

Łukasz Kułaga*

PRAWO PAŃSTWA DO REGULACJI A MIĘDZYNARODOWE PRAWO INWESTYCYJNE. W KIERUNKU ZMIANY PARADYGMATU

DOI: 10.26106/gqya-7p12

**Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego,
Europejskiego i Porównawczego, vol. XVII, A.D. MMXIX**

ARTYKUŁ

I. Wstęp

W 1959 r., w dacie zawarcia pierwszej dwustronnej umowy o ochronie i popieraniu inwestycji (między RFN a Pakistanem), Garcia Amador przedstawił pogląd, że krajowe środki regulacyjne, o ile nie są arbitralne lub dyskryminacyjne, nie wzbudzają kontrowersji z perspektywy prawa międzynarodowego¹. Pogląd ten, choć zasadniczo nadal aktualny, w kontekście praktycznego zastosowania jest przedmiotem intensywnej debaty, w szczególności w odniesieniu do wpływu międzynarodowego prawa inwestycyjnego (MPI) na prawo państwa do regulacji². W ciągu ostatnich dwóch dziesięcioleci jesteśmy świadkami niezwykłego rozwoju orzecznictwa arbitrażowego w zakresie ochrony inwestycji zagranicznych³. Jest zaskakujące,

* Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. ORCID: 0000-0003-0784-8293, e-mail: l.kulaga@uksw.edu.pl.

¹ Fourth Report on State Responsibility, F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1959, Vol. I, Document A/CN.4/119, I, § 44.

² Przedmiotem niniejszego artykułu nie jest problematyka tzw. klauzul stabilizacyjnych, ponieważ ich źródłem najczęściej nie jest prawo międzynarodowe, ale kontrakty lub prawo krajowe, J. Gjuzi, *Stabilization Clauses in International Investment Law – A Sustainable Development Approach*, Berlin 2018, s. 3. Odnosząc się do problematyki kontraktów pomiędzy państwem a inwestorem zagranicznym, autor nie uważa ich za źródła prawa międzynarodowego, dostrzegając równocześnie specyfikę tzw. kontraktów umiędzynarodowionych i stosowanie do ich interpretacji przez trybunały arbitrażowe norm prawa międzynarodowego, zob. szerzej np. M. Jeżewski, *Prawo traktatów wobec umów między państwami a podmiotami prywatnymi* [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *40 lat minęło. Praktyka i perspektywy konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów*, Warszawa 2009, s. 351–376.

³ W latach 1987–2018 zostało rozstrzygniętych 600 spraw inwestycyjnych, równocześnie aktualnie odnotowuje się ponad 300 zawisłych tego rodzaju spraw. W latach 1999–2018 inwestorzy

że przedmiotem wielu tych spraw były nie tylko jednostkowe rażące zachowania państwa przyjmującego wobec konkretnego inwestora. Ogólne standardy ochrony zawarte w międzynarodowych traktatach inwestycyjnych (MTI)⁴ pozwoliły trybunałom arbitrażowym na ocenę rozmaitych polityk krajowych z punktu widzenia sytuacji inwestorów⁵. Trybunały arbitrażowe wydawały się w tym zakresie wkraczać w istotę suwerennych praw, a arbitrzy inwestycyjni oceniali ustawodawstwo, którego uchwalenie zdawałoby się należeć do kompetencji wewnętrznej państwa⁶. W rezultacie MTI i mechanizm rozwiązywania sporów działający na ich podstawie (tzw. ISDS, *investor-state dispute settlement*) zaczęły być postrzegane jako utrudniające realizację interesu publicznego. Nic więc dziwnego, że Konferencja NZ ds. handlu i rozwoju (UNCTAD) „ochronę prawa do regulacji w interesie publicznym” uznała za kluczowy element reformy MPI⁷.

Niniejszy artykuł przedstawia wpływ międzynarodowego prawa inwestycyjnego na prawo państwa do regulacji w celu ukazania zmian zachodzących w tym dziale prawa. Postawiłem sobie za zadanie udowodnienie, że zaniepokojenie wywołane ingerencją arbitrażu inwestycyjnego w suwerenne kompetencje państw, bez należytego uwzględniania wartości pozaekonomicznych, spowodowało zainicjowanie trwającego obecnie procesu transformacji MPI. Artykuł składa się z trzech części. W pierwszej przedstawione zostały kwestie terminologiczne dotyczące prawa do regulacji oraz specyfika MPI, która ma szczególną doniosłość w tym zakresie. Następnie pokazano trzy szczegółowe rozwiązania prawne MPI, które mają najistotniejsze

zainicjowali ponad 900 spraw inwestycyjnych przeciwko państwom, zob. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> oraz UNCTAD, *Review of ISDS decisions in 2018: Selected IIA Reform Issues*, July 2019 Issue 4, s. 3; na temat rozwoju orzecznictwa arbitrażowego oraz rosnących kontrowersji w tym zakresie zob. M. Langford, D. Behn, *Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator?*, EJIL 2018, vol. 29, no. 2, s. 554–558.

⁴ Pojęcie międzynarodowych traktatów inwestycyjnych w niniejszym artykule obejmuje dwustronne traktaty o ochronie i popieraniu inwestycji (tzw. BIT-y, *bilateral investment treaties*), jak również inne traktaty – najczęściej ustanawiające strefy wolnego handlu (tzw. FTA) – zawierające rozdziały dotyczące standardów ochrony inwestycji zagranicznych oraz mechanizmy rozwiązywania sporów w tym zakresie.

⁵ Szacuje się wręcz, że środki ustawodawcze stanowią główne źródło roszczeń arbitrażowych, J. Bonnitca, L. N. Skovgaard Poulsen, M. Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford 2017, s. 236.

⁶ Report of the Secretary-General, *International Financial System and Development*, 31.7.2018, A/73/280, § 62; C. Henckels, *The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration*, [w:] Ł. Gruszczyński, W. Werner (red.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford 2014, s. 125; Martti Koskenniemi wskazywał, że MTI dokonują: „transferu kompetencji od władz publicznych do organów arbitrażowych, w których garstka osób będzie miała możliwości do decydowania, czy państwo może lub nie uchylać prawo oraz jak miałyby ono być interpretowane”, *Finland’s Legislative Power May Be in Jeopardy*, Helsinki Times z 16.12.2013 r., <http://www.helsinkitimes.fi/finland/finland-news/domestic/8717-professor-finland-s-legislative-power-may-be-in-jeopardy.html>.

⁷ UNCTAD, *UNCTAD’s Reform Package for the International Investment Regime*, Genewa 2018, s. 7.

znaczenie w procesie oddziaływania na uprawnienia regulacyjne państw. Wreszcie uwypuklone zostały fundamentalne zmiany, jakie zachodzą w ostatnich latach w MPI w celu zagwarantowania większej równowagi w procesie rozstrzygania sporów inwestor zagraniczny – państwo.

II. Wpływ międzynarodowego prawa inwestycyjnego na prawo do regulacji

Prawo do regulacji to wynikające z suwerenności uprawnienie państwa do określania ram prawnych dla zachowań, w szczególności gospodarczych, wszystkich podmiotów na swoim terytorium⁸. Określane również jako kompetencja do stanowienia prawa⁹ lub zdolność do tworzenia prawa krajowego¹⁰, zakłada ono autonomię państwa w zakresie definiowania interesu publicznego, w tym podstawowych celów oraz środków legislacyjnych w zakresie ich realizacji. Historycznie, doktryna ta była określana jako tzw. kompetencje władcze (*police power*) zakładające prawo państwa do działania w interesie publicznym, nawet jeżeli wymagało to wyrządzenia szkody jednostce¹¹. Uprawnienie to odnotowywał harwardzki projekt konwencji o odpowiedzialności międzynarodowej państw za szkody wyrządzone cudzoziemcom z 1961 r., który w szczególności za wykonywanie tego rodzaju kompetencji uznawał egzekwowanie przepisów podatkowych, zmianę kursu waluty, działania ukierunkowane na utrzymanie porządku publicznego, zdrowia i moralności oraz legalnego wykonywania praw strony konfliktu zbrojnego¹². Współcześnie Aikaterini Titi ujmuje prawo do regulacji jako „pozwalające państwu przyjmującemu na derogację z międzynarodowych zobowiązań, które podjęło na podstawie porozumień inwestycyjnych, bez konieczności zapłaty odszkodowania”¹³. Definicja ta jednak ma istotne ograniczenia. Po pierwsze, nie uwzględnia szerszego znaczenia prawa do regulacji w MPI, które nie zawsze pozwala na nieprzestrzeganie przez państwo zaciągniętych zobowiązań. Po drugie, nie uwzględnia faktu, że problematyka prawa do regulacji wykracza daleko poza MPI i jest np. przedmiotem szerszej debaty, również w prawie Światowej Organizacji Handlu.

⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, Genewa 2012 s. 107; J.E. Viñuales, *Sovereignty in Foreign Investment Law* [w:] Zachary Douglas (red.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014, s. 326–328.

⁹ W. Czaplński, A. Wyzomska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014, s. 291.

¹⁰ C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. II, *Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*, Warszawa 2019, s. 259.

¹¹ A. Rajput, *Regulatory Freedom and Indirect Expropriation in Investment Arbitration*, Hague 2019, § 2.02; w polskiej doktrynie niekiedy pojęcie *police powers* jest tłumaczone również jako „wykonywanie funkcji ochronnych” – tak 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, vol. XIII, s. 108.

¹² L.B. Sohn, B.B. Baxter, *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Alien*, AJIL 1961, vol. 55, issue 3, s. 548–584.

¹³ A. Titi, *The Right To Regulate In International Investment Law*, Berlin 2014, s. 33.

Prawo do regulacji, podobnie jak inne uprawnienia wynikające z suwerenności, ma charakter zwyczajowy¹⁴. W rezultacie nie ma ono charakteru bezwzględnego – państwo może ograniczyć swoje uprawnienia w tym zakresie przez zobowiązania międzynarodowe¹⁵. Konstatacja zatem, że MTI mogą ograniczać swobodę regulacyjną państw, nie jest ani nowatorska, ani specyficzna wyłącznie dla MPI. Szczególny dla MPI jest natomiast fakt głębokości ingerencji w krajowe porządki przez reżim prawny ustanowiony przez państwa w zasadniczo innym celu oraz bez świadomości ani intencji przekazania tak daleko idących kompetencji sądom międzynarodowym.

