

Arbitraż inwestycyjny: Wpływ zastosowania przez sąd polubowny klauzuli największego uprzywilejowania (ang.: *most favoured nation clause* – klauzula MFN) w odniesieniu do kwestii jurysdykcyjnych i proceduralnych na możliwość podważenia wyroku sądu polubownego w postępowaniu postarbitrażowym

1. Wprowadzenie – istota umów międzynarodowych o ochronie inwestycji zagranicznych (ang. *Bilateral Investment Treaties* – umowy BIT)
 - (a) Materialnoprawne standardy ochrony inwestycji zagranicznych
 - (b) Procesowe standardy ochrony inwestycji zagranicznych: w przypadku naruszenia gwarancji dotyczących inwestycji możliwość skierowania przez inwestora sporu przeciwko państwu przyjmującemu do rozstrzygnięcia przez międzynarodowy trybunał arbitrażowy, z pominięciem sądów krajowych
2. Źródła jurysdykcji trybunału arbitrażowego na podstawie umów BIT oraz jej zakres
 - (a) Zawarta w umowie BIT oferta państwa poddania określonej kategorii sporów pod rozstrzygnięcie przez trybunał arbitrażowy
 - (b) Przyjęcie oferty przez inwestora
 - (c) Kwestia odwołania oferty przez państwo
 - (d) Zakres jurysdykcji trybunału arbitrażowego
3. Proceduralne wymogi skierowania sprawy do rozstrzygnięcia przez trybunał arbitrażowy
 - (a) Obowiązkowa próba polubownego rozstrzygnięcia sporu pomiędzy inwestorem a państwem
 - (b) Wymóg wyczerpania dostępnych środków krajowych
 - (c) Wymóg podjęcia próby rozwiązania sporu w postępowaniu przed organami krajowymi i kontynuowania tej próby przez odpowiednio długi okres
 - (d) Tzw. klauzula „*fork in the road*”
4. Wpływ klauzuli MFN na zakres jurysdykcji trybunału arbitrażowego
 - (a) Znaczenie klauzuli MFN: zobowiązanie państwa (strony umowy BIT) do zapewnienia inwestorom pochodzącym z państwa będącego drugą stroną umowy traktowania dokonanych przez nich inwestycji nie mniej korzystnego niż to, jakie dane państwo gwarantuje inwestorom pochodzącym z jakiegokolwiek innego kraju trzeciego (na podstawie umów BIT zawartych z tym państwem trzecim).
 - (b) Dopuszczalność stosowania klauzuli MFN w kwestiach jurysdykcyjnych i proceduralnych: dwie linie orzecznictwa trybunałów arbitrażowych:
 - (i) Ograniczenie zastosowania klauzuli MFN jedynie do materialnoprawnych standardów ochrony inwestycji (*Salini v. Jordanowi, Plama v. Bułgarii Telenor v. Węgrom*)

- (ii) Rozszerzające zastosowania klauzuli MFN również do innych kwestii (*Maffezini v. Hiszpanii*, *Siemens v. Argentynie*, *Gas Natural v. Argentynie*, *Suez Sociedad General de Aguas v. Argentynie*, *National Grid PLC v. Argentynie*)
 - (c) Nowa tendencja w orzecznictwie – rozszerzenie przedmiotowego zakresu kompetencji trybunału arbitrażowego poprzez szerokie rozumienie pojęcia „inwestycji” na gruncie umów BIT (*Abaclat v. Argentynie*, *Ambiente v. Argentynie*, *Deutsche Bank v. Sri Lance*)
6. Możliwość podważenia wyroku sądu polubownego w postępowaniu postarbitrażowym ze względu na rozszerzające zastosowanie klauzuli MFN
- (a) Dwa reżimy kontroli oraz uznawania (stwierdzania wykonalności) wyroków arbitrażowych wydanych w arbitrażu inwestycyjnym
 - (i) Reżim Konwencji waszyngtońskiej z 1965 r. w sprawie rozstrzygania sporów inwestycyjnych pomiędzy państwami a obywatelami i firmami innych państw (Konwencja ICSID)
 - (ii) Reżim wyznaczony przez *lex arbitri* oraz Konwencję nowojorską z 1958 r. o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych
 - (b) Podstawy zastosowania art. 1205 i n. KPC

Podstawowa literatura:

1. M. Świątkowski, „*Naruszenie przez państwo umowy z inwestorem zagranicznym w świetle traktatów inwestycyjnych*”, C.H. Beck 2009
2. M. Jeżewski, „*Międzynarodowe prawo inwestycyjne*”, C.H. Beck 2011
3. C. Dugan, D. Wallace, N. Rubins, B. Sabahi, „*Investor-State Arbitration*”, Oxford University Press 2011
4. L. Reed, J. Paulson, N. Blackaby, „*Guide to ICSID arbitration*”, Kluwer Law International 2004
5. R. Dolzer, C. Schreuer, „*Principles of International Investment Law*”, Oxford University Press
6. C. Schreuer, „*Consent to Arbitration*”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2 – issue 5, listopad 2005
7. J. Paulsson, „*Jurisdiction and Admissibility*”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 6 – issue 1, marzec 2009

Przykładowe wybrane postanowienia umowy międzynarodowej o ochronie inwestycji

UMOWA

między Rzeczpospolitą Polską i Królestwem Holandii o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji,

sporządzona w Warszawie dnia 7 września 1992 r.

