Łukasz Kułaga

W kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowych porozumień inwestycyjnych

Łukasz Kułaga

Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, starszy ekspert w Departamencie Prawno-Traktatowym MSZ.

Towards a Change in Paradigm of International Investment Agreements

The article addresses the problem of profound changes in international investment law that currently occur. One-sided development of this branch of international law has met considerable criticism from non-governmental organizations and numerous academic writers. Initiated reforms, discussed in the article, cover the relate to right to regulate, and changes in the substantive as well as procedural rights of investors with particular focus on correcting deficiencies of the ad-hoc arbitration mechanism. Conclusions indicate that the process of change that we witness can be considered as gradual recalibration of the paradigm of international investment agreements, which sets out to embody, to greater extent than before, values such as protection of human rights or environment.

1. Wprowadzenie

Międzynarodowe prawo inwestycyjne powstało w celu ochrony inwestorów zagranicznych przed arbitralnymi, niesprawiedliwymi czy nacjonalistycznymi działaniami ze strony państw przyjmujących inwestycje. W 1959 r. Republika Federalna Niemiec zawarła z Pakistanem pierwszy traktat o ochronie i popieraniu inwestycji, inicjując tym samym powszechną praktykę zawierania dwustronnych traktatów inwestycyjnych (tzw. BIT-ów; ang. *bilateral investment treaties*)[1]. Praktyka ta upowszechniła się na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych XX wie-

1 Z okresu wcześniejszego warto odnotować praktykę zawierania przez Stany Zjednoczone dwustronnych umów o przyjaźni, handlu i żegludze sięgającą końca XVIII wieku. Ostatnie umowy tego rodzaju Stany Zjednoczone zawarły w latach 60. XX wieku; zob. A. Paulus, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation* (w:) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, wydanie internetowe, § 4.

ku[2], a pełna uniwersalizacja takiej formuły ochrony inwestycji nastąpiła w ostatniej dekadzie XX wieku. W tym ostatnim okresie zdarzały się lata, w których państwa zawierały po pięć tego rodzaju traktatów miesięcznie[3]. Ten intensywny proces wiązał się z faktem podkreślania znaczenia BIT-ów dla pozyskania koniecznego do rozwoju gospodarczego kapitału inwestycyjnego, którego deficytu szczególnie doświadczały państwa rozwijające się oraz państwa należące do byłego bloku wschodniego. Instytucje międzynarodowe, takie jak Bank Światowy czy Międzynarodowy Fundusz Walutowy, wskazywały, że zawieranie umów inwestycyjnych jest nieodzowne dla szybkiego postępu[4]. Współcześnie łączna liczba międzynarodowych porozumień inwestycyjnych (MPI) obejmujących BIT-y, porozumienia ustanawiające strefy wolnego handlu (tzw. FTA od ang. *Free Trade Area*) zawierające rozdział dotyczący inwestycji oraz innego rodzaju porozumienia, jest szacowana na ponad 3200[5].

MPI przez wiele lat były formułowane w lakoniczny sposób – treść porozumienia częstokroć nie przekraczała 10 stron. Mimo dwustronnej formuły traktaty te były zazwyczaj do siebie bardzo podobne i w większości przypadków zawierały te same podstawowe standardy ochrony inwestora. Na postanowienia materialne MPI składają się: traktowanie narodowe, klauzula najwyższego uprzywilejowania (KNU), ochrona i bezpieczeństwo, traktowanie sprawiedliwe i słuszne, ochrona przed wywłaszczeniem, prawo do transferu kapitału oraz klauzula ramowa. Większość z wymienionych standardów występuje w niemal w każdym MPI, aczkolwiek szczegółowy sposób ich regulacji może się różnić w zależności od porozumienia. Podstawowym środkiem ochrony uprawnień przewidzianych w MPI było prawo inwestora zagranicznego do wniesienia skargi przeciwko państwu przyjmującemu do międzynarodowego trybunału arbitrażowego, zazwyczaj bez konieczności wyczerpania drogi krajowej[6].

Co znaczące, przez długi czas postanowienia traktatów inwestycyjnych nie budziły zasadniczych kontrowersji. Szereg państw rozwiniętych przyjmowało tzw. traktaty modelowe, które z dużym sukcesem udawało się im przeforsowywać w trakcie negocjacji z państwami rozwijającymi się. Ocena dwustronnych traktatów inwestycyjnych zaczęła się zmieniać na przełomie XX i XXI wieku, kiedy to inwestorzy na ich podstawie zaczęli na szeroką

2 W latach 1959–1989 zawarto 386 BIT-ów, K.J. Vandevelde, *A Brief History of International Investment Agreements*, „U.C. Davis Journal of International Law & Policy" 2005, vol. 12, s. 172.

3 Szacuje się, że w latach 90. XX wieku zawarto około 1600 BIT-ów i innych porozumień inwestycyjnych, *Traidcraft, International Investment Agreements Under Scrutiny*, 2015, s. 10, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/03/IIAs-report-Feb-2015-2.pdf.

4 Stanowiło to konsekwencję upowszechnienia się tzw. konsensusu waszyngtońskiego – koncepcji wypracowanej przez Bank Światowy i Międzynarodowy Fundusz Walutowy jako reakcja na kryzys strukturalny i zadłużenie w Ameryce Łacińskiej. „Jego główne zasady dotyczyły utrzymania dyscypliny budżetowej, obniżania stóp podatkowych przy rozszerzaniu bazy podatkowej, liberalizacji polityki kredytowej i przepływów kapitałowych, wolnego handlu, prywatyzacji majątku państwowego, deregulacji, znoszenia barier dla przedsiębiorstw, poszanowania gwarancji dla prawa własności oraz stabilizacji kursów walutowych", zob. A. Zawojska, *Liberalizm, neoliberalizm, wolność ekonomiczna i polityczna a rozwój gospodarczy kraju*, „Zeszyty Naukowe SGGW" 2006, s. 9. Odmiennie współcześnie podkreśla się, że traktaty inwestycyjne nie mają zasadniczego wpływu na przepływ inwestycji, a co za tym idzie rozwój gospodarczy państwa przyjmującego, zob. UNCTAD, *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Genewa–Nowy Jork 2015, s. 159.

5 UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, Genewa–Nowy Jork 2015, s. 106.

6 Wynika to z faktu interpretowania przez trybunały arbitrażowe oraz doktrynę postanowień BIT-ów jako stanowiących dorozumianą formułę zrzeczenia się wymogu wyczerpania drogi krajowej; zob. np. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford 2012, s. 716; C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge 2005, s. 260–263; dodatkowym argumentem na rzecz braku konieczności wyczerpania drogi krajowej jest stosunkowo powszechna sytuacja rozwiązywania sporów inwestycyjnych na podstawie Konwencji z dnia 18 marca 1965 r. w sprawie rozstrzygania sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami drugich państw, która w art. 26 zawiera wyraźne wyłączenie wymogu wyczerpania środków krajowych.

skalę wszczynać postępowanie arbitrażowe przeciwko państwom[7].

W rezultacie tej aktywności pojawiło się obszerne orzecznictwo, które wypracowało wykładnię standardów traktowania inwestycji, nierzadko zaskakującą dla państw przyjmujących inwestycję i nieprzewidzianą zazwyczaj w trakcie negocjacji MPI. Dotyczyło to w szczególności zakresu klauzuli ramowej, możliwości powoływania klauzuli najwyższego uprzywilejowania w odniesieniu do proceduralnych postanowień MPI, treści traktowania sprawiedliwego i słusznego oraz zakresu koncepcji wywłaszczenia pośredniego. Równocześnie brak mechanizmu apelacyjnego gwarantującego większą spójność sentencji arbitrażowych spowodował powstanie trendów w orzecznictwie dotyczących interpretacji podstawowych standardów traktowania. Oznacza to, że zasadnicza większość z nich, tak w odniesieniu do treści, jak i zakresu, jest rozumiana w orzecznictwie przynajmniej dwojako, przy czym każde z tego rodzaju stanowisk znalazło poparcie szeregu trybunałów arbitrażowych[8]. Kontrowersyjna okazała się również wykładnia MPI dopuszczająca możliwość kwestionowania przez inwestorów krajowych środków niedyskryminacyjnych o charakterze regulacyjnym. Wskazuje się na przypadki swoistych gróźb wniesienia skargi na podstawie BIT-ów do trybunałów arbitrażowych ze strony inwestorów zagranicznych w przypadku uchwalenia przez państwa określonych aktów prawnych[9]. To zjawisko było dostrzegalne również w Polsce w trakcie konsultacji dotyczących reformy funkcjonowania otwartych funduszy emerytalnych w 2012 r.[10], czy w kontekście dyskusji nad wprowadzeniem możliwości przewalutowania kredytów frankowych w 2015 r.[11]

Przedstawione procesy implikują znaczącą krytykę międzynarodowego prawa inwestycyjnego ze strony organizacji pozarządowych oraz doktryny prawa międzynarodowego[12]. Znajduje to odzwierciedlenie również w znacząco odmiennym podejściu państw i organizacji międzynarodowych[13] do formułowania postanowień MPI.