UNCTAD wielokrotnie odnotowywał niezadowolone państwa z MPI z uwagi na fakt, że ogranicza ono przestrzeń regulacyjną¹⁶. Zjawisko to stało się możliwe na skutek dwóch specyficznych cech tego reżimu prawnego: po pierwsze, niezwykle mało precyzyjnego charakteru standardów ochrony inwestora zawartych w MTI oraz, po drugie, bezpośredniego dostępu inwestorów do arbitrażu międzynarodowego. Równocześnie należy zauważyć, że normy MPI – wzorzec działania oceny państw – w przytłaczającej większości pochodzą z MTI zawartych w XX wieku (dalej: „stare MTI”) i są ukierunkowane wyłącznie na ochronę interesów inwestorów zagranicznych. W szczególności preambuły MTI, które mogą mieć istotny wpływ na ich interpretację i określenie zakresu zobowiązań stron¹⁷, podkreślały wpływ inwestycji zagranicznych na rozwój gospodarczy państwa przyjmującego i w konsekwencji konieczność proaktywnej postawy na rzecz ochrony tych inwestycji jako kluczowej wartości. Sprzyjało to stosowaniu wykładni celowościowej i *stricte* proinwestycyjnej¹⁸. Dodatkowo, trybunały rozstrzygające spory inwestycyjne funkcjonowały i zasadniczo nadal funkcjonują według wzorca arbitrażu komercyjnego¹⁹. Ten mecha-

¹⁴ Tak też trybunał w sprawie *Philip Morris Brands Sàrl i in. przeciwko Urugwajowi*, wyrok z 8.7.2016 r. (dalej: *Philip Morris*), § 291.

¹⁵ M. Kałduński, *Ochrona uzasadnionych oczekiwań w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*, Toruń 2019, s. 160.

¹⁶ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Genewa 2012, s. 2; UNCTAD, *World Investment Report 2014*, Genewa 2015, s. 126; UNCTAD, *World Investment Report 2015*, Genewa 2015, s. 124.

¹⁷ J. Klabbbers, *Treaties and Their Preambles* [w:] M.J. Bowman, D. Kritsiotis (red.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge 2018 s. 172.

¹⁸ *Siemens A.G. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/02/8, wyrok dot. jurysdykcji, § 81; *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. przeciwko Filipinom*, ICSID No. ARB/02/6, wyrok dot. sprzeciwu w odniesieniu do jurysdykcji, § 116; zob również M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge 2015, s. 44–45; R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* Oxford 2012, s. 29.

¹⁹ Konwencja waszyngtońska z 1990 r., która stanowi współcześnie proceduralną podstawę większości sporów arbitrażowych inwestor – państwo na podstawie traktatów, została stworzona przede wszystkim jako forum dla sporów kontraktowych i do 1990 r. tylko tego rodzaju spory były rozstrzygane na jej podstawie, J. Pauwelyn, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, ICSID Review 2014, vol. 29, no. 2, s. 395–397 oraz 401–402. W odniesieniu do specyfiki arbitrażu warto odnotować pogląd, że: „Arbitrzy stawiają na pierwszym miejscu raczej kontraktową ani prawną [w rozumieniu regulacyjną – przyp. Ł.K.] analizę, decydując ściśle w odniesieniu do konkretnego zaistniałego sporu”, L. Lévy, F. Robert-Tissot, *L'interprétation arbitrale*, Revue de l'arbitrage 2013, vol. 4, s. 877.

nizm rozwiązywania sporów charakteryzuje się poufnością, co często nie pozwala organizacjom pozarządowym czy społecznościom lokalnym pozyskać informacje o trwającym postępowaniu, jak również zakłada ograniczone możliwości zaprezentowania stanowiska przez takie podmioty²⁰. Tymczasowy charakter trybunałów arbitrażowych, brak stałego sądu inwestycyjnego czy przynajmniej organu odwoławczego dodatkowo utrudnia wypracowanie jasnej doktryny orzeczniczej w zakresie ochrony wartości nieekonomicznych²¹. To istotnie odróżnia MPI od innych reżimów prawa międzynarodowego, które dzięki posiadaniu stałych organów sądowych były w stanie sformułować doktryny w znacznie większym stopniu uwzględniające kompetencje regulacyjne państw²². Można wskazać w tym zakresie kilka istotnych przykładów. Organ Odwoławczy Światowej Organizacji Handlu przyjął prośrodowiskową interpretację Porozumienia GATT w sprawie *Shrimp-Turtle*²³, czy był gotowy zaakceptować kwestie etyczne jako usprawiedliwiające ograniczenia w handlu²⁴. Trybunał Sprawiedliwości UE sformułował doktrynę wymogów imperatywnych jako dodatkowych wyjątków dotyczących swobód w celu ochrony takich wartości, jak działanie państwa w zakresie ochrony konsumentów, ochrony zdrowia, walka z unikaniem opodatkowania oraz skuteczność kontroli podatkowych²⁵. Wreszcie Europejski Trybunał Praw Człowieka wypracował w swoim orzecznictwie doktrynę marginesu oceny²⁶. Do tego ostatniego sporadycznie odwoływały się trybunały arbitrażowe²⁷.

Na skutek tych istotnych systemowych braków MPI narusza równowagę pomiędzy dzy interesem jednostki (inwestor zagraniczny) a interesem społeczności realizowa-

²⁰ A.-M. de Zayas, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order*, 14.7.2015 r., A/HRC/30/44, § 15.

²¹ J. Crawford, *Foreword* [w:] Z. Douglas (red.), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge 2009, s. xxi.

²² C. Henckels, *The Role...*, *op. cit.*, s. 123.

²³ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Report of the Appellate Body*, 6.11.1998, WT/DS58/AB/R.

²⁴ *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products – Report of the Appellate Body*, 22.5.2014, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R; zob. również Ł. Gruszczyński, *WTO Panel Report (WT/DS400/R, WT/DS401/R of 2013) and Appellate Body Report (WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R) in EC – Seal Products case: public morality meets the World Trade Court*, PRIEL 2014, vol. 3, no. 1–2, s. 101–119.

²⁵ Zob. przykładowo 120/78, *Rewe Zentral AG (Cassis de Dijon)*; C-575/11, *Eleftherios-Themistoklis Nasiopoulos*, § 21; C-255/04, *Komisja przeciwko Francja*, § 46–47; C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, § 47.

²⁶ *Handyside przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 7.12.1976 r.; A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008; C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 236–237, L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?*, EPS 2008, nr 4, s. 4–13.

²⁷ *Electrabel SA przeciwko Węgrom*, ICSID No. ARB/07/19, wyrok z 30.11.2012 r., § 8.35; na temat kontrowersji, jakie ta doktryna wywołała w składzie arbitrażowym orzekającym w sprawie *Philip Morris przeciwko Urugwajowi*, zob. Y. Fukunaga, *Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration?*, *Journal of International Dispute Settlement* 2019, vol. 10 No 1, s. 1–3.

nym przez państwowe regulacje dotyczące ochrony praw człowieka, w tym praw ludności tubylczej, ochrony środowiska²⁸ czy dóbr kultury, przez nadmierną koncentrację na uprawnieniach inwestorów²⁹. W tej perspektywie już na poziomie teoretycznym należy stwierdzić, bez względu na analizę praktyki orzeczniczej, że MPI w niewystarczający sposób uwzględnia konieczność ochrony wartości pozaekonomicznych.

Nie oznacza to, że trybunały arbitrażowe nie brały pod uwagę prawa państwa do regulacji³⁰. Czyniły to do pewnego stopnia, niemniej jednak nie wypracowały spójnej doktryny w odniesieniu do standardu oceny działań państwa³¹. Analiza orzecznictwa trybunałów arbitrażowych nie pozwala na jednoznacznie krytyczne stanowisko. Należy odnotować, że niektóre z nich, szczególnie te funkcjonujące na podstawie Porozumienia ustanawiającego Północnoamerykańską Strefę Wolnego Handlu (NAFTA) oraz w zakresie roszczeń dotyczących wyłączenia pośredniego, w znacznym stopniu były w stanie uwzględnić uwarunkowania regulacyjne³². Równocześnie, bez wątplenia krytycznie można ocenić szereg rozstrzygnięć dotyczących zarzutów naruszenia traktowania sprawiedliwego i słusznego, jak również interpretacji wyjątków dotyczących ochrony interesów państwa, w tym stanu wyższej konieczności.

Ingerencja MPI w krajowe ramy regulacyjne może być rozpatrywana na dwóch poziomach: po pierwsze, jako tzw. skutek mrozący (*chilling effect*); po drugie, jako problem kwestionowania przez trybunały arbitrażowe działań państwa.

W odniesieniu do tego pierwszego przypadku, mimo że nie ma kompleksowych danych w tym zakresie, istnieje szereg przykładów, kiedy to państwa powstrzymywały się od określonych działań regulacyjnych z powodu gróźb roszczeń na podstawie MTI ze strony inwestorów zagranicznych³³. W tym przypadku zatem sama groźba

²⁸ K. Miles, *Origins of international investment law*, Cambridge 2013, s. 125; J. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play* [w:] K. Miles (red.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham 2016, s. 14; D. Behn, M. Langford, *Trumping the Environment? An Empirical Perspective on the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration*, *Journal of World Investment and Trade* 2017, vol. 18, s. 48.

²⁹ Odmienne Y. Radi, *International investment law and development: A history of two concepts* [w:] S. Schil C. Tams, R. Hofman, *International Investment Law and Development – Bridging the Gap*, Cheltenham 2015, s. 80–81, który wręcz gloryfikuje MPI: „uważam, że ten reżim, rozpatrywany jako całość, nigdy nie poświęcił interesu publicznego” (s. 92).

³⁰ *Saluka Investments BV przeciwko Rep. Czeskiej*, UNCITRAL, wyrok z 17.3.2006 r. (dalej: *Saluka*) § 255 oraz 262, podobnie *S.D. Myers, Inc. przeciwko Kanadzie*, UNCITRAL, wyrok z 13.11.2000 r., § 281 oraz *Methanex Corporation przeciwko Stanom Zjednoczonym*, UNCITRAL (dalej: *Methanex*), wyrok z 3.8.2005 r., § IV.D.7; *EnCana Corp. przeciwko Ekwadorowi*, wyrok z 3.2.2006 r., § 171–194; *Ryan, Schooner Capital LLC, Atlantic Investment Partners LLC przeciwko Polsce*, wyrok z 24.11.2015 r., § 475–495; zob również A. Stone Sweet, F. Grisel, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford 2017, s. 190.

