

„Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny – potrzeba zmian regulacji prawnych” – sprawozdanie z konferencji

W dniu 26.10.2010 r. w Hotelu Polonia Palace w Warszawie odbyła się konferencja zatytułowana „Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny – potrzeba zmian regulacji prawnych”. Została ona zorganizowana przez Sąd Arbitrażowy przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan oraz Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa, a jej przewodniczącymi byli prof. *Andrzej Szumański*, Prezes Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, oraz dr *Marcin Dziurda*, Prezes Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa.

Można by się zastanawiać, czy konferencja o dość specjalistycznej tematyce, będącej w Polsce jeszcze niszową, będzie w stanie zainteresować wielu potencjalnych uczestników? Odpowiedź nasuwała się sama po zapoznaniu się z listą prelegentów, do których należeli: dr *Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz*, dr *Marek Świątkowski*, dyr. *Maria Szymańska*, mec. *Bartosz Krużewski*, mec. *Maciej Jamka*, mec. *Paweł Pietkiewicz*, dr *Wojciech Sadowski*, mec. *Wojciech Jaworski*, dr *Katarzyna Michałowska*, dr *Marek Jeżewski*, mec. *Andrzej Dąbek*, mec. *Sylwester Pieckowski*, dr *Maciej Szpunar*, prof. dr hab. *Stanisław Sołtyński*, mec. *Maciej Łaszczuk* oraz mec. *Justyna Szpara*. W konferencji wzięło udział blisko 180 prawników, którzy dopisali frekwencją od pierwszego aż do końca ostatniego trzeciego panelu.

Konferencja została otwarta przez przewodniczących – prof. *A. Szumańskiego* oraz dr. *M. Dziurdę*. Jej układ tematyczny został porównany przez prof. *A. Szumańskiego* do słynnego obrazu *Paula Gauguina* „Skąd przychodzimy? Czym jesteśmy? Dokąd idziemy?”, jako że pierwszy panel dotyczył źródeł regulacji prawnej arbitrażu inwestycyjnego, drugi obecnego kształtu regulaminu UNCITRAL w odniesieniu do sporów inwestycyjnych, a trzeci – relacji między prawem Unii Europejskiej a arbitrażem inwestycyjnym, która w najbliższym czasie powinna zostać oficjalnie wyjaśniona na forum UE.

Pierwszy panel, prowadzony przez dr *B. Gessel-Kalinowską vel Kalisz*, został poświęcony źródłom regulacji prawnej arbitrażu inwestycyjnego, a prelegentami w nim byli mec. *M. Jamka* z K&L Gates, mec. *B. Krużewski* z Clifford Chance, dyr. *M. Szymańska* z Ministerstwa Gospodarki oraz dr *M. Świątkowski* z kancelarii Domański Zakrzewski Palinka. Panel rozpoczęła projekcja przedstawiająca chronologiczną listę traktatów inwestycyjnych (BIT) zawartych przez Polskę. Towarzyszący pokazowi podkład muzyczny zaczerpnięty z „Walkirii” *Ryszarda Wagnera* bardzo trafnie wprowadził w pierwszy poruszany w panelu temat dotyczący suwerenności państwa.

Mecenas *M. Jamka* przedstawił ewolucję immunitetu państwowego – ze swej istoty wyłączającego możliwości pozywania i osądzania państwa – który podczas rozwoju wielu dziedzin prawa międzynarodowego został ograniczony. Obecnie bowiem zarówno w międzynarodowym prawie inwestycyjnym, jak i przykładowo w odniesieniu do praw człowieka, jednostka może pozwać państwo. Ponadto nie dotyczy to czynów *de iure gestionis*, które zawsze traktowane były jako akty podmiotu prywatnego, gdyż państwo zazwyczaj działało przez Skarb Państwa lub inne jednostki o charakterze prywatnoprawnym, ale czynów *de iure imperii*, przez które państwo zawsze działa władczo. Co jednak podkreślał mec. *Jamka*, to fakt, iż zgoda na arbitraż wyrażona przez państwo w traktacie inwestycyjnym oznacza zgodę na przedłożenie sporu przed trybunał arbitrażowy, a także uznanie orzeczenia w sądzie właściwym, ale już nie na wykonanie orzeczenia (choć inaczej do tego aspektu podchodzą sądy francuskie). Problemem, który się tu pojawia, jest odpowiednie określenie składników majątkowych, z których orzeczenie może być wykonane, by było uznane za wykonane względem majątku państwowego, co również bywa różnie ujmowane przez orzecznictwo: od bardzo wąsko określonych funduszy [*AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company* przeciwko *Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/01/6)] do niemal wszelkich funduszy tworzonych przez państwo.

Z kolei dyr. *M. Szymańska* przedstawiła zagadnienie, w jaki sposób państwo może działać jako inwestor na terytorium innego państwa. Około 35 państw, głównie Bliskiego Wschodu, ale też Ameryki Południowej, przeznacza specjalne środki finansowe pochodzące przede wszystkim z wydobywania surowców mineralnych na tworzenie państwowych funduszy majątkowych. Konsekwentnie w takich traktatach inwestycyjnych jak między Polską a Kuwejtem lub Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi, Finlandią a Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi, Chinami a Katarzem czy Austrią a Arabią Saudyjską rząd państwa może być uznany za inwestora, podczas gdy z kolei w traktacie zawartym między Niemcami a Kuwejtem w definicji inwestora znalazło się wprost odesłanie do wspomnianego funduszu. Powstaje tutaj pytanie, czy należy tak rozbudowywać definicję inwestora i traktować państwo jako inwestora, zwłaszcza że w praktyce rozszerzenie tej definicji działa na korzyść jedynie jednej ze stron. Jest to też jedna z przyczyn tego, dlaczego przykładowo obecnie Unia Europejska chce zawrzeć z Rosją umowę o ochronie inwestycji, w której nie będą występować poszczególne państwa UE, a ona jako całość, co przeloży się na silniejszą pozycję negocjacyjną.