Według UNCTAD od 2012 r. przynajmniej 60 krajów przygotowało nowy model porozumienia inwestycyjnego lub jest w trakcie jego przygotowywania[14]. Analiza zawieranych w ostatnich latach po-

7 Przez długi okres mechanizm rozstrzygania sporów zawarty w BIT-ach nie był wykorzystywany. Podczas gdy w latach 1965–1989 odnotowano tylko jedną tego rodzaju skargę, to już w latach 1990–2007 było ich 291, a w latach 2008–2015 aż 361, zob. UNCTAD, *World Investment Report 2015…*, dz. cyt., s. 121.

8 Zob. np. orzecznictwo dotyczące klauzuli ramowej, rozumienia traktowania sprawiedliwego i słusznego, czy możliwości zastosowania KNU do postanowień proceduralnych BIT-ów. Szerzej na ten temat w części dotyczącej postanowień materialnych MPI.

9 P. Eberhardt, *Investment Protection at a Crossroads – The TTIP and the Future of International Investment Law*, Friedrich Ebert Stiftung, 2014, s. 8.

10 E. Ivanova, *Zmiany w OFE narażają Polskę na milionowe odszkodowania*, „Dziennik Gazeta Prawna", 2 lipca 2013 r.

11 M. Bednarek, A. Rozwadowska, *Zagranica grozi pozwami*, „Gazeta Wyborcza", 26 sierpnia 2015 r., s. 18.

12 Zob. na ten temat Ł. Kułaga, *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny z perspektywy zasady rządów prawa* (w:) C. Mik (red.), *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014, s. 202–220. Niekiedy sprzeciw państw rozwijających się w odniesieniu do ewentualnych roszczeń arbitrażowych przybiera niefrasobliwe formuły. Przykładowo w kwietniu 2007 r. Nikaragua stworzyła międzyinstytucjonalną komisję dla obrony nikaraguańskiego państwa przed sporami inwestycyjnymi; zob. szerzej K.F. Gómez, *Latin America and ICSID: David versus Goliath*?, 2010, publikacja dostępna na stronie http://ssrn.com/.

13 Z tego względu Unia Europejska, która w Traktacie z Lizbony z 2009 r. uzyskała kompetencję wyłączną w zakresie bezpośrednich inwestycji zagranicznych, niedawno zaproponowała „ścieżkę dla reformy" międzynarodowego prawa inwestycyjnego; zob. Concept Paper: *Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, European Commission, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF; szerzej nt. podstaw prawnych i zakresu zaangażowania UE w międzynarodowe prawo inwestycyjne zob. C. Mik, *Unia Europejska wobec międzynarodowego prawa inwestycyjnego* (w:) A. Tarwacka (red.), *IURA ET NEGOTIA Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji UKSW w Warszawie*, Warszawa 2015, s. 183–214.

14 UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform*, March 2016, s. 5; raport dostępny na stronie: www.unctad.org.

rozumień inwestycyjnych pozwala wyodrębnić trzy podstawowe obszary, w których można dostrzec nowe istotne tendencje regulacyjne. Należą do nich ochrona uprawnień regulacyjnych państw, zmiany dotyczące formułowania materialnych standardów traktowania oraz nowe rozwiązania dotyczące procedury rozstrzygania sporów.

> **Widać znaczącą krytykę międzynarodowego prawa inwestycyjnego ze strony organizacji pozarządowych oraz doktryny prawa międzynarodowego.**

2. Ochrona uprawnień regulacyjnych państw

Nowe rozwiązania w zakresie postanowień MPI dotyczących uprawnień państw można podzielić na dotyczące prawa do regulacji oraz określające wyłączenia obowiązywania standardów ochrony inwestora w niektórych sytuacjach.

2.1. Prawo do regulacji

Większość obowiązujących MPI nie zawiera postanowień dotyczących prawa państw do regulacji. Podkreśla się, że to milczenie przez długi czas sprzyjało stosowaniu nazbyt przychylnej dla inwestorów interpretacji tych traktatów. Umożliwiła ona kwestionowanie środków krajowych, które miały charakter generalny i niedyskryminacyjny, jeżeli w jakimś stopniu ograniczały działalność inwestora zagranicznego[15]. Trybunały arbitrażowe funkcjonujące na podstawie traktatów inwestycyjnych zajmowały się (lub zajmują) m.in. zakresem możliwości działań legislacyjnych państwa w celu zwalczania kryzysu gospodarczego[16], ograniczeniami w zakresie obrotu substancjami szkodliwymi[17], ochroną dóbr kulturalnych[18], decyzjami dotyczącymi korzystania z elektrowni atomowych[19], zakresem realizacji polityki niedyskryminacji rasowej[20]

15 W sprawie *Occidental* trybunał stwierdził, że środki regulacyjne, które naruszają wartość inwestycji, stanowią wywłaszczenie pośrednie, *Occidental Exploration and Production Co. przeciwko Ekwadorowi*, wyrok z dnia 1 lipca 2004 r., § 85 i 92; zob. również rozstrzygnięcie *Metalclad Corporation przeciwko Meksykowi*, wyrok z dnia 30 sierpnia 2000 r., § 103 i 111; odmiennie trybunał w sprawie *Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z dnia 3 sierpnia 2005 r., § 278.

16 *Azurix Corp przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 23 czerwca 2006 r.; *BG Group plc przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 24 grudnia 2007 r., *CMS Gas Transmission Company przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 12 maja 2005 r.; *Compañía de Aguas del Aconquija SA oraz Vivendi Universal SA przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 20 sierpnia 2007 r.; *Continental Casualty Company przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 5 września 2008 r.; *LG&E Energy Corp and ors przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 3 października 2006 r.; *National Grid PLC przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 3 listopada 2008 r.; *Pan American Energy LLC oraz BP Argentina Exploration Company przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 27 lipca 2006 r.; *Sempra Energy International przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 18 września 2007 r.; *Total S.A. przeciwko Argentynie*, wyrok z dnia 27 grudnia 2010 r.

17 *Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z dnia 3 sierpnia 2005 r.

18 *Glamis Gold Ltd przeciwko Stanom Zjednoczonym*, wyrok z dnia 14 maja 2009 r.

19 *Vattenfall AB i inni przeciwko RFN*, ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), no. ARB/12/12, sprawa jeszcze nierozstrzygnięta.

20 *Piero Foresti, Laura de Carli & Others przeciwko Republice Południowej Afryki, ICSID* No. ARB(AF)/07/01.

czy polityką ograniczania palenia papierosów[21]. W rezultacie międzynarodowe prawo inwestycyjne za pośrednictwem ogólnych standardów traktowania w coraz większym stopniu penetruje rozwiązania krajowe o charakterze niedyskryminacyjnym, również te niedotyczące *stricte* działalności gospodarczej, poddając je ocenie przede wszystkim z perspektywy ochrony inwestora i inwestycji stanowiących nadrzędny cel BIT-ów. Tym samym traktaty inwestycyjne mogą w daleko idący sposób ograniczać przestrzeń regulacyjną państw.

Międzynarodowe prawo inwestycyjne za pośrednictwem ogólnych standardów traktowania w coraz większym stopniu penetruje rozwiązania krajowe o charakterze niedyskryminacyjnym, również te niedotyczące *stricte* działalności gospodarczej.

Podkreśla się w tym kontekście, że brak odniesienia do prawa do regulacji w BIT-ach nie oznaczał wyłączenia kompetencji państwa w tym zakresie, ponieważ ta wynikała z powszechnego prawa międzynarodowego (tzw. kompetencje zastrzeżone/wewnętrzne), zgodnie z którym BIT-y powinny być interpretowane[22]. Przypomniało o tym Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego w swojej rezolucji z 2013 r., wskazując na „konieczność zapewnienia zrównoważonej ochrony zaangażowanych stron, gwarantując rzetelną ochronę uprawnień inwestorów oraz uprawnień państw do realizacji w niedyskryminacyjny sposób ich celów publicznych oraz regulacyjnych"[23]. Podobnie specjalny sprawozdawca sekretarza generalnego ONZ ds. praw człowieka i korporacji transnarodowych wskazuje, że „poziom ochrony inwestorów uległ znacznemu zwiększeniu, w niewielkim stopniu uwzględniając ogólne obowiązki państwa do ochrony (…). W rezultacie państwo przyjmujące może mieć duże trudności ze wzmocnieniem standardów w zakresie środowiska czy kwestii socjalnych, w tym tych dotyczących praw człowieka, bez obaw o postawienie zarzutów przez inwestora przy użyciu wiążącego arbitrażu inwestycyjnego (…) Podczas okresu trwania inwestycji nawet zmiany regulacyjne w zakresie

21 *FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. przeciwko Urugwajowi*, ICSID No. ARB/10/7, sprawa jeszcze nierozstrzygnięta. Analogiczna sprawa przeciwko Australii była również przedmiotem postępowania arbitrażowego – *Philip Morris Asia Limited przeciwko Australii*. W rozstrzygnięciu z dnia 18 grudnia 2015 r. trybunał uznał brak swojej jurysdykcji (wyrok niepublikowany), zob. *Australia wins international legal battle with Philip Morris over plain packaging*, http://www.theguardian.com/australia-news/2015/dec/18/australia-wins-international-legal-battle-with-philip-morris-over-plain-packaging; zob. również Ł. Gruszczyński, Ł. Nowak, *Jednolite opakowania wyrobów tytoniowych a międzynarodowe prawo inwestycyjne: Uwagi w kontekście sporu Philip Morris Asia Limited v. Australia*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2015, s. 99–122.