³¹ C. Henckels, *The Role of... op. cit.*, s. 113.

³² *Glamis Gold, Ltd. przeciwko Stanom Zjednoczonym*, UNCITRAL, wyrok z 8.6.2009 r.; *Chemtura Corp. przeciwko Kanadzie*, wyrok z 2.8.2010 r., (dalej: *Chemtura*); *Eli Lilly and Company przeciwko Kanadzie*, ICSID No. UNCT/14/2, wyrok z 16.3.2017 r. (dalej: *Eli Lilly*).

³³ K. Tienhaara, *Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science* [w:] Ch. Brown, K. Miles (red.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge 2011, s. 610; Manjiao Chi wskazuje, że są one przeszkodą w realizacji zrównoważonego rozwoju

roszczenia, bez względu na jej zniszczenie, w ramach mechanizmu, który, jak wskazano wcześniej, ma istotne systemowe braki, mogła spowodować zmianę zachowania państwa. Do wysuwania takich swoistych gróźb zdają się zachęcać również firmy prawne, które przyjmują optykę, że państwowa regulacja oznacza przede wszystkim ryzyko dla inwestora³⁴. Przykłady takich sytuacji można mnożyć. W 2002 r. Indonezja zrezygnowała z wyjątków od zakazu wycinki drzew w prawie leśnym na określonych obszarach dla firm górniczych, ponieważ ich właściciele zagrozili pozwami do arbitrażu inwestycyjnego³⁵. Kanada zrezygnowała z wprowadzenia przepisów dotyczących opakowania wyrobów tytoniowych, które miały na celu zniechęcać do ich zakupu, z uwagi na groźbę firmy Philip Morris dotyczące potencjalnego naruszenia Porozumienia NAFTA³⁶. Podobnie Nowa Zelandia miała opóźnić wprowadzenie przepisów analogicznych do australijskich w tym zakresie z uwagi na roszczenia arbitrażowe³⁷.

W odniesieniu do tej drugiej sytuacji należy odnotować rosnącą liczbę roszczeń arbitrażowych kwestionujących środki regulacyjne. Kolumbia została zaskarżona przez inwestorów zagranicznych, ponieważ wprowadziła dodatkowe regulacje środowiskowe oraz dotyczące ochrony ludów tubylczych w zakresie niektórych działań górniczych na swoim terytorium³⁸. Włochy zostały zaskarżone z powodu wprowadzenia zakazu wydobywania gazu i ropy na morzu terytorialnym³⁹. Przedmiotem roszczeń inwestycyjnych jest również mechanizm restrukturyzacji długu państwowego⁴⁰, nawet jeżeli był wcześniej międzynarodowo uzgodniony. Problem wpływu MPI na kompetencje regulacyjne państwa jest w ostatnim okresie szczególnie dostrzegalny w zakresie promowania inwestycji w obszarze energii pochodzącej ze źródeł odnawialnych⁴¹. Specyfika tego sektora wiąże się z faktem, że jego rozwój wymaga najczęściej rządowego wsparcia, co czyni inwestycje w tym obszarze podatne na

– M. Chi, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law: Normative Incompatibility, System Integration and Governance Implications*, Abingdon 2018, s. 41.

³⁴ M. Stear Gorsline, *Addressing Regulatory Risks Through Investment Arbitration*, Jones Day 2015, Executive Roundtable Series for Legal and Business Solutions, <https://www.transnational-dispute-management.com/avl.asp?key=11>.

³⁵ K. Miles, *Origin... op. cit.*, s. 182–183.

³⁶ M. Kałduński, *op. cit.*, s. 162–163.

³⁷ L. Gruszczynski [Ł. Gruszczyński], *Australian Plain Packaging Law, International Litigations and Regulatory Chilling Effect*, European Journal of Risk Regulation 2014, vol. 5, no. 2, s. 244.

³⁸ L. Bohmer, *Colombia put on notice of BIT arbitration by another mining company following recent rulings by Constitutional Court*, 29.3.2019 r., IA Reporter.

³⁹ *Sprawa Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd przeciwko Rep. Włoskiej*, ICSID No. ARB/17/14 – jeszcze nierozstrzygnięta.

⁴⁰ H. Kupelyants, *Police powers in sovereign debt restructurings* [w:] S. Schill, C. Tams, R. Hoffman, *op. cit.*, s. 89–96; *Abaclat i inni przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/07/5, wyrok jurydykcyjny z 4.8.2011 r.; *Ambiente Ufficio i inni przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/08/9, wyrok z 8.2.2013 r.; *Poštová banka and Istrokapital przeciwko Grecji*, ICSID No. ARB/13/8, wyrok z 9.4.2015 r.; zob. również Ch. Brower, A. Goetz-Charlier, *International investment law and the global financial architecture* [w:], S. Schill, C. Tams, R. Hoffman, *op. cit.*, s. 33.

⁴¹ K. Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, *Transnational Environmental Law* 2018, vol. 7, no. 2, s. 239–241.

wszystkie istotne problemy budżetowe takiego państwa. Implikują one bowiem ograniczenie subsydiów dla tego rodzaju inwestorów⁴². W rezultacie takich ograniczeń na podstawie Traktatu Karty Energetycznej (TKE) w latach 2012–2018 r. inwestorzy zagraniczni wnieśli ponad 70 roszczeń⁴³. Tylko przeciwko Hiszpanii na podstawie MTI w latach 2011–2018 wniesiono 46 pozwów odnoszących się do ograniczeń państwa w zakresie subsydiów wobec projektów dotyczących energii odnawialnej⁴⁴.

Jak wskazano wcześniej, kwestionowanie środków regulacyjnych państwa jest możliwe przede wszystkim z uwagi na lakoniczny i bardzo generalny charakter norm MTI, w szczególności w zakresie ochrony przed wywłaszczeniem oraz przyznania traktowania sprawiedliwego i słusznego. Kwestie te wymagają bardziej szczegółowego omówienia. Równocześnie pokazane zostaną trudności w skutecznym powoływaniu się państwa na okoliczność wyłączającą odpowiedzialność, jaką jest stan wyższej konieczności⁴⁵.

1. Wywłaszczenie

Zakaz wywłaszczenia oraz działań równoważnych do wywłaszczenia stanowi klasyczne postanowienie MTI. Współcześnie znaczenie tego przepisu w kontekście prawa do regulacji dotyczy przede wszystkim tzw. wywłaszczenia pośredniego⁴⁶, którego zakres nie jest w pełni dookreślony⁴⁷. Dobrym przykładem w tym zakresie jest rozstrzygnięcie w sprawie *Metalclad*, gdzie trybunał stwierdził, że wywłaszczenie na podstawie porozumienia NAFTA obejmuje również „incydentalną ingerencję w używanie własności, które mają skutek w postaci pozbawienia właściciela, całości lub istotnej części, możliwości korzystania lub ekonomicznych korzyści wynikających z własności, których można rozsądnie oczekiwać, nawet jeżeli nie nastąpiło to dla oczywistej korzyści państwa przyjmującego”⁴⁸.

⁴² Y.S. Selivanova, *Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases*, ICSID Review 2018, vol. 33, no. 2, s. 434–435.

⁴³ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁴⁴ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁴⁵ W artykule zostaną zatem szczegółowo omówione trzy normy prawne, które według mnie wzbudzają największe kontrowersje z perspektywy prawa do regulacji. Taki wybór wynika z ograniczeń objętości artykułu, niemniej jestem świadom, że omawiana problematyka dotyka również innych norm inwestycyjnych, w szczególności klauzuli najwyższego uprzywilejowania oraz pełnej ochrony i bezpieczeństwa, UNCTAD, *Word investment report 2015*, Geneva 2015, s. 135–139; M. Menkes, *Governance gospodarczy – studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 2016, s. 280–281.

⁴⁶ Jednym z pierwszych rozstrzygnięć dotyczących wywłaszczenia pośredniego była sprawa *Starret Housing przeciwko Iranowi*, wyrok z 19.12.1983 r., 4 Iran-United States Claims Tribunals Reports 1984, vol. 4, s. 122.

⁴⁷ I. Cheyne, *Deference and the Use of the Public Policy Exception in International Courts and Tribunals* [w:] Ł. Gruszczyński, W. Werner (red.), *op. cit.*, s. 41 i 49–50.

⁴⁸ *Metalclad Corporation przeciwko Meksykowi*, ICSID No. ARB(AF)/97/1, wyrok z 30.8.2000 r., § 103.

W rezultacie inwestorzy często podnoszą, że ogólne regulacje państwowe stanowiły wywłaszczenie pośrednie. W tym kontekście trybunały arbitrażowe rozstrzygały roszczenia dotyczące opodatkowania, regulacji importowych i eksportowych, przepisów dotyczących ochrony środowiska i zdrowia, regulacji dotyczących kontroli waluty, sektora energetycznego, telekomunikacyjnego, finansowego, nadawczego oraz transportu lotniczego⁴⁹. Podstawowy problem pojawiający się w tym zakresie to ustalenie, jakie działania państwa realizowane na podstawie prawa do regulacji, w szczególności w ramach tzw. kompetencji władczych (*police powers*) mogą nie być kwalifikowane jako wywłaszczenie pośrednie, nawet jeżeli w pewnym stopniu wpływają na wartość inwestycji czy ograniczają możliwość korzystania z niej⁵⁰. Według UNCTAD do środków państwowych niestanowiących wywłaszczenia zalicza się: kary nakładane w związku z przestępstwami, zajęcie własności w związku z opodatkowaniem, ustawodawstwo ograniczające możliwość korzystania z własności z uwagi na regulacje dotyczące zagospodarowania przestrzennego, ochrony środowiska, bezpieczeństwa czy zdrowia oraz działania dotyczące obrony państwowej⁵¹. Artykuł 1 Protokołu 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności określa, że ochrona własności nie będzie „w żaden sposób naruszać prawa Państwa do wydawania takich ustaw, jakie uzna za konieczne dla uregulowania sposobu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zapewnienia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych”⁵². Podobnie Konwencja ustanawiająca Międzynarodową Agencję Gwarancji Inwestycyjnych w art. 11 określa, że „środki niedyskryminacyjne o powszechnym zastosowaniu, które rządy zwykle [*normally*] podejmują dla celów regulowania działalności gospodarczej na swoim terytorium”, nie stanowią wywłaszczenia⁵³. Takie jest zasadniczo

⁴⁹ J.M. Cox, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford 2019, s. 156.