Udział państwa w sporach inwestycyjnych, już jako pozwanego, przedstawił mec. *B. Krużewski*, omawiając problematyczne zagadnienie odpowiedzialności państwa za państwowe osoby prawne, jak w szczególności spółek państwowych. Na podstawie orzecznictwa i kluczowej w tym zakresie sprawy *Emilio Agustin Maffezini* przeciwko *Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7) należy wziąć pod uwagę dwa podstawowe aspekty: czym jest dany podmiot (czy państwo miało wpływ na zarządzanie spółką, na skład kluczowych organów, *etc.*) oraz czy działania danego podmiotu mogą być przypisane państwu (innymi słowy, czy działania miały charakter działań publicznych – wspomniane wcześniej *acta de iure imperii*, czy jedynie miały one charakter komercyjny – czyli *acta de iure gestionis*). Naturalnie, rozgraniczenie może być w wielu przypadkach niezwykle trudne, jednakże

za każdym razem trybunały arbitrażowe będą w razie wątpliwości musiały rozstrzygnąć, czy mają do czynienia z działaniami państwa czy nie, gdyż jest to warunek konieczny do ustanowienia ich jurysdykcji.

Następnie dr *M. Świątkowski*, odpowiadając na pytanie „Komu BIT-y nie służą”, przedstawił zagadnienie dotyczące problemu narodowości inwestorów na podstawie pierwszej sprawy przedłożonej przed trybunałem arbitrażowym przez polskiego inwestora, *Cementownia „Nowa Huta” S.A. przeciwko Republic of Turkey* [ICSID Case No. ARB(AF)/06/2]. Już na początku tej sprawy pojawił się dość znaczny problem o charakterze jurysdykcyjnym. Mianowicie Cementownia, która miała być właścicielem spółek na terenie Turcji podnoszących wywłaszczenie, nie potrafiła w żaden sposób przedstawić faktu nabycia akcji spółek tureckich. Konsekwentnie trybunał stwierdził, że nie ma jurysdykcji w tej sprawie, a w istocie spółki krajowe chciały „wywindować” spór na arenę międzynarodową.

Wątek ten kontynuował mec. *M. Jamka*, podkreślając na wstępie, że często zdarza się, iż różne podmioty inwestujące w państwie przyjmującym robią to za pośrednictwem spółki założonej w innym państwie tylko po to, by uzyskać ochronę gwarantowaną przez traktat inwestycyjny. Taki scenariusz miał miejsce w jednej z przytoczonych spraw, mianowicie w sprawie *Tokios Tokelès przeciwko Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), dotyczącej ukraińskiego inwestora, który po założeniu spółki na Litwie ponownie prowadził działalność gospodarczą na Ukrainie. Trybunał arbitrażowy orzekł jednak, iż traktaty inwestycyjne mają na celu ochronę swobody inwestycji transgranicznych, bez wymogu doszukiwania się dobrej lub złej woli po stronie inwestora. Podobnie liberalne były trybunały w sprawach *Aguas del Tunari, S.A. przeciwko Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), w której inwestor był spółką krajową kontrolowaną z zagranicy [choć już zupełnie inaczej trybunał orzekł w podobnej sprawie *TSA Spectrum de Argentina S.A. przeciwko Argentina Republic* (ICSID Case No. ARB/05/5)] czy *Franz Sedelmayer przeciwko The Russian Federation*, w której przedmiotowa spółka była kontrolowana z państwa trzeciego niebędącego sygnatariuszem traktatu inwestycyjnego. Co istotne, mec. *Jamka* podkreślił, iż obecnie także akcjonariusze, nie wyłączając akcjonariuszy mniejszościowych, są uznawani za inwestorów.

Dalej mecenas przedstawił orzecznictwo dotyczące przedmiotów uznawanych za inwestycje. Nie budzi wątpliwości, że duże przedsiębiorstwo może być uznane za inwestycję, jednak często poszczególne aktywa i składniki majątkowe bywają dyskusyjne. Dość długo funkcjonował bowiem restrykcyjny „test *Saliniego*” [zdefiniowany w sprawie *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. przeciwko Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4)] warunkujący, że dane aktywa mogą być uznane za inwestycję jedynie, jeśli spełniają łącznie cztery kryteria: odpowiedni okres trwania, uwzględniają ryzyko biznesowe, posiadają znaczącą rolę dla gospodarki państwa przyjmującego oraz są wkładem inwestora. Jednakże ostatnio trybunały arbitrażowe zaczęły także uznawać poszczególne składniki majątkowe lub uprawnienia umowne za inwestycje. I tak, przykładowo, inwestycjami zostały określone licencje i koncesje, umowy budowlane (*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. przeciwko The Hashemite Kingdom of Jordan*), instrumenty finansowe, jak weksel własny (*Fedax N.V. przeciwko Republic of Venezuela*), pożyczki, usługi celne [*SGS Société Générale de Surveillance S.A. przeciwko Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13)] lub wydobywanie skarbów z dna morskiego [*Malaysian Historical Salvors,*

SDN, BHD przeciwko *Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10)]. Jednak w przypadku gwarancji bankowych lub prowadzenia firmy prawniczej trybunały odmawiały im statusu inwestycji z powodu – odpowiednio – warunkowości oraz braku znaczenia dla państwa przyjmującego.

Innym warunkiem jest, aby dana inwestycja była prowadzona zgodnie z ustawodawstwem państwa przyjmującego. Tym zagadnieniem zajęła się dyr. M. Szymańska podkreślając, iż jedynie to, co jest legalne, zasługuje na ochronę prawną, także w aspekcie międzynarodowym. Definicja inwestycji będzie więc poddana kolejnemu ograniczeniu definicyjnemu. Wprawdzie wszelkie przesłanki materialne określone są wyłącznie przez prawo międzynarodowe, to jednak wyłącznie na podstawie prawa krajowego można określić jego legalność [*Saipem S.p.A. przeciwko People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7), *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. przeciwko Kingdom of Morocco* (ICSID Case No. ARB/00/4)]. Przykładowo przetarg, który został wygrany przez przedłożenie fałszywych dokumentów, nie będzie skutkowało powstaniem inwestycji w rozumieniu międzynarodowego prawa inwestycyjnego i jednocześnie skutecznym przedłożeniem sprawy przed międzynarodowy trybunał arbitrażowy.