22 S.A. Spears, *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, „Journal of International Economic Law" 2010, vol. 13, no. 4, s. 1046.

23 Institut de Droit International, *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, Session de Tokyo – 2013, s. 1.

środowiska czy kwestii socjalnych, które w takim samym stopniu są stosowane do krajowych przedsiębiorstw, mogą być przedmiotem roszczenia inwestora zagranicznego domagającego się wyłączenia lub odszkodowania”[24].

Jednym z pierwszych traktatów zawierających postanowienie dotyczące prawa do regulacji w kontekście ochrony inwestycji zagranicznych było Kompleksowe Porozumienie o Współpracy Gospodarczej pomiędzy Indiami a Singapurem z dnia 29 czerwca 2005 r., w którym w rozdziale dotyczącym inwestycji stwierdza się, że:

> „Nic w tym rozdziale nie powinno być rozumiane jako uniemożliwiające: (a) Stronie lub jej organom regulacyjnym przyjmowania, utrzymywania lub egzekwowania jakichkolwiek niedyskryminacyjnych środków; (b) organom sądowym Strony przyjmowania jakichkolwiek środków; spójnych z tym rozdziałem, tj. w interesie publicznym, włączając w to środki odpowiadające na problemy ochrony zdrowia, bezpieczeństwa oraz środowiska” (art. 10.6).

Współcześnie regulację tego rodzaju można odnaleźć w niektórych projektach BIT-ów[25], rozdziałach inwestycyjnych FTA oraz w tzw. umowach międzyregionalnych[26]. Równocześnie niekiedy odwołanie

24 J. Ruggie, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5, 2008, § 34–35, (http://www.mitpressjournals.org/doi/pdfplus/10.1162/itgg.2008.3.2.189). Problem ten dostrzegalny jest również w kontekście klauzul stabilizacyjnych zawieranych w kontraktach pomiędzy państwem a inwestorem: „oczywiste jest, że w wielu przypadkach klauzule stabilizacyjne są w rzeczywistości konstruowane w ten sposób, że mogą one pozwalać inwestorowi unikania przestrzegania lub dochodzenia odszkodowania za przestrzeganie praw, które zostały ustanowione dla promowania realizacji celów środowiskowych, socjalnych, czy w zakresie praw człowieka. (…) możliwe jest dalsze wnioskowanie, że niektóre klauzule stabilizacyjne we współczesnych kontraktach mogą negatywnie wpływać na realizację przez państwo przyjmujące jego zobowiązań dotyczących praw człowieka”. A. Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights: A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, IFC/SRSG Research Paper, 11.03.2008, § 146, http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf.

25 Modelowy BIT Norwegii z 2007 r.: „Nic w niniejszym porozumieniu nie powinno być rozumiane jako uniemożliwiające Stronie przyjmowanie, utrzymywanie oraz egzekwowanie jakichkolwiek środków, w innym wypadku zgodnych z tym porozumieniem, które uważa ona za odpowiednie do zapewnienia, że działalność inwestycyjna jest podejmowana w sposób uwzględniający kwestię zdrowia, bezpieczeństwa i środowiska” (art. 12)”; projekt dostępny na stronie: http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf; w komentarzu wskazano: „The provision signals that the parties have national regulatory needs associated with health, environment and safety that are legitimate and must be respected. It does not give the state the right to derogate from the protection provisions of the agreement (…)”. Warto odnotować, że Norwegia nie zawarła żadnego traktatu na podstawie tego modelu. W 2015 r. Norwegia opublikowała nową wersję swojego modelowego traktatu również zawierającą prawo do regulacji. W odpowiednim przepisie rozszerzono numeratywny wykaz wartości o prawa człowieka, prawa pracownicze oraz zarządzanie zasobami; projekt dostępny na stronie: https://www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf.

26 Artykuł 9.15 Traktatu o Transpacyficznym Partnerstwie Handlowym (dalej: TPP), podpisanego w styczniu 2016 r. przez 12 państw (Brunei, Chile, Nową Zelandię, Singapur, Australię, Kanadę, Japonię, Malezję, Meksyk, Peru, Stany Zjednoczone i Wietnam): „Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives”. Art. 2 projektu rozdziału inwestycyjnego umowy o transatlantyckim partnerstwie w dziedzinie handlu i inwestycji pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską (dalej: TTIP) zaproponowany przez Komisję Europejską określa: „1. The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment

do prawa do regulacji pojawia się również w preambułach traktatów[27]. Szczególną rolę w procesie promowania tego rodzaju postanowień odgrywa Unia Europejska (UE), która wprowadziła je do większości umów obejmujących ochronę inwestycji zagranicznych, które dotychczas wynegocjowała[28].

Wśród najczęściej wymienianych interesów publicznych, które mają być przedmiotem prawa do regulacji, wymienia się zazwyczaj zdrowie publiczne, środowisko, prawa człowieka i prawa pracownicze, moralność publiczną oraz ochronę socjalną i konsumenta. Wyraźnie przy tym dostrzegalna jest tendencja do wymieniania większej liczby tych wartości w traktatach negocjowanych i zawieranych przez państwa europejskie.

2.2. Wyłączenia obowiązywania standardów ochrony inwestora

Kontrowersje dotyczące braku w traktatach inwestycyjnych postanowień pozwalających w określonych sytuacjach na nieprzyznawanie uprawnień traktatowych inwestorom wiążą się przede wszystkim z dwiema kwestiami. Po pierwsze, szereg rozstrzygnięć arbitrażowych przeciwko Argentynie w związku ze stratami, jakie ponieśli inwestorzy w konsekwencji jej kryzysu finansowego, pokazało, że państwa w tego typu przypadkach mają stosunkowo ograniczone możliwości do obrony swoich działań na gruncie międzynarodowego prawa zwyczajowego. W szczególności stan wyższej konieczności, tak jak został ujęty w artykułach Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw z 2001 r., okazał się niezwykle trudny do skutecznego powołania w kontekście kryzysu gospodarczego[29]. Po drugie, dostrzegalna jest nierównowaga pomiędzy prawem Światowej Organizacji Handlu (WTO) a międzynarodowym prawem inwestycyjnym, na korzyść tego pierwszego, w zakresie możliwości obrony swoich środków regulacyjnych przez państwa. W szczególności większość traktatów inwestycyjnych nie zawierała odpowiednika obowiązującego w ramach prawa WTO postanowienia art. XX Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu (GATT) ustanawiającego ogólne wyjątki[30].

Jednym z pierwszych państw, które zaproponowało przeniesienie rozwiązań z prawa WTO w tym zakresie do traktatów inwestycyjnych, była Kanada. W modelowym traktacie inwestycyjnym z 2004 r. Kanada zawarła postanowienie pozwalające na ustanawianie przez państwo środków w celu ochrony życia i zdrowia ludzi, zwierząt i roślin, zapewniających przestrzeganie aktów prawnych, które nie są sprzeczne z traktatem, oraz zmierzających do ochrony ożywionych i nieożywionych wyczerpywalnych

or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity. 2. For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor's expectations of profits".

27 Porozumienie o współpracy gospodarczej pomiędzy Nową Zelandią a Tajwanem z dnia 10 lipca 2013 r. („*Recognising their right to regulate, and to introduce new regulations on the supply of goods, services and investment in order to meet government policy objectives*"); zob. również FTA pomiędzy Kolumbią a państwami EFTA z dnia 25 listopada 2008 r.; modelowy BIT Wspólnoty Rozwoju Południowej Afryki (dalej: SADC) z 2012 r. Co znaczące, według UNCTAD do 2011 r. regulacja tego rodzaju praktycznie nie pojawiała się w MPI, natomiast od 2012 r. można odnotować tego rodzaju postanowienia w przynajmniej 10% zawieranych porozumień, zob. UNCTAD, *Policy options for IIA reform: treaty examples and data Supplementary material to World Investment Report 2015*, s. 3.

28 W projekcie Kompleksowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą (dalej: CETA) postanowienia tego rodzaju można odnaleźć w rozdziałach „Handel i praca" oraz „Handel i środowisko"; w FTA z Wietnamem – w art. 13b rozdziału II. Postanowienia dotyczącego prawa do regulacji nie ma jednak w FTA z Singapurem.

29 A.O. Sykes, *Economic „Necessity" in International Law*, „The American Journal of International Law" (dalej: AJIL) 2015, vol. 109, no. 2, s. 296–323 i cytowane tam orzecznictwo arbitrażowe; A. van Aaken, *On the Necessity of Necessity Measures: A Response to Alan O. Sykes*, AJIL 2015, vol. 109, no. 2, s. 181–186.

