

studentka ostatniego roku studiów stacjonarnych prawa na Uniwersytecie Wrocławskim oraz studiów prawniczych pierwszego stopnia (LLB) na Uniwersytecie Glamorgan w Walii; laureatka konkursu organizowanego przez kancelarię K & L Gates na najlepszy esej z zakresu arbitrażu międzynarodowego

# Procedury arbitrażowe na gruncie Traktatu Karty Energetycznej

## 1. Uwagi wstępne

Inwestycje w przemysł energetyczny to przede wszystkim inwestycje w wydobycie surowców, budowę rurociągów naftowych i gazowych, sieci przesyłu energii elektrycznej, w nabycie i rozbudowę istniejącej infrastruktury energetycznej i gazowniczej. Wymagają one nadzwyczaj dużego kapitału, a oprócz normalnego ryzyka handlowego dodatkowo istnieje (często znaczące) ryzyko geologicznego poszukiwania. Inwestycje te są zwykle odzyskiwane przez wiele lat i w rezultacie bardzo podatne na wpływy polityczne, obejmujące w skrajnych przypadkach przymusową nacjonalizację czy wywłaszczenie<sup>1</sup>. Proces poszukiwania mechanizmów zapewniających bezpieczeństwo inwestycji w przemyśle energetycznym zaowocował podpisaniem w 1994 r. Traktatu Karty Energetycznej (dalej jako: TKE), która jak dotąd stanowi najbardziej ambitny projekt utworzenia międzynarodowego reżimu prawnego dla inwestycji w sektorze energetycznym. Do chwili obecnej podpisało ją 51 państw w tym wszyscy członkowie UE. Jest także kilkanaście państw mających status obserwatorów, w tym Stany Zjednoczone (USA), Chiny, Arabia Saudyjska, Iran, Wenezuela, Tunezja, Zjednoczone Emiraty Arabskie i wiele innych państw Zatoki Perskiej, jak również organizacje międzynarodowych, takich jak Bank Światowy i Stowarzyszenie Narodów Azji Południowo-Wschodniej<sup>2</sup>. Karta zawiera wyraźny zapis o tym, że inwestycje nie mogą być nacjonalizowane lub wywłaszczane bez wypłacenia rekompensaty. Każdy z krajów, który ratyfikował traktat, może być przez inwestora pociągnięty do odpowiedzialności przed międzynarodowy sąd arbitrażowy. Arbitraż niewątpliwie ułatwia likwidację inwestycji zgodnie z warunkami umowy i zapewnia prawo do bezstronnego sądu. Co ważne, zniechęca także państwa przyjmujące do ingerencji w inwestycje energetyczne, ponieważ perspektywa kosztownego postępowania arbitrażowego i negatywnej decyzji arbitrażowej jest jednym z głównych powodów, dla których rządy przestrzegają wcześniej wynegocjowanych postanowień<sup>3</sup>. Niewątpliwie istnienie

---

<sup>1</sup> T.W. Wälde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty – from Dispute Settlement to Treaty Implementation*, Conference on Energy Arbitration, Gulf Arbitration Centre 1998, s. 5.

<sup>2</sup> Informacje na temat Traktatu Karty Energetycznej i działania Sekretariatu Traktatu Karty Energetycznej dostępne na: [www.encharter.org](http://www.encharter.org).

<sup>3</sup> T.W. Wälde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty...*, s. 6–7.

wiarygodnej możliwości poddania sprawy pod arbitraż jest bardzo ważne w zachęcaniu państw-stron do przestrzegania zobowiązań wynikających z Traktatu oraz w promowaniu stabilnego klimatu dla inwestycji zgodnie z jego celami.

Obecnie liczba sporów wniesionych przez inwestorów w ramach Traktatu Karty Energetycznej wzrasta (jak dotąd było ich ponad 20), głównie ze względu na wzrost świadomości swoich praw wśród inwestorów, a także prawników na temat Traktatu. W dalszym ciągu jednak wielu inwestorów musi polegać na dwustronnych umowach inwestycyjnych (BITs), gdyż większość krajów Bliskiego Wschodu, Afryki i Ameryki Południowej nie są stronami Traktatu<sup>4</sup>.

