotną problematykę dochodzenia roszczeń w międzynarodowym prawie inwestycyjnym. Dość szczegółowo przedstawione zostały reguły odpowiedzialności międzynarodowej państw, obecne niekiedy mimochodem w praktyce arbitrażowej. Mniej uwagi poświęcono sporom międzypaństwowym, które współcześnie pełnią rolę ograniczoną w ochronie praw inwestorów zagranicznych, natomiast względnie dokładnie zaprezentowano reguły dotyczące sporów między inwestorem a państwem przyjmującym. Pomimo niewątpliwego rozpoczęcia ewolucji systemu rozwiązywania sporów inwestor-państwo, arbitraż inwestycyjny pozostaje mechanizmem dominującym.

Autor chciałby również wyrazić wdzięczność osobom, które wsparły go przy drugim wydaniu niniejszej książki. Na wstępie, chciałbym podziękować Paniom Natalii Goduła, Amelii Krajewskiej oraz Justynie Ziemińskiej, za pomoc przy gromadzeniu materiału oraz badaniach naukowych związanych z pisaniem. Ponadto, chciałbym podziękować moim rodzicom, Barbarze i Robertowi Jeżewskim oraz moim teściom, Annie i Waldemarowi Bąkom, za wsparcie i pomoc, bez której trudno byłoby ukończyć to przedsięwzięcie. Na końcu chciałbym podziękować mojej żonie, Joannie oraz moim córkom, Ani i Natalce, za ich bezwarunkową miłość i zrozumienie.