Ostatnie wystąpienie pierwszego panelu należało do mec. B. Krużewskiego, który omówił najistotniejsze cechy Traktatu Karty Energetycznej. Jak podkreślił mecenas, mimo że Karta dotyczy jedynie ochrony prawnej dla jednego sektora gospodarki, to jednak definicja inwestycji, jak i wiele innych postanowień są tam najbardziej proinwestorskie ze wszystkich traktatów o ochronie inwestycji. Sama definicja stanowi bowiem, iż: „Inwestycja odnosi się do wszelkich inwestycji związanych z działalnością gospodarczą w sektorze energii”. To pojęcie z kolei zostało zinterpretowane przez trybunał arbitrażowy przede wszystkim w sprawie *Plama Consortium Ltd. przeciwko Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/34) jako działalność związana z poszukiwaniem, wydobywaniem, rafinacją, produkcją, magazynowaniem, transportem lądowym, przesyłaniem, dystrybucją, handlem, marketingiem lub sprzedażą materiałów i produktów energetycznych. Z drugiej jednak strony, w odniesieniu do materialnych przepisów chroniących inwestora bardzo ciekawe jest postanowienie z art. 17, regulujące tzw. *denial of benefits*. Jest to zapis dotyczący możliwości pozbawienia inwestora praw wynikających z Traktatu w sytuacjach określonych w tym przepisie. Naturalnie, w wielu sporach inwestycyjnych państwa przyjmujące podnoszą tę okoliczność w celu wyłączenia bezprawności swoich działań, co miało także miejsce w wyżej wspomnianej sprawie *Plama*. Niemniej, Traktat Karty Energetycznej daje najwyższy standard ochronny dla inwestorów.

Na koniec pierwszego panelu rozgorzała dyskusja na temat „wielkiego nieobecnego” wśród polskich umów międzynarodowych dotyczących bezpośrednich inwestycji zagranicznych, a mianowicie Konwencji waszyngtońskiej z 18.3.1985 r. o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw, zwanej także Konwencją ICSID. Większość przedstawicieli środowisk rządowych twierdziła, że przystąpienie do Konwencji nie jest dodatkowym atutem, dla którego jeszcze więcej inwestorów rozwijałoby swoją działalność w Polsce, trudno również wskazać jakiegokolwiek inne potencjalne zalety. Przedstawiciele środowisk prawniczych zwrócili uwagę jednak na fakt bardziej dogodnych i dostosowanych wyłącznie pod warunki sporów inwestycyjnych

przepisów proceduralnych, a także zinstytucjonalizowany charakter Centrum oraz możliwość powoływania Komitetu *Ad Hoc*, który w oparciu o przepisy Konwencji ICSID może anulować wyrok trybunału, co najczęściej dzieje się na korzyść państwa. Tym bardziej że obecnie do Konwencji przystąpiło aż 155 państw, łącznie z Katar, który stał się stroną Konwencji 30.9.2010 r.

Drugi panel, prowadzony przez mec. P. Pietkiewicza, poświęcony był tematowi „Potrzeba zmian regulaminu arbitrażowego UNCITRAL pod kątem prowadzenia sporów z zakresu arbitrażu inwestycyjnego” i zabrali w nim głos: dr W. Sadowski z K&L Gates, mec. W. Jaworski z Allen&Overy, dr K. Michałowska z Uniwersytetu Warszawskiego, prof. S. Sołtysiński z kancelarii Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak, dr M. Jeżewski z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz mec. A. Dąbek z Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Ostatnio bowiem została uchwalona nowa wersja Regulaminu UNCITRAL, która jednak nie wprowadziła zmian dotyczących ściśle sporów inwestycyjnych. Panel ten miał więc omówić, czy dalsze zmiany są potrzebne, czy Regulamin UNCITRAL w swojej obecnej treści spełnia wymogi również sporów inwestycyjnych.

Jako pierwszy zabrał głos dr W. Sadowski, który podkreślił, iż Regulamin UNCITRAL jest drugim najczęściej wybieranym regulaminem proceduralnym w sporach inwestycyjnych po Konwencji ICSID (91:225 opublikowanych postępowań). Wynika to zwykle z faktu, iż Regulamin UNCITRAL jest jedynym dostępnym dla inwestora na mocy klauzuli zawartej w traktacie inwestycyjnym. Wiele podmiotów uważa jednak, że Regulamin UNCITRAL jest na tyle uniwersalny, zrozumiały i elastyczny, że znakomicie sprawdza się w sporach z udziałem państwa, a także można go zastosować w ramach arbitrażu *ad hoc*. Między Konwencją ICSID a Regulaminem UNCITRAL istnieje także wiele różnic wpływających na wybór jednej bądź drugiej procedury. Przede wszystkim postępowanie na podstawie Konwencji ICSID jest zinstytucjonalizowane, w czasie całej procedury – łącznie z wykonaniem orzeczenia – sądy państwowe nie mają możliwości ingerencji, a zaskarżenie orzeczenia może mieć miejsce jedynie w ramach procedury przewidzianej przez Konwencję ICSID przez powoływany niezależnie od stron Komitet Anulacyjny *Ad Hoc*. Regulamin UNCITRAL ustanawia procedurę, która traktowana jest jak zwykle postępowanie arbitrażowe i przykładowo uznanie oraz wykonywanie orzeczenia oparte jest o Konwencję nowojorską. Natomiast główne różnice między Regulaminem UNCITRAL a Regulaminem ICC polegają przede wszystkim na zinstytucjonalizowanym charakterze tego drugiego, co umożliwi łatwiejszą i bardziej przejrzystą organizację postępowania. Jednak to wciąż Regulamin UNCITRAL jest tym najbardziej elastycznym, do czego przyczyniły się także zmiany wprowadzone w 2010 r. Rozszerzyły one możliwość stosowania tego Regulaminu względem sporów pozakontraktowych, zrezygnowano z pisemnej formy zapisu na arbitraż oraz – w celu usprawnienia procedury – wprowadzono sztywne terminy wnoszenia pism procesowych. Naturalnie nie wszystkie są możliwe do przyjęcia w sporach inwestycyjnych. Charakteryzują się one bowiem specyficznymi cechami, do których należy także problem jawności i przejrzystości postępowania, dostępu opinii podmiotów trzecich, a także opinii publicznej, czy unitarność państwa w zakresie odpowiedzialności z punktu widzenia międzynarodowoprawnego, a różnorodność w zakresie procedury. Pytanie, czy można na tyle zmienić Regulamin UNCITRAL, by uwzględnił on cechy