⁵⁰ Piotr Kobielski zauważa, że trybunały arbitrażowe często zamiennie stosowały pojęcie działań władczych oraz działań regulacyjnych w kontekście oceny działań państw, zob. P. Kobielski, *Wywłaszczenie majątku cudzoziemca w świetle orzecznictwa trybunałów międzynarodowych*, Warszawa 2013, <https://depotuw.ceon.pl/>, s. 283–284. Warto jednak wyjaśnić, że geneza obu koncepcji jest nieco inna. Podczas gdy uznanie legalności działań władczych państwach sięga przynajmniej orzecznictwa arbitrażowego pierwszej połowy XX wieku, to koncepcja działania regulacyjnych wiąże się przede wszystkim z orzecznictwem amerykańskiego Sądu Najwyższego z końca lat 70. XX wieku (*Penn Central Transportation Co przeciwko Miasto Nowy Jork*, 438 US 104 [1978]), które następnie poprzez amerykański i kanadyjski model BIT z 2004 r. przeniknęło do międzynarodowego prawa inwestycyjnego, zob. szerzej S.A. Spears, *Making way for the public interest in international investment agreements* [w:] Ch. Brown, K. Miles (red.), *op. cit.*, s. 278.

⁵¹ UNCTAD, *Taking of Property*, Genewa 2000, s. 12; podobnie UNCTAD, *Expropriation, A Sequel*, Genewa 2012, s. 79. Uznanie, że działanie w ramach kompetencji władczych nie skutkuje wywłaszczeniem, zostało zaakceptowane przez Irańsko-Amerykański Trybunał ds. Roszczeń, zob. *Sedco, Inc. przeciwko Iranowi*, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. s. 248; podobnie *Emanuel Too przeciwko Greater Modesto Insurance Associates oraz Stanom Zjednoczonym*, 23 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep., s. 378; *Sea-Land Service, Inc. przeciwko Iranowi*, 6 Iran-U. S. Cl. Trib. Rep., s. 149.

⁵² Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175/1.

⁵³ Podobnie w projekcie Wielostronnej Umowy Inwestycyjnej z 1998 r.: “The reference (...) to expropriation (...) measures tantamount to expropriation (...) reflects the fact that international law requires compensation for an expropriatory taking (...). It does not establish a new requirement that

również podejście trybunałów arbitrażowych, które stosowały doktrynę kompetencji władczych, uznając na tej podstawie, że do wyłączenia nie doszło⁵⁴.

Przynajmniej od 2004 r. i ukazania się nowego amerykańskiego i kanadyjskiego modelu BIT-u odnotować można praktykę zmierzającą do doprecyzowania koncepcji wyłączenia pośredniego w MTI. Stosowane kryteria, choć bez wątplenia stanowiące krok w kierunku bardziej zrównoważonego podejścia, nadal mają stosunkowo ogólny charakter. Zakładają one przede wszystkim, że środki regulacyjne państwa o charakterze generalnym zasadniczo nie będą stanowić wyłączenia, ponieważ nie będą wpływały istotnie na możliwość korzystania z inwestycji. Takie podejście zdaje się mieć na celu podkreślenie, że wyłączenie pośrednie może zaistnieć w zupełnie wyjątkowych sytuacjach, niemniej równocześnie opiera się ono na znanej przynajmniej od lat 80. XX wieku doktrynie oceny skutku działań państwa względem własności inwestora⁵⁵. Dodatkowy wymóg w tym zakresie jest zawierany w traktatach UE. Zakłada on konieczność oceny wpływu środka nie tylko w odniesieniu do jego skutków, ale również celów⁵⁶. Takie podejście znajduje również uzasadnienie w doktrynie⁵⁷.

Nie jest jednoznaczne, czy doktryna środków regulacyjnych lub władczych może *per se* stanowić okoliczność pozwalającą na brak uznania danego działania za wyłączenie, mimo spełnienia kryterium skutku⁵⁸. Istniejące orzecznictwo nie jest spójne w tej kwestii, niemniej istnieje szereg argumentów przemawiających za tym, że definicja wyłączenia legalnego zawarta w BIT-ach (określająca, że takie działanie musi być niedyskryminacyjne i w interesie publicznym) zasadniczo

Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments”, Annex 3 art. 5, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.

⁵⁴ *Saluka*, § 250–272; *Chemtura*, § 249–266; *Renee Rose Levy De Levi przeciwko Peru*, wyrok z 26.2.2014 r. (dalej: *Renee Rose*), § 445–476; *Philip Morris*, § 291–307; *WNC Factoring Ltd (WNC) przeciwko Rep. Czeskiej*, PCA Case No. 2014-34), wyrok z 22.2.2017 r., § 389.

⁵⁵ Zakłada ona określenie, czy działanie państwa pozbawiło inwestora z możliwości korzystania z inwestycji w stopniu analogicznym do bezpośredniego wyłączenia. Stosunkowo powszechnie akceptowane parametry pomocne w ustaleniu, czy do takiego wyłączenia doszło, określił trybunał w sprawie *Pope & Talbot przeciwko Kanadzie*, sentencja tymczasowa z 26.6.2000 r., § 100.

⁵⁶ „z wyjątkiem rzadkich przypadków, w których wpływ środka lub szeregu środków jest w świetle jego celów tak znaczny, iż wydaje się przesadny” – zał. I do Umowy o ochronie inwestycji między Unią Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Republiką Singapuru, z drugiej strony, COM(2018) 194 final.

⁵⁷ Y. Kryvoi, L. Trakhalina, *Can Regulatory Freedom Justify Indirect Expropriation in Investment Arbitration?*, 10.8.2019 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>; Aniruddha Rajput twierdzi, że intencja/cel jest elementem odróżniającym środki o charakterze wyłączeniowym od środków o charakterze regulacyjnych. W tym ostatnim przypadku szkody wyrządzone jednostce nie są celem, ale ewentualną konsekwencją środka przyjętego przez państwo. Zdaniem tego autora dobra wiara państwa, wyrażona najczęściej właśnie w intencji lub celu (poza niedyskryminacją i działaniem w interesie publicznym), jest czynnikiem, który pozwala stwierdzić istnienie środka regulacyjnego, A. Rajput, *op. cit.*, § 2.04 oraz 9.

⁵⁸ P. Ranjan, *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, *Asian Journal of International Law* 2019, vol. 9, s. 107–108.

wykluczałyby taki wyjątek⁵⁹. Odmienna interpretacja kompetencji władczych państwa powodowałaby uznanie, że ta zwyczajowa reguła ma pierwszeństwo przed wyraźnymi postanowieniami traktatowymi zakładającymi wymóg odszkodowania zawsze w przypadku uznania skutku wywłaszczeniowego środków przyjętych przez państwo, bez względu na ich formę⁶⁰. Potwierdza to również podejście niektórych trybunałów arbitrażowych, które stanowisko zakładające, że środki władcze usprawiedliwiają działanie państwa, prezentowały dopiero po stwierdzeniu, że to działanie nie miało skutku równoważnego do wywłaszczenia⁶¹.

Równocześnie dodatkową trudnością jest fakt, że niektóre MTI⁶² wiążą problematykę wywłaszczenia pośredniego z uzasadnionymi oczekiwaniami inwestora, koncepcją w praktyce otwartą na różne interpretacje⁶³. Nie jest bowiem jasne, jak ten miks czynników (efekt pozbawienia własności i istnienie uzasadnionych oczekiwań inwestora) miałby być łącznie ważony⁶⁴. Podejście odwołujące się do oczekiwań inwestora w zakresie stwierdzenia wywłaszczenia pośredniego nie jest jednak powszechne ani w orzecznictwie⁶⁵, ani w praktyce traktatowej⁶⁶.

2. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne

Zawarty w większości MTI standard traktowania sprawiedliwego i słusznego (*fair and equitable treatment* – FET) ma szczególne znaczenie w kontekście kwestionowania środków regulacyjnych państwa. Wiąże się to przede wszystkim z jego

⁵⁹ D. Bray, *Non-Compensatory versus Compensatory Takings Under NAFTA*, TDM 2012, vol. 9, issue 7, s. 19–20; A. Pellet, *Police Powers or the State's Right to Regulate* [w:] M. Kinnear (red.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Hague 2015, s. 456; zob. także *Azurix Corp. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/01/12, wyrok z 14.7.2006 r., § 310; *Técnicas Medioambientales Tecmed s.a. przeciwko Meksykowi*, ICSID No. ARB (AF)/00/2, wyrok z 29.5.2003 r. (dalej: *Tecmed*), § 121; odmiennie Arnaud de Nanteuil, według którego: “The purpose of this clause is to preserve the State's right to regulate, thus preventing adjudicators from applying the ‘sole effect doctrine’ when such a State measure is at stake”. A. de Nanteuil, *Expropriation* [w:] M. Moïse Mbengue, S. Schacherer (red.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Berlin 2019, s. 150 oraz L. Yves Fortier, S.L. Drymer, *Indirect Expropriation* [w:] M. Kinnear (red.), *op. cit.*, s. 357–358.

⁶⁰ *Vivendi II (Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal przeciwko Argentynie)*, ICSID No ARB/97/3, wyrok z 20.8.2007 r., § 7.5.21.

⁶¹ *Philip Morris*, § 287, 307; *Chemtura*, § 241–266; *AWG Group Ltd. przeciwko Argentynie*, wyrok z 30.4.2017 r., § 132–140.

⁶² Amerykański model BIT 2004; Kompleksowa umowa gospodarczo-handlowa między UE a Kanadą (CETA), Dz. Urz. UE L 11 z 14.1.2017 r., s. 23–1079; aneks 1 do uzgodnionego rozdziału o ochronie inwestycji w projekcie Umowy UE–Meksyk, <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1833>.

⁶³ *Methanex*, Part IV, Chapter D, §. 7–15; J. Paulsson, *Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at risk?*, TDM 2006, vol. 2, s. 6; *Quiborax SA and Non Metallic Minerals SA przeciwko Boliwii*, ICSID No. ARB/06/2 (dalej: *Quiborax*), wyrok z 16.9.2015 r., § 202–239.

⁶⁴ Na temat problematyczności tego wymogu zob. A. de Nanteuil, *op. cit.*, s. 135–137.

⁶⁵ D. Bray, *op. cit.*, s. 27–29.

⁶⁶ Zob. IPA Signapur (zał. 1), IPA Wietnam (zał. 4).

niezwykle lakoniczną, zazwyczaj niezdefiniowaną w żaden sposób treścią powodującą, że trybunały arbitrażowe pełnią rolę quasi-legislacyjną w procesie rekonstrukcji znaczenia tej normy prawnej⁶⁷. W omawianym zakresie najbardziej kontrowersyjne elementy FET to wymóg stabilnych ram prawnych oraz ochrona uzasadnionych oczekiwań inwestora⁶⁸. Wymagają one osobnego omówienia.

