

BARTOSZ ZIEMBLICKI

ORCID: 0000-0002-5814-5689

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
bartosz.ziemblicki@ue.wroc.pl

Możliwości reakcji państwa na kryzysy a odpowiedzialność wobec inwestora zagranicznego

Abstrakt: W celu zabezpieczenia długoterminowych inwestycji zagranicznych podmioty gospodarcze zawierają z państwami goszczącymi umowy inwestycyjne na podstawie międzypaństwowych traktatów inwestycyjnych (dwustronnych lub wielostronnych). Obejmują one liczne instrumenty prawne mające tę ochronę zapewnić. Spory rozstrzygane są w ramach konwencji International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), a interpretacja przepisów prawa przez trybunały orzekające okazuje się korzystna dla inwestorów. Prowadzi to do faktycznego istotnego ograniczenia możliwości reakcji państwa na kryzysy, rodzi bowiem odpowiedzialność względem zagranicznych podmiotów. Z tej przyczyny część państw rezygnuje z zawierania traktatów inwestycyjnych albo wycofuje się z tych już zawartych.

Słowa kluczowe: inwestor zagraniczny, dwustronne umowy inwestycyjne, ICSID, klauzule parasolowe, klauzule stabilizacyjne.

Cechą charakterystyczną inwestycji zagranicznych, odróżniającą je od zwykłych transakcji handlowych, jest ich długotrwały charakter oraz potrzeba zaangażowania dużych zasobów, między innymi finansowych. Nic więc dziwnego, że „wielki biznes” od dawna stara się przy przedsięwzięciach tego typu zabezpieczyć przed zmianą warunków ich realizacji, spowodowanych działaniami państwa goszczącego¹. Narzędziem temu służącym są umowy inwestycyjne zawierane między korporacjami a rządami państw, których pierwotnym źródłem są, co

¹ R. Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, „International Law” 39, 2005, s. 104.

należy podkreślić, traktaty inwestycyjne między państwem goszczącym a państwem rejestracji inwestującej spółki².

Nie ulega wątpliwości, że co do zasady inwestor powinien być chroniony przed autorytarnym działaniem państwa goszczącego. Jaskrawym tego przykładem są nadużycia ze strony władz Jemenu wobec zagranicznego inwestora (włącznie z wzięciem zakładników) w sprawie *Desert Line Projects v. Yemen*³, która swój finał znalazła przed trybunałem arbitrażowym Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)⁴. Ochronie tej ma służyć poddawanie umów inwestycyjnych prawu międzynarodowemu, rozstrzyganie sporów przez międzynarodowe trybunały arbitrażowe oraz umieszczanie w umowach inwestycyjnych tak zwanych klauzul stabilizacyjnych (zakazujących państwom goszczącym działań legislacyjnych lub administracyjnych prowadzących do wygaśnięcia lub zmiany umów inwestycyjnych⁵) oraz klauzul uczciwego i sprawiedliwego traktowania (ang. *fair and equitable treatment*, FET).

Te ostatnie są bardzo uniwersalne i elastyczne⁶. Mimo iż brzmią niepozornie (dotyczą po prostu „uczciwego i sprawiedliwego traktowania” lub dodatkowo „minimalnych standardów ochrony zgodnie ze zwyczajowym prawem międzynarodowym”), interpretowane są niezwykle szeroko. W efekcie obowiązki nałożone na państwa są tak rozległe, że w przypadku sporu uwolnienie się od odpowiedzialności i obrona przed roszczeniami korporacji stają się niemal niemożliwe⁷. Doszło nawet do tego, że za naruszenie sprawiedliwego traktowania trybunał uznał zwykłe nieuiszczenie spłaty długu (w sprawie *Société Générale de Surveillance S.A.*

² Najczęściej są to tak zwane dwustronne traktaty inwestycyjne (ang. *bilateral investment treaties*, BITs). Pierwszą tego typu umowę zawarły w 1959 roku Niemcy i Pakistan, a obecnie ich liczbę szacuje się na blisko 3 tysiące. W prawie międzynarodowym do dziś nie udało się przyjąć jednej powszechnej umowy dotyczącej inwestycji.