charakterystyczne sporów inwestycyjnych, czy raczej wymagałoby to wręcz utworzenia nowego, odrębnego Regulaminu. Tym bardziej że uniwersalizm oraz elastyczność Regulaminu sprawdzają się do tej pory, gdyż jest on wybierany do sporów inwestycyjnych. Bardziej dopasowane przepisy przedstawia alternatywa, czyli Konwencja ICSID, więc jakiegokolwiek zmiany względem Regulaminu UNCITRAL mogą jednak nie być korzystne, gdyż zniknie różnica między tymi dwoma systemami.

Podobnego zdania był mec. A. Dąbek, który z perspektywy Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa skomentował wystąpienie dr. Sadowskiego. Podkreślił, że Regulamin UNCITRAL sprawdza się także w sporach inwestycyjnych z udziałem Polski, dlatego też korzystanie z innych instrumentów – jak Konwencja ICSID – nie jest konieczne.

Następnie mec. W. Jaworski zajął się zagadnieniem poufności i jawności postępowania arbitrażowego w odniesieniu do sporów inwestycyjnych. Wprawdzie postępowanie arbitrażowe z założenia jest postępowaniem poufnym, to jednak sytuacja wygląda nieco odmiennie w odniesieniu do różnych procedur. Istnieją bowiem w odniesieniu do Polski trzy główne tryby rozstrzygania sporów inwestycyjnych, a mianowicie na podstawie: Regulaminu UNCITRAL (arbitraż *ad hoc*), Regulaminu ICC oraz Regulaminu Instytutu Arbitrażowego przy Sztokholmskiej Izbie Handlowej (Regulamin SCC). I tak, Regulamin UNCITRAL stanowi, że „rozprawy toczą się *in camera*” (art. 25 ust. 4), a także że „wyrok może być opublikowany tylko za zgodą obydwu stron” (art. 32 ust. 5). Strony są więc wyłącznymi dysponentami jawności postępowania. Z kolei w Regulaminie ICC stwierdza się, iż „trybunał arbitrażowy może zarządzić ochronę tajemnic handlowych i informacji poufnych” (art. 20 ust. 7), ponadto że „z wyjątkiem udzielenia zgody przez trybunał arbitrażowy i strony, osoby nie zaangażowane w postępowanie, nie mogą brać udziału” (w rozprawie) (art. 21 ust. 3), a w odniesieniu do publikacji orzeczeń to ich zanonimizowane części mogą być opublikowane przez ICC, o ile strony nie sprzeciwią się temu. Podobnie aspekt poufności reguluje Regulamin SCC, stanowiąc, że „Rozprawy toczą się przy drzwiach zamkniętych chyba że strony uzgodnią inaczej” (art. 27 ust. 3) oraz „(...) Izba Handlowa w Sztokholmie i trybunał arbitrażowy zachowają poufność postępowania arbitrażowego oraz wyroku” (art. 46). Co ciekawe jednak, żaden z wyżej przedstawionych regulaminów nie zawiera postanowienia zobowiązującego same strony postępowania do zachowania poufności. Z kolei w ramach umowy NAFTA państwa-strony umowy przedstawiły swoje oświadczenia dotyczące jawności rozpraw względem sporów powstałych na podstawie rozdziału 11 (bezpośrednie inwestycje zagraniczne), co nastąpiło ze strony Kanady i USA w 2003 r., a Meksyku w 2004 r. Ponadto, został podpisany przez te państwa Aneks nr 1137.4, stanowiący, iż w sporach przeciwko Kanadzie oraz USA wyrok może zostać ogłoszony publicznie zarówno przez państwo, jak i przez inwestora. Meksyk z kolei wyraził zgodę na publikację wyroku zgodnie z regulaminem postępowania. Mimo że wszystkie te przypadki nie dotyczą informacji chronionych tajemnicą lub polegających wyłączeniu jawności na mocy szczególnych przepisów arbitrażowych, jest to zdecydowanie duży krok naprzód względem ogólnoświatowej tendencji upubliczniania spraw inwestycyjnych. Jeszcze dalej idzie Modelowy BIT USA, który w art. 29 zatytułowanym „Transparentność postępowania arbitrażowego” stanowi, że wszelkie pisma procesowe, orzeczenia czy nawet protokoły są dostępne publicznie, a rozprawy są jawne dla publiczności. Wprawdzie by przepis ten funkcjonował, musi on