Konkretnym przykładem pokazującym trudności, jakie FET może generować dla kompetencji regulacyjnych państwa, jest sprawa *Vattenfall przeciwko RFN*. Po nałożeniu przez władze Hamburga dodatkowych wymogów na elektrownię węglową szwedzkiej państwowej firmy Vattenfall w celu ograniczeniu emisji gazów cieplarnianych wniosła ona w 2008 r. roszczenie przeciwko RFN, domagając się 1,4 mld euro odszkodowania za naruszenie FET zawartego w TKE. W rezultacie władze niemieckie zawarły porozumienie ze szwedzkim inwestorem, rezygnując z dodatkowego wymogu w zamian za wycofanie roszczenia⁶⁹. Równocześnie w 2012 r. Vattenfall wniósł nową skargę przeciwko RFN w związku z decyzją władz niemieckich o rezygnacji z energetyki jądrowej⁷⁰.

2.1. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a stabilne ramy prawne⁷¹

Niektóre trybunały arbitrażowe przyjęły pogląd, że FET zapewnia ochronę przed jakąkolwiek istotną zmianą prawa lub polityki państwa przyjmującego⁷². W sprawie *Occidental przeciwko Ekwadorowi* trybunał powołał się na „stabilność ram prawnych i biznesowych”⁷³, w sprawie *Tecmed* stwierdził, że FET chroni podstawowe

⁶⁷ Ch.H. Brower II, *Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back*, Columbia Journal of Transnational Law 2001, vol. 43, s. 56; S. Vasciannie, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, British Year Book of International Law 1999, vol. 70, s. 142; Ł. Kułaga, *Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a minimalny standard traktowania w międzynarodowym prawie inwestycyjnym*, Warszawa 2016, s. 266–270.

⁶⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, Genewa 2015, s. 138.

⁶⁹ Zob. podobną sprawę *Westmoreland Coal Company przeciwko Kanadzie*, <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/westmoreland.aspx?lang=eng>.

⁷⁰ *Vattenfall AB i inni przeciwko RFN*, ICSID No. ARB/12/12.

⁷¹ Należy zastrzec, że przedmiotowa analiza dotyczy stabilnych ram prawnych rozumianych przez niektóre trybunały arbitrażowe jako element FET. Nie odnosi się ona natomiast do specyficznej redakcji art. 10 ust. 1 TKE, która doprowadziła niektóre trybunały arbitrażowe do uznania, że stabilne ramy prawne są autonomicznym zobowiązaniem traktatowym poza FET; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein przeciwko Rep. Włoskiej*, ICSID No. ARB/14/3 (dalej: *Blusun*), § 319; odmiennie w sprawie *Isolux*, gdzie trybunał uznał stabilność prawną jako element uzasadnionych oczekiwań, *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. przeciwko Hiszpanii*, SCC V2013/153, wyrok z 12.7.2016 r. (dalej: *Isolux*), § 764–766.

⁷² *CMS Gas Transmission Company przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/01/8 (dalej: *CMS*), wyrok z 12.5.2005 r., § 274; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., & LG&E International Inc. przeciwko Argentynie*, ICSID Case No. ARB/02/1, wyrok z 3.10.2006 r. (dalej: *LG&E*), § 124; *Renee Rose*, § 445–476; *Quiborax*, § 202–239.

⁷³ *Occidental Exploration and Production Co. przeciwko Ekwadorowi*, wyrok z 1.7.2004 r., § 183.

oczekiwania inwestora z momentu podejmowania inwestycji i zakłada, że inwestor powinien wcześniej znać wszystkie regulacje, które będą dotyczyć jego inwestycji (co zdaje się implikować, że ramy prawne istniejące w trakcie rozpoczynania inwestycji nie mogą się zmienić)⁷⁴. W sprawie *Eiser* trybunał dowodził, że FET „obejmuje zobowiązania do zapewnienia fundamentalnej stabilności w odniesieniu do podstawowych elementów charakterystycznych dla reżimu prawnego, na którym polegają inwestorzy przy realizacji długoterminowej inwestycji”⁷⁵.

Kwestia interpretacji FET w tym zakresie jest przedmiotem kontrowersji, ponieważ równocześnie w wielu sentencjach arbitrażowych nie uznano wymogu stabilnych ram prawnych jako zobowiązań wynikających z tej normy⁷⁶.

Według Federico Ortino orzecznictwo trybunałów arbitrażowych interpretujące FET w zakresie stabilnych ram prawnych można podzielić na dwa podstawowe kierunki: po pierwsze, wymagające ścisłej stabilności i zakładające, że każda zmiana prawa, która w jakikolwiek sposób szkodzi inwestorowi, stanowi naruszenie oraz, po drugie, zakładające, że naruszeniem jest taka zmiana prawa, która nie da się obronić na podstawie kryteriów rozsądku, proporcjonalności czy proceduralnej sprawiedliwości⁷⁷. Warto mieć jednak na uwadze, że z perspektywy państwa nawet to drugie podejście może powodować trudności w obronie swoich kompetencji regulacyjnych z uwagi na nieostrość kryteriów i brak jednej doktryny ich stosowania przez trybunały⁷⁸. Dobrym przykładem w tym zakresie jest, uznawane za proregulacyjne, rozstrzygnięcie trybunału w sprawie *Philip Morris przeciwko Urugwajowi*, w którym stwierdzono:

„423. (...) zmiany ogólnego ustawodawstwa (przynajmniej w braku klauzuli stabilizacyjnej) nie są uniemożliwione przez standard traktowania sprawiedliwego i słusznego, jeżeli nie przekraczają realizacji normalnych kompetencji regulacyjnych w celu realizacji interesu publicznego przez państwo przyjmujące oraz nie modyfikują ram regulacyjnych, na których polegał inwestora w momencie realizacji inwestycji, poza akceptowalnym marginesem zmiany”.

⁷⁴ *Tecmed*, § 154.

⁷⁵ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. przeciwko Hiszpanii*, ICSID No. ARB/13/36, wyrok z 4.5.2017 r. (dalej: *Eiser*), § 362; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. przeciwko Hiszpanii*, ICSID No. ARB/13/31, wyrok z 15.6.2018 r. (dalej: *Antin*), § 523.

⁷⁶ *EDF (Services) Ltd przeciwko Rumunii*, ARB/05/13, wyrok z 2.10.2009 r., s. 34; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein przeciwko Rep. Włoskiej*, ICSID No. ARB/14/3, wyrok z 27.12.2016 r., § 319; zob. również *JSW Solar (zwei) GmbH & Co.KG, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen przeciwko Rep. Czeskiej*, PCA No. 2014-03, wyrok z 11.10.2017 r., § 406; *Eli Lilly*, § 382–384; *Total S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID Case No. ARB/04/01, wyrok z 27.11.2013 r., § 114–115; *El Paso przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/03/15, wyrok z 31.10.2011 r. (dalej: *El Paso*), § 352 oraz 367–68.

⁷⁷ F. Ortino, *The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?*, *Journal of International Economic Law* 2018, vol. 21, s. 849.

⁷⁸ V. Vadi, *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Cheltenham 2018.

Pozostaje jednak niejasne, czym są „normalne kompetencje regulacyjne” oraz „modyfikacja ram regulacyjnych poza akceptowalny margines zmiany”. Praktyka pokazuje, że ta swoista wytyczna została powtórzona przez szereg innych trybunałów, które jednak w praktyce rozumiały ją bardzo różnie⁷⁹. W tym zakresie trafniejszy i mniej podatny na swobodną interpretację wydaje się standard sformułowany w sprawie *Mobil & Murphy przeciwko Kanadzie*, w której stwierdzono, że:

„Artykuł 1105 NAFTA [zawierający FET – przyp. Ł.K.] może chronić inwestora przed zmianą, która powoduje niestabilne środowisko prawne lub biznesowe, tylko wtedy, gdy te zmiany można scharakteryzować jako arbitralne lub rażąco niesprawiedliwe, lub dyskryminacyjne, lub w inny sposób niezgodne ze standardem wynikającym z międzynarodowego prawa zwyczajowego”⁸⁰.

2.2. Traktowanie sprawiedliwe i słuszne a uzasadnione oczekiwania

Z wyjątkiem nowej praktyki traktatowej, która zmierza do ograniczenia możliwości powoływania się na doktrynę uzasadnionych oczekiwań w ramach FET, zasadniczo większość istniejących MTI nie reguluje relacji pomiędzy tymi dwoma standardami. Pozwoliło to trybunałom arbitrażowym na uznanie, w niewielkim stopniu dogmatycznie uzasadnione⁸¹, że ochrona uzasadnionych oczekiwań stanowi nieodłączny element FET. Konstrukcja prawna w tym zakresie zakłada, że „oczekiwania inwestora są uzasadnione, o ile są oparte na zgodności zachowania państwa z prawem międzynarodowym i z konkretnymi jednostronnymi zobowiązaniami, które to państwo zaciągnęło względem inwestora”⁸². Znaczące jest również, że podczas gdy doktryna uzasadnionych oczekiwań jest jednym z najczęściej skutecznie podnoszonych argumentów przez inwestorów zagranicznych w ramach FET, jej stosowanie

⁷⁹ *Antaris and Göde przeciwko Rep. Czeskiej*, PCA No. 2014-01, wyrok z 2.5.2018 r., § 262–64 oraz *CEF Energia BV przeciwko Rep. Włoskiej*, SCC No. 158/2015, wyrok z 16.1.2019 r., § 82. W sprawie *Eiser* trybunał stwierdził, że TKE chroni przed całkowitą i nierozsądną zmianą ram regulacyjnych ze strony państwa przyjmującego, *Eiser*, § 363.

⁸⁰ *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation przeciwko Kanadzie*, ICSID Additional Facility No. ARB(AF)/07/4, wyrok z 22.5.2012 r., § 152.

⁸¹ Trafnie w tym zakresie wskazuje Tomas Mach, że: “The nature of the origin of the doctrine of legitimate expectations remains unclear in terms of the categorisation of sources of norms (...) under international law. In fact, it is quite safe and accurate to conclude that it is a recent invention of arbitrators inspired by some municipal legal orders”, T. Mach, *Legitimate Expectations as Part of the FET Standard: An Overview of a Doctrine Shaped by Arbitral Awards in Investor-State Claims*, ELTE Law Journal 2018, vol. 1, s. 121; krytycznie również J. Ostřanský, *An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard* [w:] A. Gattini, A. Tanzi, F. Fontanelli (red.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill 2018, s. 375–377; C. Henckels, *Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law*, 24.6.2019 r., www.ssrn.com, s. 5.