³ Wyrok z dnia 6 lutego 2008 roku, *Desert Line Projects LLC v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, par. 291.

⁴ Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, przyjęta w Waszyngtonie 18 marca 1965 roku, weszła w życie 14 października 1966 roku.

⁵ P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007, s. 578–579, 582; zob. też *Stabilization Clause*, [hasło w:] *Thomas Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1) (dostęp: 1.02.2022).

⁶ Szerzej zob. J. Arato, *Corporations as Lawmakers*, „Harvard International Law Review” 56, 2015, nr 2, s. 258 n.

⁷ Zob. m.in. wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 154; wyrok z dnia 19 listopada 2007 roku, *Oko Pankki Oyj v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/04/6, akapit 242; wyrok z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 127; wyrok z dnia 30 kwietnia 2004 roku, *Waste Management v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, par. 98; wyrok z dnia 27 sierpnia 2009 roku, *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/09, par. 178. Zob. też M. Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford 2013, s. 3–4.

v. *Republic of Paraguay*⁸). Co do zasady jednak klauzule FET uważa się za ograniczone do władczych działań państwa⁹, a nie cywilnoprawnych. Zgodnie z orzecnictwem klauzula ta ma chronić „uzasadnione oczekiwania inwestora”¹⁰ oraz zapewnić konsekwencję¹¹, przejrzystość¹² i stabilność¹³ w sferze publicznej. „Państwa muszą działać w sposób spójny, wolny od dwuznaczności, całkowicie przejrzysty w ich relacjach z inwestorami”¹⁴, albowiem „standard uczciwego i sprawiedliwego traktowania składa się ze spójnego i przejrzystego zachowania państwa, wolnego od dwuznaczności, obejmującego obowiązek, by ustanowić i utrzymywać stabilne i przewidywalne ramy prawne niezbędne do spełnienia uzasadnionych oczekiwań zagranicznego inwestora”¹⁵. Przykład Argentyny, przeprowadzającej reformy gospodarcze w związku z olbrzymim kryzysem gospodarczym w latach 1998–2002, pokazuje, że nawet tak ważne okoliczności nie uzasadniają naruszenia umów inwestycyjnych z zagranicznymi korporacjami. Liczne sprawy, które na kanwie wspomnianych wydarzeń trafiły do trybunałów arbitrażowych, zostały rozstrzygnięte na korzyść inwestorów¹⁶.

Przykładami spraw właśnie z udziałem Argentyny są spory związane z cofnięciem przez państwo koncesji przyznanych korporacjom. W sprawie *Azurix v. Argentina* spółka zależna amerykańskiej korporacji żądała od państwa goszczącego odszkodowania za cofnięcie koncesji na dostawę wody do Buenos Aires. Przyczyną cofnięcia były problemy dotyczące jakości dostarczanej wody, jej ciśnienia oraz epidemii glonów w zakładzie jej produkcji. Trybunał uznał, że umowa dotycząca inwestycji, jako zawarta pod auspicjami amerykańsko-argentyńskiego traktatu o bezpośrednich inwestycjach zagranicznych, skutkuje międzynarodo-

⁸ Wyrok z dnia 12 lutego 2010 roku, *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, par. 146.

⁹ Zob. np. wyrok z dnia 22 grudnia 2003 roku, *Consortium RFCC v. Royume du Morac*, ICSID Case No. ARB/00/6, par. 33–34.

¹⁰ Zob. np. wyrok z dnia 14 sierpnia 2007 roku, *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, par. 330; wyrok częściowy z dnia 17 marca 2006 roku, *Saluka Inv. BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, par. 302.

¹¹ Zob. np. wyrok z dnia 25 maja 2004 roku, *MTD Equity Sdn Bhd v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, par. 165.

¹² Zob. np. wyrok z 30 sierpnia 2000 roku, *Metalclad Corp. v. Mex.*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, par. 76.