Jak stwierdził sąd arbitrażowy w sprawie *Plama Consortium Ltd.* przeciwko *Republika Bułgarii* „TKE jest pierwszym wielostronnym traktatem zapewniającym możliwość rozstrzygania sporów pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym”<sup>5</sup>. Niniejszy artykuł ma na celu analizę arbitrażu przeprowadzanego na gruncie tego jak dotąd jedynego wielostronnego porozumienia dotyczącego promocji i ochrony inwestycji sektora energetycznego. W związku z tym, że w 2011 r. minęło 10 lat od pierwszego postępowania przed sądem arbitrażowym na gruncie TKE, jest to dobry moment na przedstawienie sposobu funkcjonowania mechanizmów arbitrażowych opartych na przepisach Traktatu, oraz na analizę dotychczasowego dorobku orzeczniczego<sup>6</sup>.

## II. Podstawowe informacje dotyczące funkcjonowania Traktatu

Wpływ na powstanie Traktatu Karty Energetycznej miała dawna Wspólnota Europejska (obecnie Unia Europejska), a sam Traktat narodził się z propozycji rządu holenderskiego przedstawionej na posiedzeniu Rady Europejskiej w Dublinie we wrześniu 1990 r. Mowa o tzw. Planie Lubbersa, mającym na celu intensyfikację stosunków handlowych i współpracy w sektorze energetycznym w celu zapewnienia demokratycznej restrukturyzacji w krajach byłego RWPG<sup>7</sup>. Podstawowe treści planu zostały zamieszczone w Europejskiej Karcie Energetycznej (dalej jako: EKE), podpisanej w grudniu 1991 r. przez prawie 50 państw. EKE ustanowiła podstawy dla współpracy międzyrządowej w dziedzinie energii w szerokim znaczeniu – od handlu energią i bezpieczeństwa dostaw do efektywności energetycznej. Ten niewiążący instrument przewidywał możliwość sygnatariuszy realizacji celów i zasad Karty poprzez negocjowanie Traktatu oraz Protokołów<sup>8</sup>. Tym Traktatem jest właśnie Traktat Karty Energetycznej, który jako pierwsza kompleksowa i wielostronna umowa, zawiera w ramach jednego instrumentu międzynarodowego przepisy dla ochrony inwestycji i handlu<sup>9</sup>. Merytoryczna zawartość TKE jest oparta na trzech głównych źródłach:

<sup>4</sup> Aktualne informacje dotyczące członków i obserwatorów są dostępne na: [www.encharter.org/index.php](http://www.encharter.org/index.php).

<sup>5</sup> *Plama Consortium Ltd.* przeciwko *Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24).

<sup>6</sup> W związku z rocznicą, między 9 a 10.7.2011 r. organizowana była w Sztokholmie konferencja pt. 10 years of Energy Charter Treaty Arbitration; więcej informacji na: [www.sccinstitute.se/?id=11719&eid=9328](http://www.sccinstitute.se/?id=11719&eid=9328).

<sup>7</sup> Rada Wzajemnej Pomocy Gospodarczej.

<sup>8</sup> A. Konoplyanik, T.W. Wälde, Energy Charter Treaty and its Role in International Energy, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 2006, Vol. 24, No 4, s. 524.

<sup>9</sup> Określenie „europejski” zostało usunięte, głównie dlatego, że nie tylko państwa europejskie stały się stronami TKE.

- 1) ugruntowanej praktyce zawierania dwustronnych umów inwestycyjnych tzw. BITs<sup>10</sup> (*bilateral investment treaty*), pomimo, że w 1990 r., w momencie negocjacji Traktatu, było ich jedynie 500;
- 2) niektórych dyrektywach unijnych w sprawach: licencjonowania zasobów energetycznych, użyteczności zamówień publicznych, dotyczących tranzytu, niedyskryminującego dostępu do energii oraz infrastruktury transportowej;
- 3) GATT: w części handlowej TKE jest w zasadzie odniesieniem do GATT z 1994 r., a art. 7 TKE (Tranzyt) bazuje na wcześniejszym dziale V GATT (Wolność tranzytu)<sup>11</sup>.