30 Podobne wyjątki występują również w zakresie handlu usługami, określone w art. XIV Układu Ogólnego w sprawie Handlu Usługami (GATS) oraz w art. 27 ust. 2 i 3 Porozumienia w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (TRIPS).

zasobów naturalnych[31]. Zgodnie z prawem WTO na postanowienia te składają się dwa elementy: klauzula generalna oraz wyliczenie chronionych wartości. Pierwszy element zakłada, że środki przyjęte przez państwo nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego, ani stanowić działań o charakterze arbitralnym[32]. W praktyce niekiedy jednak stosowana jest tylko przesłanka niedyskryminacyjna[33] lub dodatkowo przesłanka ukrytych ograniczeń dla inwestycji[34].

Stany Zjednoczone przyjęły natomiast rozwiązanie zakładające, że wyjątek dla niedyskryminacyjnych działań o charakterze regulacyjnym znalazł się w postanowieniu zakazującym nakładanie przez strony na inwestorów określonych wymogów do realizacji (ang. *performance requirements*)[35]. Natomiast w FTA UE–Singapur postanowienie tego rodzaju zostało sformułowane jako wyjątek od standardu traktowania narodowego[36].

Wstępnie wydaje się, że z perspektywy ochrony interesów państwa skuteczniejszym środkiem do obrony działań regulacyjnych przed zarzutem naruszenia standardów ochrony inwestora będzie mechanizm wyłączenia, aniżeli ogólna klauzula potwierdzająca prawo do regulacji. Równocześnie jednak należy pamiętać, że analogicznie do odpowiednich postanowień prawa WTO mechanizm ten pozwala na ochronę regulacji realizujących określone wartości tylko wtedy, jeżeli *chapeau* tego postanowienia nie zostało naruszone. Kluczowe zatem jest, czy państwa będą w stanie tak konstruować odpowiednie akty prawne, aby nie tylko chroniły one konkretne wartości, ale również spełniały wymóg niedyskryminacji czy braku arbitralności. Równocześnie upowszechnienie tego rodzaju postanowień w MPI z dużym prawdopodobieństwem może skutkować zwiększonym wykorzystywaniem dorobku organu rozstrzygania sporów WTO w arbitrażu inwestycyjnym[37]. Wydaje się, że postanowienie dotyczące prawa do regulacji może służyć jako środek równoważenia zobowiązań państw względem inwestorów w stosunku do uprawnień regulacyjnych państwa, tym samym podwyższając standard dowodu, który musi być wykazany przez inwestora w celu stwierdzenia naruszenia przysługujących mu na podstawie MPI uprawnień.

3. Zmiany dotyczące formułowania materialnych standardów traktowania

Zmiany dotyczące formułowania materialnych standardów traktowania inwestycji lub inwestorów zmierzają przede wszystkim do doprecyzowania ich zakresu przedmiotowego. Stanowi to odpowiedź państw na szeroką, a zarazem niekiedy niespójną interpretację tych standardów przez trybunały arbitrażowe, w wielu przypadkach nieprzewidzianą przez państwa w trakcie negocjowania tych traktatów.

W tym zakresie warto przedstawić przede wszystkim zmiany dotyczące regulowania traktowania sprawiedliwego i słusznego, i minimalnego standardu traktowania, wywłaszczenia pośredniego, klauzuli ramowej oraz klauzuli najwyższego uprzywilejowania.

3.1. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne oraz minimalny standard traktowania

Minimalny standard traktowania oraz traktowanie sprawiedliwe i słuszne znajdują się w centrum szeregu powiązanych ze sobą standardów typowych dla MPI. Naruszenie traktowania sprawiedliwego

31 Tak art. 10 modelowego BIT-u Kanady (http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf).

32 Tak np. art. 21 porozumienia inwestycyjnego pomiędzy państwami ASEAN a Indiami z dnia 12 listopada 2014 r.

33 Tak np.: art. 32 modelowego BIT-u Indii z 2015 r.; art. 5 BIT-u pomiędzy Turcją a Kamerunem z 24 kwietnia 2012 r.

34 Tak np.: art. 18 BIT-u pomiędzy Japonią a Mozambikiem z dnia 2 czerwca 2013 r.; art. 12.18 FTA pomiędzy Australią a Malezją z dnia 22 maja 2012 r.; art 71 porozumienia o ściślejszym partnerstwie gospodarczym pomiędzy Nową Zelandią a Singapurem z dnia 14 stycznia 2000 r.; art 24 norweskiego modelowego BIT-u z 2007 r.; art. 13 BIT-u pomiędzy Japonią a Iranem z dnia 5 lutego 2016 r.; art. 17 i 18 Całościowego Porozumienia Inwestycyjnego ASEAN 2009.

35 Zob. modelowy BIT Stanów Zjednoczonych z 2004 r. oraz z 2012 r., dostępny na stronie www.state.gov.

36 Art. 9.3 ust. 3; traktat nie został jeszcze podpisany, obecnie jest przedmiotem opiniowania przez Trybunał Sprawiedliwości UE, sprawa A-2/15.

37 S.W. Schill, *Editorial: US versus EU Leadership in Global Investment Governance,* „The Journal of World Investment & Trade" 2016, vol. 17, s. 1–6.

Zmiany dotyczące formułowania materialnych standardów traktowania inwestycji stanowią odpowiedź państw na szeroką, a zarazem niekiedy niespójną interpretację tych standardów przez trybunały arbitrażowe.

i słusznego należy do najczęściej podnoszonych przez inwestorów zagranicznych roszczeń w postępowaniu arbitrażowym. Równocześnie zakres zobowiązań wynikających ze standardu traktowania sprawiedliwego i słusznego oraz jego związek z minimalnym standardem traktowania są przedmiotem znaczących kontrowersji zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie[38]. Z tego względu państwa podejmują działania mające na celu określenie w sposób wyraźny zakresu przedmiotowego tych norm.

Pierwszym przykładem tego rodzaju działań była decyzja komisji ds. wolnego handlu działającej na podstawie porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu (NAFTA). W odpowiedzi na szeroką interpretację klauzuli traktowania sprawiedliwego i słusznego przez trybunał w sprawie *Pope&Talbot*[39] oraz wcześniejsze orzecznictwo na podstawie NAFTA[40] Komisja wydała notę interpretacyjną wskazującą, jak należy rozumieć postanowienie, o którym mowa[41]. Stanowisko zawarte w nocie zostało wykorzystane przez Stany Zjednoczone do zdefiniowania minimalnego standardu traktowania w modelowym traktacie inwestycyjnym z 2004 r.[42], a następnie powtórzone w wielu innych porozumieniach[43]. Niedawno podejście to zostało odzwierciedlone w zawartym w lutym 2016 r. porozu-

38 Zob. szerzej Ł. Kułaga, *Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a minimalny standard traktowania w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*, Warszawa 2016.

39 *Pope & Talbot Inc. przeciwko Kanadzie*, wyrok z dnia 10 kwietnia 2001 r.

40 *S.D. Myers, Inc. przeciwko Kanadzie*, wyrok z dnia 13 listopada 2000 r.

41 „Minimalny standard traktowania zgodnie z prawem międzynarodowym. Artykuł 1105 ust. 1 nakazuje, aby zwyczajowy prawnomiędzynarodowy standard minimalny traktowania cudzoziemców został przyznany inwestycjom inwestorów innej Strony, jako minimalny standard traktowania. Pojęcia »sprawiedliwe i słuszne traktowanie« oraz »pełna ochrona i bezpieczeństwo« nie wymagają traktowania dodatkowego lub ponad to co jest wymagane przez zwyczajowy prawnomiędzynarodowy minimalny standard traktowania cudzoziemców".

42 „Artykuł 5: Międzynarodowy standard minimalny. 1. Każda Strona przyzna objętym inwestycjom traktowanie zgodne z międzynarodowym prawem zwyczajowym, w tym traktowanie sprawiedliwe i słuszne oraz pełną ochronę i bezpieczeństwo. 2. Dla większej pewności ust. 1 określa zwyczajowy prawnomiędzynarodowy standard minimalny traktowania cudzoziemców jako standard traktowania minimalnego, który ma być przyznany objętym inwestycjom. Pojęcia »traktowanie sprawiedliwe i słuszne« oraz »pełna ochrona i bezpieczeństwo« nie wymagają traktowania dodatkowego lub ponad to, co jest wymagane przez ten standard i nie tworzą żadnych dodatkowych uprawnień materialnych. Zobowiązanie określone w ust. 1 zapewniające: (a) »traktowanie sprawiedliwe i słuszne« obejmuje zobowiązanie do nieodmawiania sprawiedliwości w postępowaniach karnych, cywilnych lub administracyjnych sądowych zgodnie z zasadą rzetelnego procesu zawartą w podstawowych systemach prawnych świata; i (b) »pełną ochronę i bezpieczeństwo« wymaga, aby każda Strona zapewniła poziom ochrony wymagany na podstawie międzynarodowego prawa zwyczajowego".