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Definicja inwestycji:

a) pojęcie „inwestycje” oznacza wszelkie mienie, a w szczególności, ale nie wyłącznie:

- (i) ruchomości i nieruchomości, jak również inne prawa rzeczowe w odniesieniu do wszelkiego mienia;
- (ii) prawa z tytułu akcji, obligacji i innych form udziałów w spółkach i wspólnych przedsięwzięciach;
- (iii) roszczenia pieniężne, majątkowe i inne roszczenia do działalności mającej wartość gospodarczą;
- (iv) prawa w dziedzinie własności intelektualnej, procesów technologicznych, prawo do ochrony reputacji przedsiębiorstwa (goodwill) i know-how,
- (v) prawo do prowadzenia działalności gospodarczej, w tym prawo do poszukiwań, badań, wydobycia

i eksploatacji zasobów naturalnych uzyskane na mocy kontraktu, decyzji administracyjnych lub na mocy ustawodawstwa obowiązującego na terytorium Umawiającej się Strony, gdzie podejmowana jest taka działalność;

Definicja inwestora

b) pojęcie „inwestor” oznacza w odniesieniu do każdej Umawiającej się Strony:

- (i) osoby fizyczne posiadające obywatelstwo Umawiającej się Strony zgodnie z prawem tam obowiązującym,
 - (ii) osoby prawne utworzone na mocy prawa danej Umawiającej się Strony, nie naruszając postanowień poniższego ppkt (iii),
 - (iii) osoby prawne, bez względu na siedzibę, kontrolowane bezpośrednio lub pośrednio przez inwestorów danej Umawiającej się Strony;
-

Mechanizm rozwiązywania sporów inwestycyjnych

Artykuł 8

(1) Każdy spór między jedną Umawiającą się Stroną i inwestorem drugiej Umawiającej się Strony dotyczący skutków decyzji podjętej przez pierwszą Umawiającą się Stronę w odniesieniu do zasadniczych aspektów związanych z prowadzeniem działalności, takich jak decyzje, o których mowa w artykule 5 niniejszej umowy, lub transfer funduszy, o których mowa w artykule 4 niniejszej umowy, będzie, w granicach możliwości, rozstrzygany przez zainteresowane strony w drodze polubownej.

(2) Jeżeli takie spory nie mogą być rozstrzygnięte w ciągu sześciu miesięcy od daty, gdy jedna ze stron zwróciła się z wnioskiem o polubowne ich rozstrzygnięcie, dany spór zostanie przedłożony na wniosek inwestora trybunałowi arbitrażowemu. W takim przypadku będą miały zastosowanie „mutatis mutandis” postanowienia ustępów od 3 do 9 artykułu 12. Niezależnie od tego przewodniczący Instytutu Arbitrażowego Trybunału Arbitrażowego Izby Handlowej w Sztokholmie będzie poproszony o dokonanie niezbędnych nominacji.

(3) Jeżeli obydwie Umawiające się Strony zostaną stronami Konwencji z dnia 18 marca 1965 r. o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami drugich państw, wszystkie spory między Umawiającą się Stroną i inwestorem drugiej Umawiającej się Strony na mocy ustępu 1 niniejszego artykułu będą przedłożone do rozstrzygnięcia w drodze concyliacji lub arbitrażu Międzynarodowemu Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych.

Art. 12 ust. 3 – 9

(3) Trybunał arbitrażowy będzie utworzony w sposób, jak następuje: każda strona mianuje jednego arbitra, który z kolei wyznacza obywatela państwa trzeciego na przewodniczącego. Arbitrzy będą mianowani w ciągu trzech miesięcy, a przewodniczący w ciągu pięciu miesięcy od daty zawiadomienia przez jedną stronę drugiej strony o woli przedłożenia sporu trybunałowi arbitrażowemu.

(4) Jeżeli jedna ze stron nie zdoła mianować własnego arbitra i nie podjęła starań, by tego dokonać w oznaczonym terminie, druga strona ma prawo zwrócić się do Przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości o dokonanie niezbędnej nominacji. Jeżeli nadal obydwaj arbitrzy nie mogą osiągnąć porozumienia w oznaczonym terminie w sprawie wyboru trzeciego arbitra, każda ze stron ma prawo zwrócić się do Przewodniczącego Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości celem dokonania niezbędnej nominacji.

(5) Jeżeli w przypadkach przewidzianych w ustępie 4 niniejszego artykułu Przewodniczący Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości nie może dokonać wyboru, o którym mowa powyżej, lub jest obywatelem jednej z Umawiających się Stron, o dokonanie koniecznych nominacji będzie poproszony Wiceprzewodniczący. Jeżeli Wiceprzewodniczący również nie może dokonać takiego wyboru lub jest obywatelem jednej z Umawiających się Stron, to o dokonanie niezbędnych nominacji zostanie poproszony najstarszy rangą sędzią Trybunału, nie będący obywatelem żadnej z Umawiających się Stron.

(6) Trybunał będzie orzekał w oparciu o poszanowanie prawa, w szczególności w oparciu o niniejszą umowę oraz inne obowiązujące porozumienia istniejące między obu Umawiającymi się Stronami oraz zgodnie z powszechnie obowiązującymi normami i zasadami prawa międzynarodowego. Przed wydaniem orzeczenia trybunał może w każdym stadium postępowania zaproponować stronom, aby spór został rozstrzygnięty polubownie. Powyższe postanowienia nie będą naruszać uprawnień trybunału do rozstrzygnięcia sporu odbywającego się według zasad słuszności i sprawiedliwości ex equo et bono, jeżeli strony na to wyrażą zgodę.

(7) Jeżeli strony nie uzgodnią inaczej, to trybunał ustali własny tryb postępowania.

(8) Trybunał wyda wyrok większością głosów. Wyrok będzie ostateczny i wiążący obie strony.

(9) Każda strona ponosi koszty mianowanego przez siebie arbitra, jak również koszty jej reprezentacji. Koszt przewodniczącego, jak również inne koszty ponoszone są przez obydwie strony po połowie.