⁸² Ł. Kulaga, *op. cit.*, s. 302.

na gruncie prawa krajowego, z którego się wywodzi, odmiennie niż przez trybunały inwestycyjne, nie generuje wysokich odszkodowań⁸³.

W kontekście kompetencji regulacyjnych szczególnie istotny jest pojawiający się w orzecznictwie pogląd, że uzasadnione oczekiwania mogą być wywodzone nie tylko ze zindywidualizowanych względem inwestora przyrzeczeń państwa, ale również z ogólnych krajowych ram prawnych⁸⁴. W tym zakresie szereg trybunałów arbitrażowych prezentuje pogląd, że nieproporcjonalna lub nieuwzględniająca w sposób rozsądny interesów podmiotów zainteresowanych zmiana prawa krajowego może stanowić naruszenie uzasadnionych oczekiwań⁸⁵. Pogląd ten nie jest powszechny. W szczególności w niedawno rozstrzygniętej sprawie *Belenergia* trybunał przesunął istotnie akcenty, wskazując przede wszystkim na problem braku należytej staranności inwestora w zakresie oceny, czego rzeczywiście powinien oczekiwać, dokonując inwestycji⁸⁶. Kontrowersje dotyczące tej problematyki dobrze oddaje sprzeczne orzecznictwo arbitrażowe w odniesieniu do kwestii, czy hiszpański dekret królewski 661/2007 dotyczący energetyki słonecznej generuje uzasadnione oczekiwania, czy też nie⁸⁷. Podejście, które aktualnie zdaje się przeważać w tym zakresie, zakłada, że:

„nie jest konieczne, aby szczególne zobowiązanie zostało poczynione względem każdego indywidualnego powoda w celu stworzenia uzasadnionych oczekiwań. Przynajmniej w sprawach dotyczących ściśle regulowanej gałęzi przemysłu i mając na względzie, że przyrzeczenia są dostatecznie jasne i jednoznaczne, wystarczające jest, że reżim regulacyjny został ustanowiony w jawnym celu przyciągnięcia inwestycji przez przedstawienie

⁸³ D. Gaukrodger, *The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper*, OECD Working Papers on International Investment 2017, vol. 2, s. 27.

⁸⁴ Pogląd ten znajduje również pewne uznanie w doktrynie. Marcin Kałduński twierdzi np., że: „Wprowadzenie regulacji, która będzie nierozsądna (...) będzie stanowić zniweczenie uzasadnionych oczekiwań”, M. Kałduński, *op. cit.*, s. 167; podobnie K. Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment: Have Its Contours Fully Evolved?* [w:] K. Yannaca-Small (red.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford 2018, s. 519.

⁸⁵ *Blusun*, § 319; *Charanne B.V. and Construction Investments S.Á.R.L. przeciwko Hiszpanii*, SCC V 062/2012, wyrok 21.12.2016 r. (dalej: *Charanne*), § 513; *Isolux*, § 430; *Antin*, § 523; *Frontier Petroleum przeciwko Republice Czeskiej*, UNCITRAL, wyrok z 12.11.2010 r., § 285.

⁸⁶ *Belenergia S.A. przeciwko Rep. Włoskiej*, ICSID No. ARB/15/40, wyrok z 6.8.2019 r., § 571–606; ten wątek trafnie rozwija również M. Kałduński, *op. cit.*, s. 127–141; uzasadnionych oczekiwań nie uznał również trybunał arbitrażowy w sprawie *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA przeciwko Rep. Włoskiej*, SCC No. 2015/095, wyrok z 23.12.2018 r. oraz *Unión Fenosa Gas, S.A. przeciwko Egipcjowi*, ICSID No. ARB/14/4, wyrok z 31.8.2018 r.

⁸⁷ Odpowiedź negatywna: *Charanne*, § 503 oraz *Nextera Energy Global Holdings B.V. and Nextera Energy Spain Holdings B.V. przeciwko Hiszpanii*, ICSID No. ARB/14/11, wyrok z 12.5.2019 r., § 591 (wskazujący jednak, że zachowania towarzyszące dekretowi ze strony organów hiszpańskich spowodowały powstanie uzasadnionych oczekiwań, § 596). Odpowiedź pozytywna: *9REN Holding S.Á.R.L. przeciwko Hiszpanii*, ICSID No. ARB/15/15, wyrok z 31.5.2019 r., § 257; *Cuba Infrastructure Fund Sicav i inni przeciwko Hiszpanii*, ICSID No. ARB/15/20, wyrok z 19.2.2019 r. (dalej: *Cuba Infrastructure*), § 390; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR przeciwko Hiszpanii*, SCC Arbitration (2015/063), wyrok z 15.2.2018 r., § 681.

potencjalnym inwestorom perspektywy, że inwestycje będą poddane szeregowi szczegółowych regulacyjnych zasad, które jako kwestia intencjonalnej polityki będą utrzymywane w mocy przez określony czas. Takie reżimy są wyraźnie ustanowione, aby stworzyć oczekiwania, na których inwestor będzie polegał; w zakresie, w jakim te oczekiwania są obiektywnie uzasadnione, dają one podstawę do uzasadnionych oczekiwań⁸⁸.

Należy mieć na uwadze, że dominujące w ostatnich latach orzecznictwo na podstawie TKE może mieć istotny wpływ na rozwój inwestycyjnego orzecznictwa arbitrażowego również na podstawie innych MTI. Kierunek ten byłby niewątpliwie szkodliwy z perspektywy prawa państwa do regulacji. Specyfika TKE, który jest jednym z nielicznych, jeśli nie jedynym traktatem inwestycyjnym zawierającym *expressis verbis* sformułowany wymóg stabilnych ram prawnych oraz szczególnie charakter spraw dotyczący energii odnawialnych, powoduje bowiem, że trybunały arbitrażowe szeroko interpretują zobowiązania inwestycyjne państwa w zakresie krajowego porządku prawnego. W rozstrzygnięciach w tym zakresie często podkreślano, co wcześniej wydawało się raczej nieistotne, że uzasadnione oczekiwania mogą być wywodzone również z ogólnych ram prawnych.

2.3. Wyjątki w międzynarodowym prawie inwestycyjnym oraz okoliczności wyłączające odpowiedzialność a prawo do regulacji

Problematyka ograniczenia swobody działań państwa w celu wyjścia z kryzysu gospodarczego przez MPI została uwypuklona w sprawach dotyczących Argentyny. Szereg trybunałów arbitrażowych stanęło na stanowisku, że jedyną dopuszczalną obroną państwa w tym zakresie jest wynikający z międzynarodowego prawa zwyczajowego i skodyfikowany w artykułach o odpowiedzialności państw z 2001 r. stan wyższej konieczności. Skuteczne powołanie się nań wymaga spełnienia kumulatywnie kilku przesłanek, do których należą m.in. wymóg, aby działania państwa były jedynym środkiem ochrony istotnego interesu państwa przed poważnym i nieuchronnym niebezpieczeństwem oraz nieprzyczynienie się państwa do stanu wyższej konieczności⁸⁹. Na dziewięć zapadłych w tym zakresie rozstrzygnięć sześć trybunałów arbitrażowych odrzuciło obronę Argentyny⁹⁰. W pozostałych rozstrzygnięciach obrona Argentyny w całości lub częściowo została uznana⁹¹.

⁸⁸ *Cuba Infrastructure*, § 388.

⁸⁹ *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, tekst przyjęty przez Komisję Prawa Międzynarodowego w 2001 r., aneks do rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 56/83 z 12.12.2001 r.

⁹⁰ *CMS; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/01/3, wyrok z 22.5.2007 r.; *Sempra Energy International przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/02/16, wyrok z 28.9.2007 r.; *BG Group Plc przeciwko Argentynie*, UNCITRAL wyrok z 24.12.2007 r.; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/03/5, wyrok z 6.6.2008 r.; *El Paso*.

⁹¹ *LG&E; Continental Casualty Company przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/03/9, wyrok z 5.9.2008 r.; *National Grid plc przeciwko Argentynie*, UNCITRAL, wyrok z 3.11.2008 r. Należy odnotować, że kryzys ekonomiczny Argentyny, jako usprawiedliwiający jej działania, uznał rów-

W tym zakresie warto odnotować, że działania Argentyny nie miały charakteru dyskryminacyjnego i wiązały się ze znaczącym kryzysem gospodarczym. Zmierzały one zatem do ochrony istotnego interesu państwa przed poważnym i nieuchronnym niebezpieczeństwem. Szereg trybunałów arbitrażowych uznało jednak, że działania Argentyny przyczyniły się do kryzysu gospodarczego w tym państwie, a podjęte działania nie były jedynym środkiem, które mogły uchronić kraj przed kryzysem. Konkluzja ta została sformułowana, mimo że opinie ekonomistów na temat źródeł argentyńskiego kryzysu i mechanizmów zaradzenia mu nie były jednoznaczne⁹². Alan Sykes trafnie wskazuje, że w sytuacji braku jednoznacznych konkluzji ekonomistów rozważania trybunałów arbitrażowych stanowiły spekulację i były narażone na błędy. Należy również poprzeć stanowisko tego autora zakładające, że w tego rodzaju sytuacjach arbitrzy powinni wykazać się znaczącym marginesem uznania w zakresie oceny działań państwa⁹³. Problem ten wiąże się ze standardem oceny⁹⁴, który powinien być stosowany przez trybunały inwestycyjne⁹⁵. Jak wskazano wcześniej, w odróżnieniu od TSUE czy ETPC, wielość trybunałów arbitrażowych funkcjonujących w ramach MPI, niepodlegających hierarchicznej kontroli, spowodowała, że nie wypracowały one spójnego, powszechnie stosowanego standardu oceny. W rezultacie państwa nie są w stanie przewidzieć, np. w odniesieniu do okoliczności wyłączających odpowiedzialność, kryteriów oceny i stopnia jej intensywności, którą mogą zastosować trybunały arbitrażowe⁹⁶.