43 Zob. np. art. 6 rozdziału 11 porozumienia ustanawiającego strefę wolnego handlu pomiędzy Australią, Nową Zelandią oraz Państwami ASEAN (AANZFTA) z dnia 27 lutego 2009 r.; art. 10.6 protokołu dodatkowego do porozumienia ramowego Sojuszu Pacyficznego z dnia 10 lutego 2014 r.; art. 5 ust. 1

mieniu o Partnerstwie Transpacyficznym[44]. Formuła ta opiera się na dążeniu do ograniczenia interpretacji standardów ochrony inwestora przez odwołanie do międzynarodowego prawa zwyczajowego i tym samym wprowadzenia wymogu udowadniania przez inwestorów istnienia norm zwyczajowych przy powoływaniu się na traktowanie sprawiedliwe i słuszne rozumiane jako element szerszego zobowiązania do minimalnego standardu traktowania.

Możliwość nadużyć interpretacyjnych, na które pozwala szeroki standard traktowania sprawiedliwego i słusznego, dostrzegła również UE. Niemniej w swojej praktyce traktatowej, będącej jak dotychczas na wstępnym etapie[45], zaproponowała podejście zakładające zdefiniowanie omawianego standardu przez kodyfikację najistotniejszych jego elementów wynikających z orzecznictwa trybunałów arbitrażowych. W świetle tego podejścia naruszenie traktowania sprawiedliwego i słusznego może nastąpić w sytuacji odmowy sprawiedliwości, istotnego naruszenia rzetelnego procesu, rażąco arbitralnego zachowania, prześladowania, przymusu, nadużycia władzy lub podobnego zachowania w złej wierze. Natomiast naruszenie uzasadnionych oczekiwań inwestora, również łączone z omawianym standardem, może nastąpić jedynie w sytuacji nieprzestrzegania „konkretnych lub jednoznacznych zobowiązań Strony, które mają na celu nakłonić do dokonania inwestycji oraz na których w sposób uzasadniony opiera się inwestor”[46].

trójstronnego traktatu inwestycyjnego Japonia–Korea–Chiny z dnia 13 maja 2012 r.

44 Art. 9.6: Minimalny standard traktowania – przepis ten zasadniczo powtarza sformułowania zawarte w amerykańskim modelowym porozumieniu inwestycyjnym z 2004 r. Novum stanowi ust. 4, który określa, że „dla większej pewności, sam fakt że strona podejmuje lub nie podejmuje działań, które mogą być niespójne z oczekiwaniami inwestora nie stanowi naruszenia tego artykułu, nawet jeżeli w rezultacie występuje strata lub szkoda względem inwestycji regulowanej porozumieniem”. Także ust. 5: „dla większej pewności sam fakt, że subsydium lub dotacja nie zostały przyznane, odnowione lub podtrzymane lub zostały zmodyfikowane lub zredukowane przez Stronę nie stanowi naruszenia tego artykułu, nawet jeżeli w rezultacie występuje strata lub szkoda względem inwestycji regulowanej porozumieniem”.

45 Jak dotąd UE zakończyła negocjacje trzech traktatów, w których znajdują się standardy traktowania inwestora: w październiku 2014 r. – umowy o wolnym handlu z Singapurem, we wrześniu 2014 r. – Kompleksowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą oraz w grudniu 2015 r. – FTA z Wietnamem. Równocześnie UE negocjuje dwustronne traktaty o ochronie i popieraniu inwestycji z Chinami i Mjanmą oraz umowy o wolnym handlu zawierające rozdział inwestycyjny ze Stanami Zjednoczonymi (umowa o transatlantyckim partnerstwie handlowym i inwestycyjnym), Egiptem, Indiami, Japonią, Jordanią, Malezją, Marokiem, Tajlandią i Tunezją (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf).

46 Tak art. 9.4 projektu FTA pomiędzy UE a Singapurem; podobne postanowienie można odnaleźć w umowie pomiędzy UE a Kanadą, art. X.9: „1. Każda Umawiająca się Strona przyzna na swoim terytorium objętym inwestycją innej Umawiającej się Strony oraz inwestorom w zakresie objętych inwestycji traktowanie sprawiedliwe i słuszne zgodnie z ustępami 2 do 6. 2. Umawiająca się Strona narusza zobowiązanie do traktowania sprawiedliwego i słusznego, o którym mowa w ustępie 1, tylko jeżeli środek lub zestaw środków stanowi: a. odmowę sprawiedliwości w karnym, cywilnym lub administracyjnym postępowaniu; dla większej pewności; b. rażące naruszenie rzetelnego procesu, w tym rażące naruszenie wymogu przejrzystości w postępowaniu sądowym i administracyjnym; c. rażąca arbitralność; d. ukierunkowaną dyskryminację opartą na rażąco bezprawnych podstawach, takich jak płeć, rasa lub przekonania religijne lub; e. niewłaściwe (ang. *abusive*) traktowanie inwestorów, takie jak przymus czy prześladowanie. 3. Umawiające się Strony będą regularnie, lub na żądanie jednej z Umawiających się Stron, dokonywać przeglądu treści zobowiązania do traktowania sprawiedliwego i słusznego. Komitet ds. Usług i Inwestycji może rozwijać rekomendacje w tym zakresie dla przekazania ich do decyzji Komitetowi ds. Handlu. 4. Przy stosowaniu zobowiązania do traktowania sprawiedliwego i słusznego trybunał może oceniać, czy Strona z złożyła konkretne przyrzeczenie inwestorowi mające na celu przyciągnięcie objętych inwestycji, które stworzyło uzasadnione oczekiwanie oraz na którym inwestor opierał się przy decydowaniu o podjęciu lub podtrzymaniu objętej inwestycji, które następnie Strona udaremniła. 5.4. Dla większej pewności, »pełna ochrona i bezpieczeństwo dotyczy tylko zobowiązań strony dotyczących bezpieczeństwa fizycznego inwestora lub inwestycji«” (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf). Analogiczną propozycję UE zaproponowała

Warto również pamiętać, że część państw zupełnie zrezygnowała z powoływania się na tę klauzulę w odpowiednich regulacjach[47].

3.2. Wywłaszczenie pośrednie

Negatywne doświadczenia z arbitrażu inwestycyjnego skłoniły również państwa do doprecyzowania traktatowych postanowień dotyczących wywłaszczenia pośredniego[48]. Opublikowane w 2004 r. amerykański i kanadyjski model umowy inwestycyjnej przewidują prawie identyczne załączniki w tym zakresie:

> „Ocena, czy działania lub szereg działań Strony w konkretnym stanie faktycznym stanowi wywłaszczenie pośrednie, wymaga indywidualnego badania każdej sprawy w oparciu o jej fakty przy uwzględnieniu między innymi następujących czynników:
> i) wpływu gospodarczego działania rządu, przy czym fakt, że działanie lub seria działań strony ma negatywny wpływ na wartość ekonomiczną inwestycji, samo w sobie nie wystarczy dla uznania, że nastąpiło wywłaszczenie pośrednie;
> ii) zakresu, w jakim działanie rządowe koliduje z odrębnymi, uzasadnionego opartymi na inwestycji oczekiwaniami; i
> iii) charakteru działania państwa"[49].

W tym zakresie aneks 9B do TPP dodaje jeszcze, że „(r)egulacyjne działania Strony o charakterze niedyskryminacyjnym, które (…) są stosowane dla ochrony uzasadnionych celów dobra publicznego, takich jak ochrona zdrowia i środowiska, nie stanowią pośredniego wywłaszczenia, poza wyjątkowymi okolicznościami". W kontekście przesłanki charakteru działań państwa można również znaleźć dodatkowe wyjaśnienia zakładające, że „(o)dpowiednie uwarunkowania mogą uwzględniać ocenę, czy inwestor ponosi nieproporcjonalne obciążenie, które wykracza ponad to, co inwestor lub inwestycja powinni oczekiwać, że muszą znieść dla interesu publicznego"[50]. Przeprowadzona przez UNCTAD analiza zawartych w latach 2012–2014 MPI szacuje, że postanowienia doprecyzowujące koncepcję wywłaszczenia pośredniego można odnaleźć w połowie zawieranych w tym okresie porozumień[51]. Odmienne podejście zaproponowała Brazylia, która w jednym ze swoich traktatów o współpracy i ułatwieniach w zakresie inwestycji ustaliła ochronę jedynie przed wywłaszczeniem bezpośrednim[52].

3.3. Klauzula ramowa

Klauzula ramowa zakłada, że naruszenie kontraktu z podmiotem prywatnym przez państwo powoduje równocześnie naruszenie traktatu inwestycyjnego[53]. Kontrowersje w orzecznictwie arbitrażowym dotyczące zakresu tego postanowienia spowodowały, że współcześnie dominuje tendencja do niezawierania tego rodzaju postanowień w MPI[54].

w projekcie rozdziału dotyczącego inwestycji TTiP, zob. art. 3 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

47 Tak np. modelowy BIT Indii z 2015 r., brazylijskie porozumienia o współpracy i ułatwieniach w zakresie inwestycji z 2015 r. oraz ustawodawstwo krajowe RPA dotyczące ochrony inwestycji zagranicznych. Traktowania sprawiedliwego i słusznego nie zawiera również projekt regionalnego modelowego porozumienia Wspólnoty Wschodniej Afryki.