zostać zaakceptowany przez drugie państwo-stronę BIT, to jednak wyjściowa pozycja negocjacyjna USA przewiduje pełną jawność procedury arbitrażowej. Tak daleko nie posuwa się Regulamin Postępowania Arbitrażowego ICSID, który stanowi, że „Trybunał arbitrażowy może dopuścić do udziału w rozprawie osoby trzecie chyba że sprzeciwi się temu strona” (art. 32 ust. 2) oraz „(...) Centrum nie opublikuje wyroku bez zgody stron” (art. 48 ust. 4). Dodatkowo, art. 6 Regulaminu Arbitrażowego ICSID, stanowiący część deklaracji podpisywanej przez arbitra, brzmi: „(...) zobowiązuję się do zachowania poufności wszystkich informacji, o których dowiedziałem się w wyniku mojego uczestnictwa w tym postępowaniu, jak również treść jakiegokolwiek orzeczenia wydanego przez trybunał arbitrażowy”. Ponieważ jednak w większości procedur to strony są dysponentami możliwej jawności postępowania, należy rozważyć, czy i w jakim stopniu jest ona przydatna lub konieczna. Jedną z głównych przyczyn postulatów dotyczących uchylecia poufności jest interes publiczny. Jak podkreślał mec. *Jaworski*, spory inwestycyjne opiewające na ogromne odszkodowania, często stanowiące pokaźną część budżetu państwa, mają wpływ na jego sytuację finansową, jak również na inwestora – zarówno na wartość jego akcji, jak i sytuację we władzach, *etc.* Ponadto uchylene poufności wpłynęłoby na transparentność działań administracji państwowej oraz łatwiejszą kontrolę nad nimi. Dodatkowym argumentem jest potrzeba dopuszczenia do głosu *amici curiae*, którzy przedstawiając eksperckie opinie, muszą mieć dostęp do stanu faktycznego sprawy. Wreszcie, jak zauważył mec. *Jaworski*, krajowe przepisy o dostępie do informacji publicznej również wymagałyby uchylecia poufności postępowań arbitrażowych z udziałem państwa, w szczególności gdy na odszkodowania przeznaczane są pieniądze podatników i to w ogromnej ilości. Jednakże również zachowanie poufności sporu jest zasadne, co zostało omówione na podstawie sprawy *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. przeciwko United Republic of Tanzania*, w której informacje o sporze, jego przebiegu, zarządzenie o poufności oraz protokół i różne dokumenty zostały opublikowane w internecie. Podniesiono argumenty, iż to właśnie poufność postępowania wpływa na zapewnienie prawidłowego toku postępowania, równouprawnienia stron, braku eskalacji sporu, a także niepożądanego udziału mediów, co może przełożyć się także na wpływ na świadków lub biegłych. Konsekwentnie, powinna istnieć możliwość informowania opinii publicznej o sporze, ale w zakresie pozwalającym na uniknięcie jakichkolwiek zakłóceń podczas postępowania. Uchylene jawności poszło więc w kierunku przede wszystkim rejestracji spraw, ponadto publikowania dokumentów przedkładanych trybunałowi oraz jawności rozprawy, co jednak jest uchylene najdalej idącym, oraz coraz powszechniejszej publikacji orzeczeń, co następuje w różnym zakresie w odniesieniu do wyżej przedstawionych regulaminów, a także dopuszczania *amicus curiae* do udziału w postępowaniu.

Obawy, które narosły na podstawie sprawy *Biwater Gauff* podzielił mec. *A. Dąbek*, wskazując, że w szczególności potencjalny udział mediów w postępowaniu może mieć bardzo negatywny skutek na prowadzone postępowanie. Do głosu dojdą bowiem argumenty pozaprawne, może mieć miejsce obawa ujawnienia dokumentów tajnych, nastąpi eskalacja sporu, a poza tym może zaprzepaścić to możliwość zawarcia ugody, co również zdarza się w sporach inwestycyjnych. Dlatego też, podczas gdy publikacja orzeczeń nie jest bezzasadna, to jednak zupełna jawność postępowania arbitrażowego w sporach inwestycyjnych nie przyniesie pożytku żadnej ze stron.

Kontynuując wątek poufności lub w tym przypadku ściślej – uchylecia poufności, dr K. Michałowska przedstawiła instytucję *amicus curiae* w postępowaniu arbitrażowym w sprawach inwestycyjnych. Jest ona stosowana od niedawna w sporach inwestycyjnych, jednak zyskuje uznanie oraz popularność. W dosłownym tłumaczeniu „przyjaciel sądu” jest podmiotem bezstronnym, który ma swoje korzenie w krajach anglosaskich, a jego rozwój miał miejsce przede wszystkim w USA. Udział *amicusa* ma przede wszystkim na celu ochronę interesu publicznego przez neutralne przedstawienie informacji na dość specyficzny temat, na który trybunał arbitrażowy może nie mieć wiedzy, a dotyczy przykładowo wiadomości specjalnych, stosunków lokalnych lub miejscowych warunków życia. Ponieważ jednak warunkiem udziału *amicusa* w postępowaniu jest dostęp do informacji, nie może być ono w całości poufne. Początki udziału *amicusa* w sprawach inwestycyjnych są stosunkowo niedawne. W oparciu o Regulamin UNCITRAL pierwszy raz *amicus* wziął udział w sprawie *Methanex Corp.* przeciwko *United States* z 2001 r., podczas gdy na podstawie Konwencji ICSID było to w sprawie *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.* przeciwko *The Argentine Republic* (ICSID Case ARB/03/19) z 2003 r. Obecnie wiele umów międzynarodowych przewiduje udział *amicusa* w postępowaniu, jak chociażby umowa NAFTA, Konwencja ICSID, wiele umów dwustronnych, a także nowy Regulamin UNCITRAL z 2010 r. Dlatego też wiele organizacji chętnie występuje jako *amicus*. Jednak zanim trybunał dopuści dany podmiot do występowania w tej roli, bardzo szczegółowo sprawdza m.in.: czym taka organizacja się zajmuje, czy ma ona charakter profesjonalny, od jak dawna prowadzi praktykę i wiele innych czynników. Im większy jest autorytet *amicusa*, tym większe prawdopodobieństwo, że trybunał weźmie jego stanowisko pod uwagę.

Mecenas A. Dąbek potwierdził, że neutralne stanowisko profesjonalnego i rzetelnego podmiotu dotyczące kwestii na tyle szczególnych, by trybunał nie posiadał wiedzy w tym zakresie, może pomóc trybunałowi arbitrażowemu lepiej zrozumieć istotę sprawy. Obecnie jednak trudno jest stwierdzić, czy opinie te mają wpływ na treść orzeczenia, gdyż przypadków uczestnictwa *amicusa* w postępowaniu wciąż jest niewiele, głównie ze względu na poufność postępowania.