Rezultatem większej świadomości państw w zakresie zagrożeń wynikających z orzecznictwa arbitrażowego jest stosowanie w nowych MTI na znacznie większą skalę różnego rodzaju klauzul zawierających wyjątki⁹⁷. Rozwiązanie tego rodzaju,

niez Komitet uchylający w sprawie *Enron Creditors Recovery Corp. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/01/3, decyzja z 30.7.2010 r., § 355–405.

⁹² A. Reinisch, *Necessity in Investment Arbitration*, Netherlands Yearbook of International Law 2010, vol. 41, s. 153–155.

⁹³ A.O. Sykes, *Economic “Necessity” in International Law*, AJIL 2015, vol. 109, no. 2, s. 319–323; podobnie A. van Aaken, *On the necessity of necessity measures: A response to Alan O. Sykes*, AJIL Unbound, vol. 109, s. 189.

⁹⁴ Standard oceny jest definiowany jako „charakter i intensywność oceny przez (międzynarodowy) sąd lub trybunał (...) decyzji podjętych organy rządowe”, J. Bohanes, N. Lockhart, *Standard of Review in WTO Law* [w:] I. Van Damme, R. Neufeld, D. McRae, D. Bethlehem (red.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, Oxford 2009, s. 379.

⁹⁵ Mogą one bowiem wykorzystywać doktryny zakładające większą wstrzemięźliwość lub większy aktywizm sędziowski, zob. szerzej Ł. Gruszczyński, W. Werner, *Introduction* [w:] Ł. Gruszczyński and W. Werner (red.), *op. cit.*, s. 3; C. Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration*, Cambridge 2015, s. 5.

⁹⁶ A. Roberts, *The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series 2011, s. 173.

⁹⁷ V. Korzun, *The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-outs*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2017, vol. 50, no. 2, s. 388–93. Takie rozwiązanie jest również postulowane przez ekspertów międzynarodowego prawa praw człowieka, zob. szerzej joint communication sent by the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises; the Special Rapporteur on the right to development; the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoy-

pożądane z perspektywy ochrony kompetencji regulacyjnych państwa i zmierzające do ochrony innych niż ekonomiczne wartości, może jednak okazać się pozorne, zwłaszcza w sytuacji nieodpowiedniego skonstruowania takiej klauzuli. Sprawa *Bear Creek Mining przeciwko Peru* pokazuje bowiem, że istnienie wyjątków w umowie, która ma zastosowanie (w tym przypadku FTA pomiędzy Peru i Kanadą z 2009 r.), zostało zinterpretowane przez trybunał jako uniemożliwiające Peru powołanie się na zwyczajową doktrynę kompetencji władczych. Według trybunału wprowadzenie wyjątków do FTA spowodowało dorozumiane wyłączenie możliwości powołania się na inne wyjątki⁹⁸. Wydaje się szczególnie kontrowersyjne, że trybunał postanowienie dotyczące ogólnych wyjątków zinterpretował jako „nieprzyznające jakiegokolwiek wyłączenia od zobowiązań traktatowych (...) do odszkodowania za wyłączenie”⁹⁹. Przyjęcie takiego, bardzo niefortunnego, poglądu przez inne trybunały *de facto* unicestwiłoby znaczenie wyjątków traktatowych, tj. również wysiłek państw-stron, aby w większym stopniu chronić swoje kompetencje regulacyjne¹⁰⁰.

Oprócz wyjątków stosowane są również wyłączenia, niekiedy określane jako tzw. środki niezabronione (*non-precluded measures*). Ich istota zakłada uznanie, że dane zagadnienie nie jest w ogóle objęte zakresem zobowiązań wynikających z MTI¹⁰¹. Najbardziej znane współcześnie to wyłączenie ISDS w zakresie wyrobów rynku tytoniowego¹⁰², stanowiące rezultat roszczeń firmy Philip Morris przeciwko Urugwajowi oraz Australii. Najczęściej stosowanymi wyłączeniami są te dotyczące podatków¹⁰³, niemniej jednak ich rzeczywisty skutek jest w znacznym stopniu powiązany z ich szczegółową treścią. W szczególności roszczenia arbitrażowe przeciw-

ment of a safe, clean, healthy and sustainable environment; the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights; the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples; the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order and the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation, marzec 2019, s. 6.

⁹⁸ *Bear Creek Mining Corporation przeciwko Peru*, ICSID No ARB/14/21, wyrok z 30.11.2017 r., § 473–476.

⁹⁹ *Ibidem*, § 477.

¹⁰⁰ Podobnie A. Newcombe, *General Exceptions in International Investment Agreements* [w:] M.-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring, A. Newcombe (red.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Hague 2011, s. 368.

¹⁰¹ Ch. Giannakopoulos, *The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach* [w:] Ph. Pazartzis, P. Merkouris (red.), *Permutations of Responsibility in International Law*, Leiden 2019, s. 167; zob. np. rozdział 28 Porozumienia CETA.

¹⁰² Art. 29 ust. 5 Kompleksowego i postępowego Porozumienia Transpacyficznego, art. 11 BIT-u Singapur–Kazachstan, art. 22 Australia–Singapur FTA; zob. szerzej Ł. Gruszczyński, *The role of IEL dispute settlement bodies in reinforcing the sovereign rights of the states in the field of tobacco control* [w:] M.E.C. Gispen, B.C.A. Toebes (red.), *Human Rights and Tobacco Control*, Cheltenham 2019, www.researchgate.net.

¹⁰³ Tak np. CETA, BIT pomiędzy Ekwadorem i Kanadą z 1996 r.; modelowy BIT Stanów Zjednoczonych z 2012 r., modelowy BIT Kanady z 2004 r.; modelowy BIT Norwegii z 2007 r.; modelowy BIT Indii z 2016 r.

ko Ekwadorowi pokazały, że w zależności od sposobu sformułowania wyłączenia konkretna regulacja podatkowa może być lub nie być wyłączona spod jurysdykcji trybunału arbitrażowego¹⁰⁴. Współcześnie istnieje również znacząca tendencja wyłączenia spod regulacji MTI lub przynajmniej ISDS usług finansowych¹⁰⁵, kwestii subsydiów¹⁰⁶ oraz problematyki restrukturyzacji zadłużenia państwa¹⁰⁷.

III. Zamiast konkluzji – w kierunku zmiany paradygmatu międzynarodowego prawa inwestycyjnego

Daleko posunięta ocena działań regulacyjnych państw przez trybunały arbitrażowe spowodowała, że zapewnienie równowagi pomiędzy ochroną inwestycji zagranicznych a ochroną uprawnień państwa w MTI w ostatnich latach stała się jednym z kluczowych elementów w dyskusjach międzyrządowych dotyczących przyszłości MPI¹⁰⁸. Wyrazem tego procesu są w pierwszej kolejności istotne zmiany traktatowe. Jak wskazuje UNCTAD, z 29 MTI zawartych w 2018 r. 19 zawierało ogólne wyjątki ukierunkowane na ochronę wartości pozainwestycyjnych, a 25 z tych porozumień zawierało w preambułach odniesienie do ochrony zdrowia, środowiska i realizacji celów zrównoważonego rozwoju. Ponadto żaden z tych traktatów nie zawierał jedynie ogólnej klauzuli FET (albo w ogóle z niej zrezygnowano, albo sformułowano uszczegółowiającą definicję), a 23 doprecyzowywały pojęcie wyłączenia pośredniego¹⁰⁹. Nowe ujęcia FET zawierają definicję, która nie obejmuje stabilności, wąsko ujmuje uzasadnione oczekiwania¹¹⁰ lub wyraźnie wyłącza ochronę oczekiwań inwestora¹¹¹. Równocześnie wyraźnie określa się, że odebranie subsydiów *per se* nie powinno być uznawane za naruszenie FET¹¹². Inne podejście to rezygnacja

¹⁰⁴ *EnCana Corporation przeciwko Ekwadorowi*, LCIA No. UN3481, UNCITRAL, wyrok z 3.2.2006 r.; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company przeciwko Ekwadorowi*, ICSID no. ARB/06/11, wyrok z 5.10.2012 r.

¹⁰⁵ Art. 8.3(1) Porozumienia CETA; art. 14.D.3 § 2 Porozumienia między Stanami Zjednoczonymi, Kanadą i Meksykiem (dalej: USMCA).

¹⁰⁶ Art. 8.15 Porozumienia CETA.

¹⁰⁷ Aneks 8-B Porozumienia CETA; Aneks 14.D Załącznik 2 do Porozumienia USMCA.

¹⁰⁸ A. Titi, *Right to regulate* [w:] M. Moïse Mbengue, S. Schacherer (red.), *op. cit.*, s. 182; J.M. Cox, *op. cit.*, s. 364.

¹⁰⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, Genewa 2019, s. 105.

¹¹⁰ U. Kriebaum, *FET and Expropriation in the Comprehensive Economic Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA)*, TDM 2016, vol. 13, issue 1, s. 20; P. Dumbery, *Fair and Equitable Treatment* [w:] M. Moïse Mbengue, S. Schacherer (red.), *op. cit.*, s. 122–123.

¹¹¹ Kompleksowe i progresywne porozumienie dla Partnerstwa Transpacyficznego art. 9.6 ust. 4, podobnie art. 14.6 ust. 4 USMCA; CETA tego rodzaju wyłączenie określa w postanowieniach dotyczących środków regulacyjnych, *vide* art. 8.9 ust. 2.

¹¹² Tak np. traktaty zawierane przez UE (CETA, IPA Singapur, IPA Wietnam); takie rozwiązanie jest również postulowane przez doktrynę próbującą pogodzić MTI z przeciwdziałaniem zmianom klimatycznym, D. Magraw, L. Chennoufi, K. Cowling, Ch. di Leva, J. Drimmer, Ch. Giorgetti, Y. H. Lee, J. Low, K. Magraw, S. McCaffrey, G.M. Figueroa, S. Puig, A. Rosemberg, *Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change*, *Journal of International Arbitration* 2019, vol. 36, no. 1, s. 100.

z FET w traktatach zawieranych przez Indie¹¹³ czy Brazylię¹¹⁴. Szczególnie nowatorski charakter w zakresie ochrony kompetencji regulacyjnych przyjęto w chińsko-australijskiej umowie handlowej, która przewiduje, że niedyskryminacyjne środki wprowadzone przez jedną stronę dla uzasadnionych celów publicznych nie mogą być przedmiotem skargi inwestora. Jeśli jednak zostanie wniesiona taka skarga, to strony umowy mogą uzgodnić, że nie może być rozpatrywana. Trybunał arbitrażowy jest związany takim uzgodnieniem (art. 9.11 ust. 4 oraz 9.18 ust. 3)¹¹⁵.