48 Wywłaszczenie pośrednie dotyczy sytuacji, w których inwestor nie zostaje pozbawiony tytułu prawnego do korzystania ze swojej własności, jednakże działania państwa przyjmującego negatywnie oddziałują na inwestycję lub pozbawiają inwestora rzeczywistej kontroli nad nią, zob. szerzej OECD, *Indirect Expropriation and the „Right to Regulate" in International Investment Law*, „OECD Working Paper on International Investment" 2004, nr 4, s. 3–5.

49 Aneks B.4.a amerykańskiego modelowego BIT-u 2004; Aneks B.13(1) kanadyjskiego modelu BIT 2004.

50 Tak np. Aneks 8-B FTA pomiędzy Koreą a Kolumbią z dnia 21 lutego 2013 r.

51 UNCTAD, *Policy options for IIA reform: treaty examples and data…*, dz. cyt., s. 13.

52 Tak w umowie z Malawi z dnia 25 czerwca 2015 r. (art. 8 ust. 2); natomiast odmiennie w umowie z Mozambikiem z dnia 30 marca 2015 r., z Angolą z dnia 1 kwietnia 2015 r., z Meksykiem z dnia 26 maja 2015 r., Kolumbią z dnia 9 października 2015 r. oraz z Chile z dnia 24 października 2015 r.

53 *Eureko przeciwko Polsce*, wyrok z dnia 19 sierpnia 2005 r., UNCITRAL, § 250; *Noble Ventures przeciwko Rumunii*, wyrok z dnia 12 października 2005 r., ARB/01/11, § 60–61.

54 Klauzuli nie zawierają m.in. następujące MPI podpisane w latach 2011–2015 r.: brazylijskie porozumienia o współpracy

Odzwierciedleniem tego procesu jest fakt, że w dokumencie programowym UE w zakresie podejścia do porozumień inwestycyjnych z 2015 r. nie ma żadnej wzmianki na temat tej klauzuli[55]. Nie została ona zawarta również ani w TPP, ani w unijnym projekcie TTIP.

Alternatywnym modelem do nieumieszczania w ogóle klauzuli ramowej w MPI jest praktyka ograniczania jej zakresu. Rozwiązania spotykane w traktatach zawieranych w ciągu ostatnich lat przewidują m.in.:

– określenie, że klauzula ma zastosowanie tylko do zobowiązań pisemnych (BIT pomiędzy Urugwajem a Japonią z dnia 26 stycznia 2015 r.; Trójstronne Porozumienie Inwestycyjne pomiędzy Republiką Korei, Chinami a Japonią z dnia 13 maja 2012 r.);
– wyłączenie możliwości użycia klauzuli ramowej w celu obejścia mechanizmu rozstrzygania sporów zawartego w kontrakcie (np. BIT pomiędzy RFN a Pakistanem z dnia 1 grudnia 2009 r. lub BIT pomiędzy Kolumbią a Japonią z dnia 12 września 2011 r.);

3.4. Klauzula najwyższego uprzywilejowania

Kluczowy dla skuteczności przeprowadzenia zasadniczych przemian w MPI jest jednak sposób ujęcia klauzuli najwyższego uprzywilejowania. Wynika to z faktu, że klauzula ta była niekiedy wykorzystywana przez inwestorów zagranicznych jako instrument pozwalający na powołanie się przeciwko państwu przyjmującemu na normy któregokolwiek z BIT-ów zawartych przez to państwo, jeżeli były one uznawane za bardziej korzystne na potrzeby danego sporu. Tym samym istniało prawdopodobieństwo, oparte na orzecznictwie sądów arbitrażowych, że wszelkie próby wprowadzenia zmian w praktyce zawierania MPI przez poszczególne państwa mogłyby zostać zignorowane przez trybunał, który przy użyciu KNU powoływałby się na unormowania z wcześniejszych MPI danego państwa, jako korzystniejsze. Z tego względu doprecyzowanie zakresu KNU stało się koniecznością i jest zrealizowane przynajmniej w trzech płaszczyznach. Po pierwsze, typowym współcześnie rozwiązaniem jest wyraźne wyłączanie w traktatach inwestycyjnych możliwości jej zastosowania do postanowień traktatowych dotyczących rozstrzygania sporów[56]. Takie podej-

> **Kluczowy dla skuteczności przeprowadzenia zasadniczych przemian w międzynarodowych porozumieniach inwestycyjnych jest sposób ujęcia klauzuli najwyższego uprzywilejowania.**

i ułatwieniach w zakresie inwestycji; FTA Chiny–Australia oraz Chiny–Korea, BIT-y Kanady z Beninem, Burkiną Faso, Chinami, Kamerunem, Wybrzeżem Kości Słoniowej, Nigerią, Tanzanią, Senegalem i Serbią; porozumienia Australii z Japonią i Rep. Korei; BIT-y Rosji z Uzbekistanem i Nikaraguą; BIT-y Indii z Malezją, Litwą, Nepalem i Słowenią. Według UNCTAD 87% porozumień zawartych w latach 2012–2014 nie zawierało tej klauzuli, zob. UNCTAD, *Policy options for IIA reform: treaty examples and data*…, dz. cyt., s. 15.

55 Concept Paper: *Investment in TTIP and beyond*…, dz. cyt.

56 Art. 9.5 ust. 3 TPP: „For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B"; art. X.7 ust. 4 CETA: „For greater certainty, the »treatment« referred to in Paragraph 1 and 2 does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other

ście stanowi konsekwencję pojawienia się orzecznictwa arbitrażowego[57], niemniej jednak niejednolitego, dopuszczającego możliwość powoływania się na przedmiotową klauzulę w celu skorzystania z dogodniejszego dla inwestora dostępu do mechanizmu arbitrażu inwestycyjnego, aniżeli ten wynikający z traktatu, w którym znajdowała się klauzula[58]. Po drugie, można spotkać MPI określające, że KNU ma zastosowanie tylko na przyszłość. Po trzecie wreszcie, stosowane jest również rozwiązanie uniemożliwiające stosowanie KNU do zobowiązań materialnych MPI. Przykładowo artykuł 8.7 ust. 4 CETA określa, że „(z)obowiązania materialne w innych traktatach inwestycyjnych lub porozumieniach handlowych nie stanowią jako takie »traktowania« i nie mogą stanowić podstawy dla naruszenia tego Artykułu (dotyczącego KNU – przyp. Ł.K.), w braku środków przyjętych lub utrzymywanych przez Stronę zgodnie z tymi zobowiązaniami".

international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute »treatment«, and thus cannot give rise to a breach of this article, absent measures adopted by a Party pursuant to such obligations". Podobnie art 9.4 ust. 2 FTA Australia–Chiny z dnia 17 czerwca 2015 r.; art 5 ust. 4 BIT-u pomiędzy Japonią i Ukrainą z dnia 5 lutego 2015 r.; art. 6 BIT-u pomiędzy Kolumbią i Singapurem z 2013 r.; art. 11.4 FTA pomiędzy Australią i Koreą z dnia 8 kwietnia 2014 r.

57 Zob. np. *Emilio Agustín Maffezini przeciwko Hiszpanii*, ARB/97/7, decyzja dotycząca zastrzeżeń jurysdykcyjnych, wyrok z dnia 25 stycznia 2000 r., § 55–63.; *Gas Natural SDG, S.A. przeciwko Argentynie*, decyzja dotycząca wstępnych zagadnień jurysdykcyjnych z dnia 17 czerwca 2005 r.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., oraz InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. przeciwko Argentynie*, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 16 maja 2006 r.; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. oraz Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie*, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 3 sierpnia 2006 r.; *AWG Group Ltd. przeciwko Argentynie*, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 3 sierpnia 2006 r. UNCITRAL.

58 Na temat kontrowersji w tym zakresie zob. raport końcowy grupy studyjnej zajmującej się klauzulą najwyższego uprzywilejowania zawarty w aneksie do raportu Komisji Prawa Międzynarodowego z 2015 r. A/70/10.

4. Rozwiązywanie sporów inwestor – państwo

Jednym z najczęściej krytykowanych elementów międzynarodowego prawa inwestycyjnego była i pozostaje możliwość dochodzenia roszczeń przez inwestora zagranicznego przed sądem międzynarodowym powołanym *ad hoc*. Procedura ta przewiduje zazwyczaj brak konieczności wyczerpania drogi krajowej, jednoinstancyjność postępowania oraz możliwość powołania arbitrów przez skarżącego. W rezultacie uprawnienia inwestorów zagranicznych w zakresie dochodzenia odszkodowania od państwa na forum międzynarodowym są znacznie korzystniejsze, aniżeli nawet najbardziej rozwinięte regionalne systemy ochrony praw człowieka[59]. Równocześnie szereg aspektów istniejącego mechanizmu rozstrzygania sporów inwestor – państwo budzi zasadnicze zastrzeżenia z perspektywy zgodności tego mechanizmu z zasadą rządów prawa[60]. W rezultacie we współczesnej praktyce międzynarodowej przyjęto dwa podstawowe podejścia do tej problematyki. Są to rezygnacja z arbitrażu inwestor – państwo lub wprowadzenie wymogu wyczerpania drogi krajowej przed odwołaniem do arbitrażu.