Kolejno głos zabrał prof. S. Sołtysiński, który przedstawił stosunek traktatów inwestycyjnych zawartych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej do prawa Unii. Profesor zaczął swoją wypowiedź od naświetlenia faktu, iż po przystąpieniu 10 nowych państw do Unii Europejskiej w 2004 r., a potem jeszcze Bułgarii i Rumunii w 2007 r., powstała w Unii niespotykana dotychczas sytuacja, kiedy traktaty inwestycyjne zaczęły obowiązywać między państwami członkowskimi. Państwa „starej Unii” nie zawierały między sobą traktatów inwestycyjnych, ponieważ inwestycje bezpośrednie były i są przedmiotem regulacji prawa Unii Europejskiej, począwszy od Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, podczas gdy zawierały one takie traktaty z państwami postkomunistycznymi głównie w okresie ich transformacji gospodarczej. Nastąpiła więc swoista dwutorowość ochrony inwestycji i inwestorów, z tym że nie wszyscy inwestorzy z państw członkowskich podlegają ochronie wynikającej z traktatów inwestycyjnych. Powstał zatem realny problem dyskryminacji podmiotów z różnych państw członkowskich w zależności od tego, czy dany traktat inwestycyjny został między danymi państwami zawarty, czy nie.

Profesor opowiedział się za zniesieniem traktatów między państwami Unii Europejskiej, podkreślając, iż obecnie Komisja prowadzi rozmowy na ten temat z państwami członkowskimi. Dodał także, że dość błędnym gospodarczo posunięciem jest przyznawanie inwestorom z państw trzecich większych uprawnień, niż posiadają inwestorzy krajowi, oraz że praktyka państw wskazuje, że mnogość zwartych traktatów inwestycyjnych nie podnosi wskaźnika inwestycji zagranicznych, co widać na przykładzie Brazylii. Państwo to w ogóle nie zawiera traktatów o ochronie inwestycji, a inwestorzy zagraniczni chętniej lokują tam kapitał niż w sąsiadującej Argentynie, która z większością państw na świecie powiązania jest istną siatką traktatową.

W polemikę z tym stanowiskiem wszedł dr *Witold Jurcewicz*, który zauważył, iż należy raczej podnosić standardy, niż je obniżać, i może warto względem dużych inwestycji przetransferować szczególnie ważne z punktu widzenia inwestorów postanowienia do prawa krajowego lub choćby prawa Unii Europejskiej, niż zupełnie eliminować te postanowienia z obrotu prawnego.

Jako ostatni głos w panelu zabrał dr *M. Jeżewski* w odniesieniu do tematu „Zastosowanie reguł UNCITRAL do sporów z udziałem państw. Główne problemy i propozycje zmian”. Punktem wyjścia jest uświadomienie sobie różnic, które istnieją pomiędzy zwykłymi sporami handlowymi a sporami z udziałem państwa. Te ostatnie, jak wskazał dr *Jeżewski*, wywodzą swój specyficzny charakter z przedstawionej uprzednio przez mec. *Jamkę* suwerenności państwa i suwerennej równości państw, poruszanego również wcześniej interesu publicznego, traktatowej podstawy jurysdykcji Trybunału, a tym samym konieczności stosowania międzynarodowego prawa publicznego, zarówno opartego na traktatach, jak i na międzynarodowym prawie zwyczajowym, uwzględniającym orzeczenia, które zapadły w innych sporach. Z kolei arbitraż handlowy charakteryzuje się większą elastycznością w wyborze prawa właściwego, nieskrępowaną poufnością postępowania oraz stosunkowo łatwą wykonalnością orzeczeń. W odniesieniu do reguł UNCITRAL specyfika postępowania z udziałem państwa dotyczy kilku szczególnych aspektów. Przede wszystkim umowy o arbitraż, która jest zgodą państwa na udział w postępowaniu arbitrażowym wyrażoną w traktacie inwestycyjnym. Jednakże zgoda inwestora wyrażona jest w momencie przedłożenia sporu przed trybunał arbitrażowy, gdyż inwestor jest wprawdzie beneficjentem, ale nie stroną traktatu. Kolejnym problemem jest wybór prawa właściwego, które może być określone zarówno w kontrakcie inwestycyjnym, jak i w porozumieniu arbitrażowym, w traktacie inwestycyjnym, a także w samym Regulaminie. Następna sprawa to poruszana już przejrzystość postępowania, która była także dyskutowana podczas prac II Grupy Roboczej UNCITRAL i dotyczy zarówno dostępu do informacji, jak i jawności rozprawy, a wreszcie publikacji orzeczenia. W odniesieniu do Regulaminu UNCITRAL istotną kwestią jest także uznanie i wykonanie orzeczenia, które odbywając się na podstawie Konwencji nowojorskiej z 1958 r., napotykają czasem problemy w odniesieniu do podmiotu, względem którego egzekucja ma być skierowana z uwagi na suwerenność państwa.

W odniesieniu do tego tematu mec. *Dąbek* potwierdził, że Regulamin UNCITRAL jest zbiorem na tyle elastycznych reguł, iż dają się one z powodzeniem zastosować również w przypadku sporów z udziałem państwa, co potwierdza dotychczasowa polska praktyka.

Ostatniemu panelowi konferencji, zatytułowanemu „Wpływ prawa Unii Europejskiej na arbitraż inwestycyjny”, przewodniczył mec. S. Pieckowski i wzięli w nim udział dr hab. Maciej Szpunar z Ministerstwa Spraw Zagranicznych, mec. Joanna Jackowska-Majeranowska z Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa oraz mec. Justyna Szpara i mec. Maciej Łaszczuk z kancelarii Łaszczuk i Wspólnicy.