Tendencja w kierunku zasadniczych zmian traktatowych będzie jedynie wzrastać, co potwierdzają nowe modelowe porozumienia inwestycyjnego, które realizują bardziej zrównoważone podejście w odniesieniu do ochrony interesów inwestorów bez uszczerbku dla wartości nieekonomicznych¹¹⁶. Równocześnie wzrasta aktywność zmierzająca do uchylania starych MTI¹¹⁷ lub zastępowania ich nowymi¹¹⁸. Wyrazem większej świadomości wpływu MPI na prawo państwa do regulacji jest również orzecznictwo sądów konstytucyjnych weryfikujące jakość norm zawartych w MTI z perspektywy odpowiedniej ustawy zasadniczej¹¹⁹.

Nowe zmiany traktatowe, jak pokazuje sprawa *Philip Morris przeciwko Urugwajowi*, mogą mieć wpływ na orzecznictwo arbitrażowe na podstawie starych umów. Trybunały arbitrażowe są bowiem od wielu lat pod rosnącą presją, aby w większym

¹¹³ P. Ranjan, *Investment Protection and Host State's Right to Regulate in the Indian Model Bilateral Investment Treaty: Lessons for Asian Countries* [w:] J. Chaisse, T. Ishikawa, S. Jusoh (red.), *Asia's Changing International Investment Regime Sustainability, Regionalization, and Arbitration*, Berlin 2017, s. 57.

¹¹⁴ N. Monebhurrin, *Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model*, *Journal of International Dispute Settlement* 2017, no. 8, s. 79–100.

¹¹⁵ <https://dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/chafta/Pages/australia-china-fta.aspx>

¹¹⁶ *Vide* belgijski modelowy BIT z 2019 r., <https://www.lachambre.be/flwb/pdf/54/1806/54K1806007.pdf>, s. 24; niderlandzki modelowy BIT z 2018 r., <https://www.acerislaw.com/final-version-of-the-netherlands-model-bit-released/>; modelowy BIT Indii z 2016 r., https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf; modelowy BIT Wspólnoty Rozwoju Południowej Afryki (SADC) z 2012 r., www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf.

¹¹⁷ W 2018 r. wygasły 24 stare MTI, zob. UNCTAD, *World Investment Report 2019*, Geneva 2019, s. 100. Proces ten niewątpliwie będzie się pogłębiał. Tylko Polska w 2018 r. wypowiedziała 16 starych MTI z państwami UE i zawarła 5 umów o zakończeniu obowiązywania tego rodzaju traktatów, zob. druk sejmowy nr 3164 z 23 stycznia 2019 r., www.sejm.gov.pl, uzasadnienie, s. 1.

¹¹⁸ MTI zawarte przez UE z Kanadą, Singapurem oraz Wietnamem mają na celu zastąpienie starych BIT-ów państw UE.

¹¹⁹ E. Zuleta, M.C. Rincón, *Colombia's Constitutional Court Conditions Ratification of the Colombia-France BIT to the Interpretation of Several Provisions of the Treaty*, *IA Reporter* 4.7.2019 r. oraz E. Zuleta, M.C. Rincón, *Colombia's Constitutional Court Approves FTA with Israel but Conditions its Ratification*, *IA Reporter*, 3.8.2019 r., <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>; warto w tym zakresie odnotować stanowisko TSUE w opinii I/17, w której oceniano zgodności z ramami konstytucyjnymi UE mechanizmu rozwiązywania sporów inwestor zagraniczny – państwo, zawartego w umowie CETA, w zakresie prawa do regulacji – zob. opinię rzecznika generalnego Yves'a Bota przedstawioną w dniu 29 stycznia 2019 r., § 15 oraz opinię I/17 Trybunału (w pełnym składzie) z 30.4.2019 r., § 152–153, ECLI:EU:C:2019:341.

stopniu brać pod uwagę interes publiczny (w tym przypadku interes państwa). W rezultacie w coraz większej liczbie spraw intensywność kontroli ze strony trybunałów arbitrażowych jest mniejsza, a argumenty dotyczące prawa państwa do regulacji spotykają się z coraz większą akceptacją¹²⁰. Niemniej, jak wskazano wcześniej, wyjątkiem w tym zakresie, który z uwagi na liczbę spraw oraz praktykę stosunkowo swobodnego przepływu sentencji arbitrażowych może mieć coraz większe znaczenie, jest orzecznictwo na gruncie TKE.

Transformację MPI zmierzającą do uwzględnienia w większym stopniu interesu publicznego dostrzega się również w tendencji trybunałów arbitrażowych do uznawania możliwości wysuwania przez państwo roszczeń wzajemnych przeciwko inwestorowi¹²¹. Pierwsze takie roszczenie w odniesieniu do kwestii środowiskowych zostało uznane dopiero w 2015 r.¹²² i powoli takie podejście zdaje się zyskiwać poparcie¹²³. Rzeczywiste wykorzystanie jednak tego mechanizmu wydaje się niemożliwe bez odpowiednich zmian w MTI.

MPI, dziedzina prawa międzynarodowego, obok europejskiej ochrony praw człowieka, w największym stopniu eksponowana na międzynarodowe rozstrzygnięcia sądowe, jest już nie tylko przedmiotem licznych kontrowersji, ale również przestrzenią coraz bardziej pogłębionych zmian. Bez wątpienia zasadne jest śledzenie tych procesów, ponieważ mogą one istotnie oddziaływać na rozwój prawa międzynarodowego *en tout*.

STRESZCZENIE

Przez ostatnie dwa dziesięciolecia jesteśmy świadkami niezwyklego rozwoju orzecznictwa arbitrażowego w zakresie ochrony inwestycji zagranicznych. Zaskakujące jest, że przedmiotem wielu tych spraw były nie tylko jednostkowe rażące zachowanie państwa przyjmującego wobec konkretnego inwestora. Ogólne standardy ochrony zawarte

¹²⁰ *Autobuses Urbanos del Sur S.A., Teinver S.A. and Transportes de Cercanías S.A. przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/09/1, wyrok z 21.7.2017 r., § 688; *Mesa Power Grp., LLC przeciwko Kanadzie*, PCA No. 2012-17, wyrok z 24.3.2016 r., § 493; *Philip Morris § 399; Adel A Hamadi Al Tamimi przeciwko Omanowi*, ICSID No. ARB/11/33, wyrok z 3.11.2015 r., § 389; *David R. Aven and Others przeciwko Rep. Kostaryka*, ICSID No. UNCT/15/3, wyrok z 18.9.2018 r., § 412; *Cortec Mining Kenya Ltd et al. przeciwko Kenii*, ICSID No. ARB/15/29, wyrok z 22.10.2018 r., § 346–365; *Hesham Talaat M. Al-Warraq przeciwko Indonezji*, wyrok z 15.12.2014 r., § 526; *Renee Rose*, § 476–478; tak również A. Rajput, *op. cit.*, § 3.05.

¹²¹ S.W. Schill, V. Djanic, *Wherefore Art Thou? Towards a Public Interest-Based Justification of International Investment Law*, ICSID Review 2018, vol. 33, no. 1, s. 52–53; T. Ishikawa, *Counterclaims and the rule of law in investment arbitration*, AJIL UNBOUND 2019, vol. 113, s. 33–37.

¹²² *Perenco Ecuador przeciwko Ekwadorowi*, ICSID No ARB/08/6, decyzja tymczasowa dotycząca roszczeń wzajemnych w zakresie ochrony środowiska z 11.8.2015 r.

¹²³ *Urbaser s.a. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa przeciwko Argentynie*, ICSID No. ARB/07/26, wyrok z 8.12.2016 r.; *Aven and others przeciwko Rep. Kostaryka*, CAFTA–DR, wyrok z 18.9.2018 r.; *Burlington Resources przeciwko Ekwadorowi*, ICSID No. ARB/08/5, decyzja dotycząca roszczeń wzajemnych z 7.2.2017 r.

w międzynarodowych traktatach inwestycyjnych (MTI) pozwoliły trybunałom arbitrażowym na ocenę rozmaitych polityk krajowych z punktu widzenia sytuacji inwestorów. Artykuł przedstawia wpływ międzynarodowego prawa inwestycyjnego (MPI) na prawo państwa do regulacji w celu ukazania zmian zachodzących w tym dziale prawa. Postawiłem sobie za zadanie udowodnienie, że zaniepokojenie wywołane ingerencją arbitrażu inwestycyjnego w suwerenne kompetencje państw, bez należytego uwzględniania wartości pozakonomicznych, spowodowało zainicjowanie trwającego obecnie procesu transformacji MPI. Jego wyrazem są w pierwszej kolejności istotne zmiany traktatowe, uchylanie starych MTI lub zastępowanie ich nowymi, orzecznictwo sądów konstytucyjnych weryfikujące jakość norm zawartych w MTI oraz ewoluujące orzecznictwo trybunałów arbitrażowych, w szczególności w zakresie wywłaszczenia pośredniego, traktowania sprawiedliwego i słusznego, okoliczności wyłączających odpowiedzialność czy roszczeń wzajemnych.

SUMMARY

THE RIGHT OF THE STATE TO REGULATE AND INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. TOWARDS THE CHANGE OF PARADIGM

Over the past two decades, we have witnessed an extraordinary development of arbitration awards in the field of foreign investment protection. Surprisingly, the subject matter of many of these decision was not only the specific blatant behavior of the host state towards a particular investor. The general standards of protection contained in international investment treaties (IIT) have allowed arbitral tribunals to assess various general domestic policies from the point of view of investors. The article presents the impact of international investment law (IIL) on the right of the state to regulate in order to show the changes taking place in this branch of law. The author set himself the task of proving that concern about the interference of investment arbitration in the sovereign competence of states, without proper consideration of non-economic values, resulted in initiating the ongoing process of IIL transformation. It is expressed first of all by significant treaty changes, i.a. repealing old IITs or replacing them with new ones, jurisprudence of constitutional courts verifying the quality of standards contained in IIT and evolving jurisprudence of arbitral tribunals, in particular with respect indirect expropriation, fair and equitable treatment, circumstances precluding wrongfulness and counterclaims.

Słowa kluczowe: międzynarodowe prawo inwestycyjne, arbitraż inwestycyjny, prawo do regulacji, wywłaszczenie pośrednie, traktowanie sprawiedliwe i słuszne, zmiana paradygmatu

Key words: international investment law, investment arbitration, right to regulate, indirect expropriation, fair and equitable treatment, change of paradigm