Ten pierwszy mechanizm przyjmuje kilka różnych wariantów. Pierwsze rozwiązanie to prakty-

59 Ł. Kułaga, *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 1, s. 41–59. Potwierdza to również *casus* przejęcia rosyjskiej spółki Jukos, której właściciele uzyskali w wyniku postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka odszkodowanie wysokości 2 mld euro, podczas gdy na podstawie rozstrzygnięć arbitrażowych uzyskali odszkodowanie w wysokości 50 mld dolarów – zob. szerzej E. De Brabandere, *Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" 2015, vol. 30, no. 2, s. 345–355.

60 Ł. Kułaga, *Międzynarodowy arbitraż…*, dz. cyt., s. 202–220; zob. także *Sprawozdanie: Internetowe konsultacje publiczne w sprawie ochrony inwestycji i rozstrzygania sporów między inwestorem a państwem (ISDS) w umowie o transatlantyckim partnerstwie handlowo-inwestycyjnym*, Komisja Europejska, Bruksela, 13.01.2015, SWD(2015) 3 final, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153315.pdf (dostęp 4.02.2017).

ka wypowiadania BIT-ów, np. przez RPA, niektóre kraje Ameryki Łacińskiej oraz Indonezję, ale również trwająca debata nt. zasadności utrzymywania BIT-ów wewnątrzunijnych, ostatnio związana z zainicjowanym przez Komisję Europejską postępowaniem przeciwko niektórym państwom członkowskim w rezultacie naruszania prawa UE przez kontynuowanie obowiązywania tych traktatów[61].

Drugie podejście to zawieranie MPI nieobejmujących klauzuli arbitrażowej inwestor–państwo (*Investor – state dispute settlement*; ISDS). W tym zakresie należy odnotować przede wszystkim brazylijskie porozumienia o ułatwieniach i współpracy w zakresie inwestycji, które posiadają jedynie arbitrażowy mechanizm rozstrzygania sporów międzypaństwowych. Natomiast jako narzędzie ochrony inwestora porozumienia te przewidują ustanowienie przez strony punktów kontaktowych lub ombudsmana – zatem ochronę krajową o charakterze administracyjnym[62]. ISDS nie wprowadzają również niektóre traktaty zawierane w ostatnim okresie przez Australię, co wydaje się stanowić bezpośrednią konsekwencję wszczętych przeciwko temu państwu sporów dotyczących opakowań wyrobów tytoniowych[63]. Specyficzne rozwiązania można znaleźć w TPP, który z jednej strony jako zasadę utrzymuje mechanizm arbitrażowy inwestor – państwo, z drugiej natomiast wprowadza szereg wyłączeń, zarówno podmiotowych, jak i przedmiotowych, w tym zakresie. W aspekcie podmiotowym TPP wyklucza zastosowanie mechanizmu ISDS do sporów w relacjach australijsko-nowozelandzkich. Podobnie, zgodnie z aneksem do rozdziału inwestycyjnego TPP, niektóre państwa-strony uzyskały ograniczenia w zakresie możliwości stosowania ISDS w odniesieniu do niektórych ich działań[64]. Równocześnie art 29.5 TPP przewiduje uprawnienie stron do odmowy możliwości skorzystania przez inwestora z ISDS w odniesieniu do szeroko zdefiniowanych środków kontroli tytoniu.

> **Najbardziej kontrowersyjne rozwiązanie przy rezygnacji z arbitrażu inwestor–państwo to propozycja UE dotycząca ustanowienia stałego sądu inwestycyjnego.**

Ostatnie, najbardziej kontrowersyjne rozwiązanie w zakresie rezygnacji z arbitrażu inwestor – państwo, to propozycja UE dotycząca ustanowienia stałego sądu inwestycyjnego. Propozycja unijna stanowi odzwierciedlenie krytyki arbitrażu inwestycyjnego, szczególnie dostrzegalnego w państwach

61 *Komisja wzywa państwa członkowskie do rozwiązania zawartych przez nie wewnątrzunijnych dwustronnych umów inwestycyjnych*, komunikat prasowy Komisji Europejskiej, Bruksela, 18 czerwca 2015,http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_pl.htm (dostęp 4.02.2017).

62 Zobacz np. porozumienie Brazylia–Malawi, art. 4 oraz art. 13.

63 Na przykład: FTA ze Stanami Zjednoczonymi z dnia 18 maja 2004 r.; umowa o partnerstwie gospodarczym z Japonią z dnia 8 lipca 2014 r.; protokół o inwestycjach do porozumienia handlowego o ściślejszych relacjach gospodarczych z Nową Zelandią z dnia 16 lutego 2011 r.; zob. szerzej L.E. Trakman, *Investor-State Arbitration: Evaluating Australia's Evolving Position*, „Journal of World Trade" 2014, vol. 15, no. 1.

64 Przykładowo aneks 9-H przewiduje, że decyzje władz australijskich, kanadyjskich, meksykańskich oraz nowozelandzkich wynikające z niektórych regulacji tych państw dotyczących inwestycji nie mogą być przedmiotem ISDS. Natomiast aneks 9-L C ogranicza możliwość wnoszenia sporów inwestycyjnych przeciwko Meksykowi w odniesieniu do szeregu wymienionych w tym załączniku krajowych aktów prawnych.

Europy Zachodniej. Podstawowe założenia tego postulatu to:

- stworzenie listy sędziów przez strony porozumienia i tym samym pozbawienie możliwości ich wyboru dla potrzeb konkretnego sporu przez jego strony;
- wprowadzenie możliwości odwołania, zapewniającej większą spójność i przewidywalność orzecznictwa, w oparciu o model organu apelacyjnego Światowej Organizacji Handlu;
- określenie szeregu rozwiązań proceduralnych ograniczających możliwość prowadzenia równoległych postępowań przez inwestorów oraz występowania z błahymi roszczeniami, jak również wprowadzenie kodeksu etycznego sędziów[65].

W oparciu o aktualną międzynarodową praktykę można zaryzykować tezę o istotnym przewartościowaniu w paradygmacie podstawowych założeń międzynarodowych porozumień inwestycyjnych.

Dotychczas tego rodzaju rozwiązanie znalazło się w projektach dwóch wynegocjowanych już przez UE traktatów: Kompleksowego Gospodarczego i Handlowego Porozumienia z Kanadą oraz FTA z Wietnamem, jak również w unijnej propozycji rozdziału inwestycyjnego TTIP. W zakresie szczegółowym inicjatywa UE zakłada możliwość wyboru reguł proceduralnych rozstrzygania sporu przez inwestora. Istotnym novum, spójnym z ideą systemu odwoławczego, jest zastrzeżenie, że inwestor nie może próbować unieważnić rozstrzygnięcia za pomocą innych mechanizmów niż przewidziane w odpowiednim traktacie. W szczególności zatem inwestor, nawet korzystając z reguł postępowania Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID), nie może wszcząć w trybie konwencji waszyngtońskiej postępowania o uchylenie tego rozstrzygnięcia. Spory inwestycyjne, w myśl traktatów zawieranych przez UE, mają być rozstrzygane przez Trybunał Pierwszej Instancji, składający się z sędziów wybieranych na 6 lat przez strony odpowiedniego traktatu. Na taką samą kadencję są wybierani sędziowie Trybunału Odwoławczego. Każda ze stron może wnieść odwołanie w terminie 90 dni od wydania rozstrzygnięcia przez Trybunał Pierwszej Instancji, jeżeli trybunał ten: a) popełnił błąd w zakresie interpretacji lub stosowania odpowiedniego prawa; b) popełnił rażący błąd w ocenie faktów lub c) przesłanek określonych w artykule 52 Konwencji waszyngtońskiej. Jeżeli apelacja jest uzasadniona, Trybunał Odwoławczy może zmodyfikować lub zmienić ustalenia prawne Trybunału Pierwszej Instancji w całości lub w części[66].

Drugi mechanizm jest oparty na przekonaniu, że ochrona inwestora na poziomie międzynarodowym powinna być dostępna jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Umożliwia to, analogicznie jak w przypadku międzynarodowego prawa praw człowieka, wprowadzenie wymogu wyczerpania drogi krajowej. Takie podejście jest uznawane za trafne przede wszystkim poza Europą i Stanami Zjednoczonymi.

65 Zob. Concept Paper: *Investment in TTIP and beyond…*, dz. cyt.

66 Zob. np. Transatlantic Trade and Investment Partnership, Chapter II – *Investment*, 15.11.2015 r.www.trade.ec.europa.eu/doclib/html/153955.htm.

Przykładowo z inicjatywy Ekwadoru na forum Unii Narodów Ameryki Południowej trwają prace nad stworzeniem alternatywnego wobec ICSID arbitrażowego centrum rozstrzygania sporów[67]. Propozycja ta zakłada, że projektowane centrum nie będzie mogło rozstrzygać sporów dotyczących zdrowia, edukacji, podatków, energii oraz środowiska, o ile nie zostanie to wyraźnie określone w odpowiednim kontrakcie lub traktacie. Ponadto państwa mogą wymagać wyczerpania środków krajowych, przy czym wymóg ten jest bezwzględny, jeżeli roszczenie dotyczy działań administracyjnych państwa[68]. Wymóg wyczerpania drogi krajowej można odnaleźć również w niektórych zawieranych w ostatnim okresie MPI[69].