Panel rozpoczęło wystąpienie dr. hab. M. Szpunara, który nawiązując do wystąpienia prof. S. Sołtysińskiego w poprzednim panelu, potwierdził, że w obecnej sytuacji dwutorowości ochrony inwestorów i inwestycji zagranicznych w odniesieniu do – z jednej strony – istniejących traktatów inwestycyjnych między niektórymi państwami członkowskimi, a z drugiej – prawa Unii Europejskiej dotyczącego wszystkich inwestorów ze wszystkich państw członkowskich, najbardziej pożądanym byłoby zniesienie traktatów inwestycyjnych między państwami członkowskimi. Pod koniec października Komisja Europejska miała się spotkać ze wszystkimi państwami, by omówić ten problem oraz uzyskać informację, kiedy zniesienie wewnętrznych traktatów byłoby możliwe. Jest to o tyle też konieczne, iż jak podkreślił dr hab. Szpunar, Traktat z Lizbony jasno określa kompetencje Unii jako wyłącznie właściwej do zawierania traktatów inwestycyjnych z państwami trzecimi – bezcelowe oraz sprzeczne byłoby więc utrzymywanie odrębnej sytuacji wewnątrz Unii.

Podobnego zdania była mec. J. Jackowska-Majeranowska z Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, przedstawiając także „Obecny stan prac nad BIT na forum europejskim”. Od momentu wejścia w życie Traktatu z Lizbony, jak podkreślił wcześniej dr hab. Szpunar, jedynie Unia Europejska ma kompetencję do zawierania traktatów inwestycyjnych z państwami trzecimi. Stało się to dzięki włączeniu bezpośrednich inwestycji zagranicznych do definicji wspólnej polityki handlowej, będącej w sferze wyłącznej kompetencji UE (art. 3 TUE oraz art. 207 TFUE). Kompetencja ta jest jednak dość problemowa, gdyż Unia nie była wcześniej przygotowana do stworzenia odpowiednich warunków ochronnych, jakie na mocy traktatów gwarantują państwa członkowskie. Dotyczy to braku uprawnień Unii w innych sferach, jak sfera podatkowa, prawo własności (i często podnoszone przez inwestorów bezprawne wywłaszczenie), czy wreszcie sposób rozwiązywania sporów. Istotą międzynarodowego prawa inwestycyjnego jest bowiem rozwiązywanie sporów przez trybunały arbitrażowe, podczas gdy Unia, promująca zasadę wzajemnego uznania, wymaga, by spory wynikłe na podstawie prawa Unii Europejskiej rozpatrywane były przez sądy państwowe, co daje możliwość kontroli wykładni prawa UE przez Trybunał Sprawiedliwości. Najbardziej prawdopodobne jest więc, iż póki co Komisja Europejska będzie uczestniczyć w negocjacjach razem z państwem członkowskim, które będzie chciało zawrzeć dany traktat, by był on zgodny z prawem UE oraz założeniami politycznymi Unii. Jest to skutek trzech spraw, które zostały wszczęte przeciwko Austrii, Szwecji oraz Finlandii, których traktaty o ochronie inwestycji z państwami trzecimi gwarantowały swobodny przepływ środków finansowych, a nie uwzględniały ograniczenia, jakie na przepływy zewnętrzne może nałożyć Rada. Konsekwentnie, państwa te zostały zobowiązane do zmiany treści traktatów. Niezależnie od tego, prace nad ogólnoeuropejskim BIT trwają i Unia chciałaby, by mógł on zacząć funkcjonować w obrocie prawnym już w niedalekiej przyszłości.

Rozgorzała dyskusja, która powróciła do problemu traktatów między państwami członkowskimi UE. Z jednej strony podnoszone były opinie, iż dopóty dopóki państwa członkowskie są związane zawartymi wcześniej umowami międzynarodowymi i formalnie ich nie wypowiedzą, Unia nie powinna wpływać na państwa celem ich nagłego wypowiedzenia, gdyż uderza to w interesy inwestorów. Z drugiej strony wskazywano, iż obecnie arbitraż inwestycyjny idzie w Europie w złym kierunku, gdyż państwa często muszą wypłacać ogromne odszkodowania za działania, do których były zobowiązane przez prawo UE lub w danej sytuacji finansowej, a wyroki arbitrażowe nie podlegają praktycznie żadnej merytorycznej kontroli. Spory te powinny być więc kierowane na drogę sądownictwa powszechnego, które w obecnych czasach jest na podobnie dobrym poziomie wszędzie w Unii, co jednocześnie będzie podlegało kontroli Trybunału Sprawiedliwości.

Jako ostatni głos w panelu zabrali mec. J. Szpara oraz mec. M. Łaszczuk, przedstawiając zagadnienie o uznawaniu i wykonywaniu wyroków wydanych w arbitrażu inwestycyjnym. Przede wszystkim, mając na uwadze to zagadnienie, należy uwzględnić, czy orzeczenie zostało wydane na podstawie Konwencji ICSID, czy innego trybu postępowania (Regulaminu UNCITRAL, Regulaminu SCC czy Regulaminu ICC). W odniesieniu do reżimu ICSID, będącego całkowicie autonomicznym porządkiem, kontrola orzeczeń następuje jedynie przez specjalnie do tego powoływany Komitet Anulujący *Ad Hoc*, który może unieważnić orzeczenie arbitrażowe w oparciu o ściśle określone przesłanki z art. 52 Konwencji ICSID. Innymi słowy, sądy państwowe, zarówno miejsca arbitrażu, jak i miejsca wykonania orzeczenia, nie mają nad tymi orzeczeniami żadnej kontroli. Z kolei w odniesieniu do innych trybów postępowania kontrola orzeczeń, a także całe postępowanie, podlega sądom państwowym miejsca arbitrażu, jak i inne postępowania arbitrażowe o charakterze handlowym. Statystyki pokazują, iż dla pewności orzeczenia stabilniejszy jest reżim poza Konwencją ICSID, gdzie tylko 6% orzeczeń zostało uchylonych, podczas gdy w reżimie ICSID było to aż 40%, w tym 20% orzeczeń uchylonych całkowicie. Co istotne, uchylenia wyroków arbitrażowych najczęściej zapadają na korzyść państwa, jak chociażby w ostatnim orzeczeniu uchylającym wyrok w całości w sprawie *Sempra Energy International* przeciwko *Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16). Naturalnie nie wszystkie wnioski o uchylenie rozpatrywane są pozytywnie, co przede wszystkim dotyczy niewystarczających podstaw merytorycznych (*Rumeli Telekom & Telsim Mobil* przeciwko *Kazakhstan* lub *Vivendi* przeciwko *Argentina II*, gdzie podstawą wniosku o uchylenie była krytyka sekretariatu oraz arbitra). W odniesieniu już do wykonania wyroku, Konwencja ICSID przewiduje, że wyrok jest ostateczny i wiążący dla stron, które mają obowiązek jego wykonania, o ile nie zostało ono wstrzymane (art. 53 Konwencji). Co jednak istotne, orzeczenie ma być uznane, jakby było ostatecznym wyrokiem w państwie wykonania orzeczenia, jedynie jeśli orzeczenie opiewa na świadczenie pieniężne. W innym przypadku wykonanie podlegać będzie Konwencji nowojorskiej z 1958 r. lub prawu krajowemu. Natomiast poza reżimem ICSID uznanie oraz wykonanie orzeczenia następuje analogicznie jak w przypadku arbitrażu handlowego, czyli na podstawie umów międzynarodowych, w tym przede wszystkim Konwencji nowojorskiej z 1958 r., a także prawa krajowego dotyczącego uznania i wykonania zagranicznych lub krajowych orzeczeń arbitrażowych. W odniesieniu do Konwencji nowojorskiej może pojawić się