Traktat można podzielić na części: przepisy dotyczące handlu (art. 3–5, 29–32), ochrony inwestycji (art. 10–15), konkurencji (art. 6), tranzytu (art. 7), podatków (art. 21), i środowiska (art. 19). W związku z tym TKE obejmuje praktycznie wszystkie aspekty ekonomiczne dotyczące sektora energii. TKE określa także ramy instytucjonalne, oparte na międzynarodowej konferencji posiadającej uprawnienia budżetowe (Konferencja Karty Energetycznej, art. 33–34) oraz działania sekretariatu (art. 35). Z drugiej strony, TKE stworzył mechanizm rozstrzygania sporów, i jest to jedna z jego najważniejszych cech. W celu zapewnienia skutecznego egzekwowania postanowień TKE w umowie zostały zawarte aż trzy mechanizmy rozwiązywania sporów. Te różne mechanizmy przewidziane zostały w art. 26, 27 oraz w załączniku D umowy. Podczas gdy załącznik D stosuje się do sporów handlowych z udziałem państw niebędących członkami WTO, a które są stronami TKE, art. 27 ma zastosowanie do każdego sporu między stronami traktatu w zakresie wszelkich spraw z wyjątkiem wymienionych w art. 29, a które wchodzą w zakres procedur określanych w załączniku D. Artykuł 26 reguluje natomiast mechanizmy rozwiązywania sporów pomiędzy inwestorem a państwem przyjmującym – stroną TKE.

### III. Ochrona inwestycji na gruncie TKE

Główna część TKE określa system ochrony inwestycji – jest to część III traktatu. Jest ona wzorowana na rozdziale XI NAFTA i nowoczesnym typie dwustronnego porozumienia inwestycyjnego – BIT, opracowanym w szczególności przez Stany Zjednoczone i Wielką Brytanię<sup>12</sup>. Część III TKE należy rozpatrywać w połączeniu z art. 26 TKE, który pozwala inwestorowi wytoczyć proces bezpośrednio przeciwko rządowi za naruszenie jednego ze zobowiązań zawartych w części III przed niezależnym sądem arbitrażowym. Podstawowym celem przepisów chroniących inwestycje jest utworzenie „równych szans” dla inwestycji w sektorze energii, głównie poprzez zasadę niedyskryminacji, czyli obowiązek zapewnienia traktowania narodowego tych obywateli i podmiotów państw

<sup>10</sup> Więcej na temat wpływu dwustronnych umów inwestycyjnych na TKE w: *T.W. Wälde*, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty*, s. 9–15.

<sup>11</sup> *A. Konoplyanik, T.W. Wälde, op. cit.*, s. 528.

<sup>12</sup> Bardzo szeroko w kwestii zależności pomiędzy rozdziałem XI NAFTA i TKE w: *A.K. Myrvang*, *An illustration of how Traditional Arbitration is being changed by modern international investment law: Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter XI and the Energy Charter Treaty*; publikacja dostępna na: [www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol13/article13-11.pdf](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol13/article13-11.pdf); ponadto w: *L.L. Herman*, *NAFTA and ECT: Divergent Approaches with a Core of Harmony*, 15 *Journal of Energy & Natural Resources Law* 1997, s. 129–154.