¹³ Zob. np. wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co. v. Arg.*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 274.

¹⁴ Wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 154.

¹⁵ Orzeczenie z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 131.

¹⁶ Zob. np. wyrok z dnia 28 września 2007 roku, *Sempra Energy International v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/02/16, par. 373–374; wyrok z dnia 22 maja 2007 roku, *Enron Corp. v. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/3, par. 331. Zob. też J.W. Salacuse, *The Treatification of International Investment Law*, „13 Law and Business Review of the Americas” 155, 2007, s. 155 n.

wymi zobowiązaniami prawnymi, które mają pierwszeństwo przed krajowymi działaniami i aktami prawnymi¹⁷. W związku z tym zasądził odszkodowanie w wysokości 165 milionów dolarów oraz odsetki. Z kolei w sprawie *CMS Gas v. Argentina* amerykańska korporacja żądała odszkodowania za to, że regulacje wprowadzane przez władze Argentyny w odpowiedzi na wielki kryzys finansowy pozbawiły ją części korzyści płynących z koncesji na transport gazu¹⁸. W obu przypadkach odszkodowania dla amerykańskich korporacji znacznie przekroczyły kwotę 100 milionów dolarów.

Umowy inwestycyjne między korporacjami i państwami podpisywane są na podstawie nie tylko dwustronnych traktatów inwestycyjnych (ang. *bilateral investment treaties*, BITs), lecz także traktatów wielostronnych, takich jak NAFTA, MERCOSUR, ASEAN czy traktat Karty Energetycznej. W obu jednak przypadkach powstałe spory rozstrzygane są głównie przez wspomniane trybunały ICSID¹⁹. O ile w ubiegłym wieku trafiało do nich w granicach dziesięciu spraw rocznie, o tyle w obecnym liczba ta znacznie wzrosła, między innymi w związku z bankructwem Argentyny²⁰. W sumie w ICSID zarejestrowano już ponad 800 sporów²¹.

Wśród przyczyn dużej łatwości wygrywania przez korporacje spraw przeciwko państwom należy z pewnością wymienić liberalną wykładnię pojęcia inwestycji oraz liberalną wykładnię pojęcia „pozbawienia korzyści płynących z inwestycji” (zwanego w literaturze przejściem — ang. *taking*). W tym pierwszym przypadku wymaga się, by projekt trwał odpowiednio długo, wiązał się z wykorzystaniem istotnych zasobów, zawierał element ryzyka, a niekiedy także by przyczyniał się do rozwoju gospodarki państwa przyjmującego (tak zwany test Salini)²². Zwykle dotyczy on czasowego przekazania kompetencji państwowych inwestorowi, na przykład w zakresie wydobywania zasobów naturalnych²³, budowy dróg i poboru opłat²⁴,

¹⁷ Wyrok z dnia 14 lipca 2006 roku, *Azurix Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, par. 41, 124, 148, 244 oraz 374–377, 442.

¹⁸ Wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transportation Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 281, 468–469.

¹⁹ P.M. Muchlinski, *op. cit.*, s. 703.

²⁰ Szerzej na temat tych sporów zob. C.E. Alfaro, P.M. Lorenti, *The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict Between International and Domestic Law?*, „Journal of World Investment and Trade” 6, 2005, nr 3, s. 418.

²¹ Oficjalna strona ICSID, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database> (dostęp: 1.02.2022).

²² Zastosowany między innymi w sprawach *Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay* (wyrok z dnia 12 lutego 2010 roku, ICSID Case No. ARB/07/29, par. 100) i *Phoenix Action v. Czech Republic* (wyrok z dnia 15 kwietnia 2009 roku, ICSID Case No. ARB/06/5, par. 83).

²³ Wyrok z dnia 19 stycznia 1977 roku, *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, arbitraż *ad hoc*, „International Legal Materials” 1978, nr 1.