wątpliwość, czy określenie „spory handlowe”, o których mówi Konwencja, obejmuje także spory inwestycyjne. Przyjmuje się jednak, że jest to pojęcie na tyle szerokie, by pomieścić inwestycje zagraniczne, tym bardziej że w momencie tworzenia Konwencji międzynarodowe prawo inwestycyjne nie było jeszcze uformowaną dziedziną prawa (pierwszy BIT między Niemcami a Pakistanem został podpisany w 1959 r.), a chodziło raczej o wyłączenie sporów o charakterze niepowiązanym z działalnością gospodarczą. Ponadto wiele umów międzynarodowych odsyła wprost do stosowania Konwencji nowojorskiej, jak chociażby BIT zawarty między Polską a Niemcami, Traktat Karty Energetycznej lub porozumienie NAFTA. Innym aspektem jest wymóg przedłożenia oryginału umowy o arbitraż. Jak wskazano w panelu poprzedzającym, w arbitrażu inwestycyjnym składa się ona z dwóch elementów, tj. zgody państwa zawartej w traktacie inwestycyjnym oraz zgody inwestora wynikającej z wszczęcia postępowania. I te dwa elementy uważa się za umowę o arbitraż w rozumieniu Konwencji, co wprost stanowi też Traktat Karty Energetycznej. Konsekwentnie, przedłożone powinno być tzw. *notice of arbitration* ze strony inwestora. Ze strony państwa jednak nie jest konieczne przedkładanie traktatu międzynarodowego, gdyż stanowi on źródło prawa powszechnie obowiązującego. Kolejnym aspektem jest powiązanie z prawem Unii Europejskiej. Mianowicie, obecnie uznanie i wykonanie zagranicznych wyroków arbitrażowych, w tym w ramach arbitrażu inwestycyjnego, jest wyłączone spod działania rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Istnieje wprawdzie postulat zmiany tego wyłączenia, jak również przystąpienia UE do Konwencji ICSID, to jednak żadne konkretne kroki nie zostały jeszcze oficjalnie podjęte. Prawo Unii nie ingeruje więc w kwestię uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego, z pewnymi jednak wyjątkami. Najgłośniejszy z nich został sformułowany przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Eco Swiss* (wyrok z 25.2.1999 r., C-126/97), w której TS stwierdził, że prawo UE stanowi część porządku publicznego. Sąd państwa członkowskiego ma więc obowiązek uchylić wyrok arbitrażowy (w ramach odpowiedniego postępowania ze skargi o uchylenie), jeżeli wyrok ten jest sprzeczny z art. 85 TWE (obecnie art. 101 TFUE), na podstawie klauzuli porządku publicznego. Stanowisko to może też mieć zastosowanie względem innych orzeczeń arbitrażowych, wydanych przykładowo w ramach arbitrażu inwestycyjnego. W odniesieniu do postępowań toczących się poza reżimem ICSID odpowiednim narzędziem będzie art. V(2)(b) Konwencji nowojorskiej z 1958 r., ustanawiający klauzulę porządku publicznego, która może być podniesiona, gdyby orzeczenie naruszało prawo UE. W przypadku jednak orzeczeń wydanych na podstawie Konwencji ICSID sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdyż nie podlegają one kontroli ze strony sądów państwowych, jedynie Komisja może wszcząć postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu, w przypadku gdyby wykonało orzeczenie naruszające prawo UE. Wyjściem z tej sytuacji byłoby przedłożenie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości przez sąd powszechny, który wykonywałby dane orzeczenie (art. 267 TFUE). Problem staje się tym bardziej aktualny, jeśli mamy do czynienia z orzeczeniami wydanymi na podstawie traktatów zawartych między państwami członkowskimi Unii, co do których istnieje obawa, że mogą naruszać prawo UE. Na razie jednak żadna sprawa nie trafiła w tym trybie do Trybunału.

Mimo że był to już koniec ostatniego panelu, dyskusje przez długi jeszcze czas toczyły się w kulisach. Zanim jednak oficjalnie zakończono konferencję, jej przewodniczący, prof. A. Szumański oraz dr M. Dziurda, podziękowali za uczestnictwo zarówno uczestnikom paneli, jak i gościom konferencji, wskazując, iż dzięki niej jaśniejsze stało się przesłanie obrazu „Skąd przychodzimy? Czym jesteśmy? Dokąd idziemy?”, choć z pewnością poruszone zagadnienia oraz stanowiska dały temat do wielu debat, które – jak należy mieć nadzieję – zaowocują kolejnymi konferencjami na temat arbitrażu inwestycyjnego.