5. Zakończenie

Międzynarodowe prawo inwestycyjne, poprzez szeroką wykładnię standardów traktowania zawartych w MPI, w sposób znaczący ingeruje w krajowe porządki prawne. Proces ten wywoływał i wywołuje obawy społeczeństw wielu państw z uwagi na przewagę uprawnień przedsiębiorców – inwestorów zagranicznych – kosztem innych wartości.

W rezultacie dostrzegalny jest wyłaniający się konsensus państw co do konieczności zasadniczych zmian międzynarodowych porozumień inwestycyjnych[70]. W oparciu o aktualną międzynarodową praktykę można zaryzykować tezę o istotnym przewartościowaniu w paradygmacie podstawowych założeń MPI. Przestały one być postrzegane jako wyłącznie środki chroniące inwestora zagranicznego; uznaje się, że długofalowo prowadzą one do korzyści wszystkich zainteresowanych podmiotów – w tym państwa przyjmującego i jego ludności. Obecnie uprawnienia inwestora w traktatach inwestycyjnych są rozpatrywane w szerszym kontekście kompetencji regulacyjnych państwa, w tym w szczególności dotyczących ochrony praw człowieka, praw pracowniczych czy środowiska.

Artykuł powstał w ramach projektu badawczego nr 2015/17/D/HS5/02555 finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki pt. „Zmiana paradygmatu w międzynarodowym prawie inwestycyjnym – w kierunku zrównoważonego podejścia". Autor zaznacza, że wszelkie poglądy wyrażone w niniejszym artykule pochodzą wyłącznie od niego i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem instytucji, w których jest on zatrudniony.

Bibliografia

Aaken A., *On the Necessity of Necessity Measures: A Response to Alan O. Sykes*, „The American Journal of International Law" 2015, vol. 109, nr 2, s. 181–186.

Amerasinghe C.F., *Local Remedies in International Law*, Cambridge 2005.

Brabandere E. De, *Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos-case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals*, „ICSID Review – Foreign Investment Law Journal" 2015, vol. 30, nr 2, s. 345–355.

Crawford J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford 2012.

Gómez K.F., *Latin America and ICSID: David versus Goliath?*, University of Zarazoga Working Paper Series, 2010, publikacja dostępna na stronie http://ssrn.com/, s. 1–49.

Grant K., *The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration*, „Osgoode Hall Law Journal" 2015, vol. 52, nr 3, s. 1–36.

Gruszczyński Ł., Nowak Ł., *Jednolite opakowania wyrobów tytoniowych a międzynarodowe prawo inwestycyjne: Uwagi w kontekście sporu Philip Morris Asia Limited v. Australia*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2015, vol. 13, s. 99–121.

Eberhardt P., *Investment Protection at a Crossroads – The TTIP and the Future of International Investment Law*, Friedrich Ebert Stiftung, 2014, s. 1–16.

67 UNASUR powstał na podstawie traktatu z dnia 23 maja 2008 r. (wszedł w życie 11 marca 2011 r.) i obejmuje Argentynę, Boliwię, Brazylię, Chile, Kolumbię, Ekwador, Gujanę, Paragwaj, Peru, Urugwaj i Wenezuelę.

68 K. Grant, *The ICSID Under Siege: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration*, „Osgoode Hall Law Journal" 2015, vol. 52, no. 3, s. 25–27. Propozycja Ekwadoru obejmuje również system odwoławczy.

69 Art. 15 ust. 7 trójstronnego porozumienia inwestycyjnego Chiny–Korea–Japonia z dnia 12 maja 2012 r.; art. 29 modelowego BIT-u SADC z 2012 r.; art. 14 modelowego BIT-u Indii z 2015 r.

70 J.X. Zhan, *Improving investment treaties: the way forward*, Paris, 16.03.2015, s. 3.

European Commission, *Concept Paper: Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

Kułaga Ł., *Ochrona praw człowieka w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym*, „Forum Prawnicze" 2014, nr 1, s. 41–59.

Kułaga Ł., *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny z perspektywy zasady rządów prawa* (w:) C. Mik (red.), *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014.

Kułaga Ł., *Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a minimalny standard traktowania w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*, Warszawa 2016.

Mik C., *Unia Europejska wobec międzynarodowego prawa inwestycyjnego* (w:) A. Tarwacka (red.), *IURA ET NEGOTIA Księga jubileuszowa z okazji 15-lecia Wydziału Prawa i Administracji UKSW w Warszawie*, Warszawa 2015.

OECD, *Indirect Expropriation and the „Right to Regulate" in International Investment Law*, „OECD Working Papers on International Investment", 2004/04, s. 3–22.

Paulus A., *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation* (w:) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, wydanie internetowe, § 4.

Ruggie J., *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/8/5, 2008.

Shemberg A., *Stabilization Clauses and Human Rights, A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, 11 marca 2008, http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-Mar-2008.pdf.

Schill S.W., *Editorial: US versus EU Leadership in Global Investment Governance*, „The Journal of World Investment & Trade" 2016, vol. 17, s. 1–6.

Spears S.A., *The Quest for Policy Space in a New Generation of International „Investment Agreements*, „Journal of International Economic Law" 2010, vol. 13, nr 4, s. 1037–1075.

Sykes A.O., *Economic „Necessity" in International Law*, „The American Journal of International Law" 2015, vol. 109, nr 2, s. 296–323.

Traidcraft, *International Investment Agreements Under Scrutiny*, 2015, http://www.s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2015/03/IIAs-report-Feb-2015-2.pdf.

Trakman L.E, *Investor-State Arbitration: Evaluating Australia's Evolving Position*, „Journal of World Trade" 2014, vol. 15, nr 1, s. 152–192.

UNCTAD, *Trade and Development Report 2014: Global governance and policy space for development*, Geneva–New York 2015.

UNCTAD, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, Geneva–New York 2015.

UNCTAD, *Taking Stock of IIA Reform,* March 2016, raport dostępny na stronie www.unctad.org.

Vandevelde K.J., *A Brief History of International Investment Agreements*, „U.C.-Davis Journal of International Law & Policy" 2005, vol. 12, s. 157–194.

Zawojska A., *Liberalizm, neoliberalizm, wolność ekonomiczna i polityczna a rozwój gospodarczy kraju*, „Zeszyty Naukowe SGGW" 2006, s. 5–23.

Orzecznictwo

AWG Group Ltd. przeciwko Argentynie, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 3 sierpnia 2006 r.

Azurix Corp przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 23 czerwca 2006 r.

BG Group plc przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 24 grudnia 2007 r.

CMS Gas Transmission Company przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 12 maja 2005 r.

Compañía de Aguas del Aconquija SA oraz Vivendi Universal SA przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 20 sierpnia 2007 r.

Continental Casualty Company przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 5 września 2008 r.

Eureko przeciwko Polsce, wyrok z dnia 19 sierpnia 2005 r.

FTR Holding S.A., Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. przeciwko Urugwajowi, ICSID No. ARB/10/7.

Gas Natural SDG, S.A. przeciwko Argentynie, decyzja dotycząca wstępnych zagadnień jurysdykcyjnych z dnia 17 czerwca 2005 r.

Glamis Gold Ltd przeciwko Stanom Zjednoczonym, wyrok z dnia 14 maja 2009 r.

LG&E Energy Corp and ors przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 3 października 2006 r.

Maffezini Emilio Agustín przeciwko Hiszpanii, ICSID No. ARB/97/7, decyzja dotycząca zastrzeżeń jurysdykcyjnych, wyrok z dnia 25 stycznia 2000 r.

Metalclad Corporation przeciwko Meksykowi, wyrok z dnia 30 sierpnia 2000 r.

Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym, wyrok z dnia 3 sierpnia 2005 r.

National Grid PLC przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 3 listopada 2008 r.

Noble Ventures przeciwko Rumunii, wyrok z 12 października 2005 r., ICSID No. ARB/01/11.

Occidental Exploration and Production Co. przeciwko Ekwadorowi, wyrok z dnia 1 lipca 2004 r.

Pan American Energy LLC oraz BP Argentina Exploration Company przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 27 lipca 2006 r.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others przeciwko Republice Południowej Afryki, ICSID No. ARB(AF)/07/01.

Philip Morris Asia Limited przeciwko Australii, wyrok z dnia 18 grudnia 2015 r.

Pope & Talbot Inc. przeciwko Kanadzie, wyrok z dnia 10 kwietnia 2001 r.

S.D. Myers, Inc. przeciwko Kanadzie, wyrok z dnia 13 listopada 2000 r.

Sempra Energy International przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 18 września 2007 r.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. oraz InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. przeciwko Argentynie, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 16 maja 2006 r.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. oraz Vivendi Universal S.A. przeciwko Argentynie, decyzja dotycząca jurysdykcji z dnia 3 sierpnia 2006 r.

Total S.A. przeciwko Argentynie, wyrok z dnia 27 grudnia 2010 r.