²⁴ Zob. np. orzeczenie w sprawie jurysdykcji z dnia 27 września 2001 roku, *Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5.

modernizacji infrastruktury wodnej²⁵, dostawy energii elektrycznej²⁶, ale też inspekcji importu i poboru cła²⁷ czy kontroli imigracyjnej²⁸.

Jeśli chodzi o przejęcie, to zgodnie z orzecznictwem międzynarodowych sądów arbitrażowych nie musi być ono bezpośrednie. W praktyce może zatem polegać na takim działaniu państwa, które faktycznie utrudnia lub uniemożliwia korporacji przeprowadzenie inwestycji, nawet jeśli nie polega na pozbawieniu jej własności²⁹. Przykładowo w sprawie *Metalclad v. Mexico* sąd arbitrażowy uznał, że niewydanie odpowiednich pozwoleń inwestorowi oraz uchwalenie dekretu ekologicznego przez władze lokalne stanowiło pośrednie przejęcie³⁰. Również częściowe, a nawet czasowe pozbawienie inwestora korzyści może być przejęciem³¹. Niektóre sądy brały pod uwagę zasadę proporcjonalności³² lub konieczności³³, a inne skupiały się jedynie na skutkach działań państwa³⁴. Jeśli szkoda wyrządzona inwestorowi jest duża, zdarza się, że trybunały zasądzają na jego rzecz odszkodowanie za całą inwestycję, nakazując inwestorowi przekazanie pozostałego mu po inwestycji majątku na rzecz państwa. Proceder ten można poczytywać za formę przymusowego odkupu³⁵.

Właśnie z powodu zbyt szerokiej ochrony inwestora i nadmiernego ograniczenia możliwości działania państw umowy inwestycyjne są często poddawane krytyce przez organizacje pozarządowe³⁶ oraz przedstawiciele doktryny (na przy-

²⁵ Zob. np. wyrok z dnia 20 sierpnia 2007 roku, *Compañía de Aguas del Aconquija & Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

²⁶ Zob. np. wyrok z dnia 30 listopada 2012 roku, *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19; wyrok z dnia 4 maja 1999 roku, *Himpurna California Energy, Ltd. v. Indonesia*, 25 Y.B. Comm. Arb. 13, UNITRAL.

²⁷ Zob. np. postanowienie z dnia 6 sierpnia 2003 roku, *Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13.

²⁸ Zob. np. wyrok z dnia 17 stycznia 2007 roku, *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8.

²⁹ P.M. Muchlinski, *op. cit.*, s. 587.

³⁰ Wyrok z dnia 30 sierpnia 2000 roku, *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, par. 112.

³¹ Wyrok z dnia 12 listopada 2000 roku, *SD Myers v. Canada*, UNCITRAL, par. 283.

³² Wyrok z dnia 29 maja 2003 roku, *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, par. 122, 128–133, 149.

³³ Wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/018, par. 383–394; orzeczenie z dnia 3 października 2006 roku, *LG&E Energy Corporation v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, par. 201–266.

³⁴ Wyrok z dnia 17 lutego 2000 roku, *Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, par. 101.

³⁵ Zob. np. wyrok z dnia 12 maja 2005 roku, *CMS Gas Transmission Co.*, ICSID Case No. ARB/01/8, par. 469.

³⁶ Zob. np. Amnesty International UK, *Contracting out of Human Rights: The Chad-Cameroon Pipeline Project*, London 2005.

kład Josepha Stiglitz³⁷ czy Johna Ruggie'ego³⁸). Nie brakuje też przykładów reakcji państw na rozszerzającą interpretację uprawnień inwestorów ze strony trybunałów arbitrażowych. Próbuje one osłabić rygor traktatowych klauzul³⁹, wstrzymują się z zawieraniem traktatów inwestycyjnych⁴⁰, wypowiadają je⁴¹, a nawet całkowicie wycofują się udziału w konwencji ICSID (Boliwia w 2007, Ekwador w 2010 i Wenezuela w 2012 roku)⁴². Warto zwrócić uwagę, że Polska nigdy tej konwencji nie podpisała.

Z przedstawionych rozważań wynika, że umowy inwestycyjne zawarte między rządami państw a inwestorami zagranicznymi rzeczywiście istotnie ograniczają możliwości reagowania na kryzysy przez te pierwsze. Ochrona inwestora jest bardzo szeroko interpretowana, a orzecznictwo trybunałów arbitrażowych jednostronne. Najlepiej obrazuje to wspomniany przykład Argentyny, która wprowadzała reformy w celu przezwyciężenia zapaści gospodarczej, co nie uchroniło jej od odpowiedzialności odszkodowawczej względem zagranicznych spółek. Dodatkowo wzrost liczby spraw w ICSID w ostatnim czasie wskazuje na to, że omawiany problem staje się coraz powszechniejszy.

Bibliografia

Alfaro C.E., Lorenti P.M., *The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict Between International and Domestic Law?*, „Journal of World Investment and Trade” 6, 2005, nr 3.

³⁷ J.E. Stiglitz, *Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities*, „American Society of International Law Proceedings” 101, 2007, s. 11, 58; *idem*, *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*, „American University International Law Review” 23, 2008, s. 468, 554.

³⁸ J. Ruggie — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Rep. of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/8/5 z 7.04.2008, par. 3, 11–12, 17, 33–36; *idem*, *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/11/13 z 22.04.2009, par. 30.

³⁹ Zob. np. US Model Bilateral Investment Treaty 2012, Annex B, par. 4b, stanowiący, że „z wyjątkiem rzadkich okoliczności niedyskryminacyjne działania regulacyjne strony, ustanowione i stosowane w celu ochrony uzasadnionych celów publicznych, takich jak zdrowie publiczne, bezpieczeństwo i środowisko, nie stanowią pośredniego wyłączenia”.

⁴⁰ Australia po przegranej procesie z Phillip Morris. Zob. J. Arato, *op. cit.*, s. 270, przyp. 146.

⁴¹ Ekwador wypowiedział umowy ze Stanami Zjednoczonymi, Boliwią, Republiką Południowej Afryki i Wenezuela, a także rozważał wypowiedzenie dalszych 26; *ibidem*, s. 270, przyp. 147.

⁴² *Database of ICSID Member States*, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (dostęp: 1.02.2022).

- Amnesty International UK, *Contracting out of Human Rights: The Chad-Cameroon Pipeline Project*, London 2005.
- Arato J., *Corporations as Lawmakers*, „Harvard International Law Review” 56, 2015, nr 2.
- Dolzer R., *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, „International Law” 39, 2005.
- Muchlinski P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford 2007.
- Paparinskis M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford 2013.
- Ruggie J. — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/11/13 z 22.04.2009.
- Ruggie J. — U.N. Special Representative of the Secretary-General, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Rep. of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, U.N. Doc. A/HRC/8/5 z 7.04.2008.
- Salacuse J.W., *The Treatification of International Investment Law*, „13 Law and Business Review of the Americas” 155, 2007.
- Stabilization Clause*, [hasło w:] *Thomas Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-501-6477?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).
- Stiglitz J.E., *Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities*, „American Society of International Law Proceedings” 101, 2007.
- Stiglitz J.E., *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*, „American University International Law Review” 23, 2008.

Possibilities of State Reaction to Crises and the Responsibility towards Foreign Investors

Summary

In order to secure long-term foreign investments, economic entities conclude investment agreements with host countries on the basis of interstate investment treaties (bilateral or multi-lateral). They include a number of legal instruments to ensure this protection. Disputes are settled under the ICSID Convention, and the interpretation of legal provisions by adjudicating tribunals is favorable for investors. This leads to a real and significant limitation of the state's ability to react to crises, as it creates responsibility towards foreign entities. For this reason, some countries give up concluding investment treaties or withdraw from already concluded ones.

Keywords: foreign investor, bilateral investment treaties, ICSID, umbrella clauses, stabilization clauses.