– sygnatariuszy traktatu, którzy zdecydowali się zainwestować w sektorze energetycznym<sup>13</sup>. Artykuł 10 TKE przewiduje wiele zabezpieczeń dla zagranicznych inwestycji w sektorze energetycznym: 1) zabezpieczenia ogólne – strony traktatu zobowiązały się „popierać i tworzyć stabilne, sprawiedliwe, sprzyjające i przejrzyste warunki dla inwestorów”, a także do „uczciwego i sprawiedliwego traktowania inwestycji inwestorów”, 2) zabezpieczenia przeciwko dyskryminacji – strony zobowiązują się do traktowania „które jest nie mniej korzystne niż przyznawane jej własnym inwestorom lub inwestorom dowolnej innej Umawiającej się Strony lub któregośkolwiek państwa trzeciego, zależnie od tego, które z tych traktowań jest najbardziej korzystne”. Warto wspomnieć, że to właśnie w oparciu o naruszenie zasady narodowego traktowania wydany został pierwszy wyrok arbitrażowy na gruncie TKE – *Nykomb przeciwko Republika Łotewska*<sup>14</sup>. Artykuł 13 TKE, dotyczący wyłączenia, stanowi że „inwestycje inwestorów Umawiającej się Strony na obszarze którejkolwiek innej Umawiającej się Strony nie będą nacjonalizowane, wyłączone lub poddawane działaniu bądź działaniom mającym skutek równoznaczny z nacjonalizacją lub wyłączeniem”. Możliwość wyłączenia inwestora jest możliwa wyłącznie w określonych warunkach, a mianowicie za odszkodowaniem równym „godziwej wartości rynkowej”, w celu publicznym, w sposób niedyskryminujący oraz zgodnie z właściwym postępowaniem prawnym. W art. 14 uregulowane zostały kwestie związane z przekazywaniem płatności pochodzących z inwestycji, które „będą dokonywane bez zwłoki i w swobodnie wymiennej walucie”<sup>15</sup>. Wyżej omówione przepisy mają na celu uczynić państwo przyjmujące atrakcyjnym dla zagranicznych inwestorów sektora energetycznego, głównie poprzez zmniejszenie ryzyka politycznego i naturalnej skłonności państw do protekcjonizmu<sup>16</sup>.

## IV. Mechanizmy rozwiązywania sporów na gruncie TKE

Traktat zobowiązuje strony do podjęcia próby negocjacji i polubownego rozwiązania sporu. Jeśli strony nie osiągną porozumienia, TKE przewiduje:

- 1) rozwiązywanie sporów inwestycyjnych (inwestor – państwo),
- 2) rozwiązywanie sporów pomiędzy państwami (z wyjątkiem spraw dotyczących konkurencji i ochrony środowiska).

### 1. Spory pomiędzy państwem a inwestorem

Artykuł 26 TKE zawiera regulację poddawania pod arbitraż sporów inwestorów zagranicznych z państwem przyjmującym inwestora, dając inwestorom zagranicznym prawo do skierowania roszczeń wobec państwa przyjmującego z powodu naruszenia części III Traktatu. Jest to jeden z najbardziej interesujących przepisów TKE, jako że wraz z NAFTA

<sup>13</sup> A. Konoplyanik, *T.W. Wälde, op. cit.*, s. 533.

<sup>14</sup> *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) przeciwko Republika Łotewska*, ICC 118/2001.

<sup>15</sup> Traktat Karty Energetycznej, Dz.U. z 2003 r. Nr 105, poz. 985.

<sup>16</sup> Więcej na temat protekcjonizmu w sporach inwestycyjnych w: *T.W. Wälde, National Treatment in International Investment Disputes*, 2007.

stanowią jedyne wielostronne umowy, przewidujące mechanizm rozwiązywania sporów pomiędzy inwestorem a państwem<sup>17</sup>. Na spór muszą składać się trzy elementy, aby mógł mieć do niego zastosowanie art. 26 TKE:

- 1) element *ratione personae* – art. 26 wymaga, aby inwestor wnoszący wniosek nie był obywatelem Umawiającej się Strony, wobec której wniosek jest skierowany. Przepis ten ustanawia obowiązkowy, ponadnarodowy charakter sporu. Jeżeli więc państwo udowodni, że wnioskodawca jest krajowym inwestorem, nie ma sporu w rozumieniu art. 16 TKE. Ponadto, inwestor musi być obywatelem drugiej Umawiającej się Strony. Inwestorzy z kraju trzeciego nie mogą skorzystać z mechanizmu rozstrzygnięcia TKE;
- 2) element *ratione materiae* – przedmiotem sporu zgodnie z art. 26 Traktatu Karty Energetycznej musi być rzekome naruszenie zobowiązań wynikających z części III. Biorąc pod uwagę, że mechanizm przewidziany w art. 27 obejmuje cały zakres uregulowań TKE, art. 26 ogranicza jego zakres do części III umowy, odnoszącej się do promowania i ochrony inwestycji. Możliwość poszerzenia go o inne części Traktatu Karty Energetycznej, zwłaszcza o część IV, nie wyklucza *Wälde*. Jak wskazuje, obecnie większość przepisów części IV określa warunki zastosowania, interpretacji, a także wyjątki co do zobowiązań państwa przyjmującego określonych w części III<sup>18</sup>;
- 3) element *ratione loci* – ostatnim warunkiem kwalifikującym spór jako spór w rozumieniu art. 26 jest konieczność, aby inwestycje były wykonane na terytorium państwa, do którego skierowany jest spór. Należałoby więc wnioskować, że łącznikiem pomiędzy naruszeniem Traktatu Karty Energetycznej a stroną pozwaną, nie jest wcale przyczynienie się do naruszenia, lecz miejsce, w którym miało ono miejsce. W związku z tym, przepis milczy w sprawach dotyczących działania lub zaniechania Umawiającego się Państwa w odpowiedzi na roszczenie. Na tej podstawie można stwierdzić, że niezależnie od postępowania strony pozwanej, fakt, że wystąpiło naruszenie, sprawia, że *per se* jest ono przypisywane państwu – Umawiającej się Stronie.

Jeśli wystąpią wszystkie powyżej wymienione elementy, istnieje szeroki wybór co do sposobu rozwiązania przedmiotowego sporu. Inwestor może zdecydować się na przedłożenie sporu „do rozstrzygnięcia do sądów lub trybunałów administracyjnych Umawiającej się Strony, będącej stroną sporu” lub „zgodnie z jakąkolwiek stosowną, wcześniej uzgodnioną procedurą rozstrzygnięcia sporów”, a także może zdecydować o „przedłożeniu sporu do arbitrażu międzynarodowego lub do postępowania pojednawczego”<sup>19</sup>. W przypadku, jeśli inwestor zdecyduje się przedłożyć spór do arbitrażu, TKE przewiduje trzy możliwości:

- 1) Międzynarodowe Centrum dla rozstrzygnięcia sporów inwestycyjnych (Konwencja ICSID), ustanowione na podstawie Konwencji o rozwiązywaniu sporów inwestycyjnych

<sup>17</sup> T.W. *Wälde*, *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for Investment & Trade*, Kluwer Law International 1996, s. 422–442. NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) – Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu; więcej na temat sporów arbitrażowych pomiędzy inwestorem a państwem na gruncie NAFTA: K. *Tienhaara*, *Investor-State Dispute Settlement in the Trans-Pacific Partnership Agreement – Submission to the Department of Foreign Affairs and Trade*, 2010.

<sup>18</sup> T.W. *Wälde*, *International Investment under the 1994 Energy Charter*, *Journal of World Trade* 1995, s. 54.

<sup>19</sup> Art. 26 ust. 6 Traktatu Karty Energetycznej.

między państwami a obywatelami innych państw, jednakże ta opcja jest dostępna, jeśli Umawiająca się Strona, z której pochodzi inwestor oraz Umawiająca się Strona będąca stroną sporu, obie są stronami Konwencji ICSID,

- 2) wyłącznego arbitra lub trybunał arbitrażowy *ad hoc* utworzony zgodnie z regulaminem arbitrażowym Komisji ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL),
- 3) postępowanie arbitrażowe przy Instytucie Arbitrażu Izby Handlowej w Sztokholmie<sup>20</sup>.

Artykuł 26 TKE stanowi, że: „Spory między jedną z Umawiających się Stron a inwestorem z innej Umawiającej się Strony, odnoszące się do inwestycji tego inwestora na obszarze tej pierwszej Umawiającej się Strony, a dotyczące rzekomego naruszenia przez tę pierwszą Stronę jakiegokolwiek zobowiązania powstałego na podstawie części III niniejszego Traktatu, będą, w miarę możliwości, rozstrzygane polubownie”<sup>21</sup>. Traktat wymaga więc, aby strony sporu podjęły negocjacje, nie powinny one jednak przekraczać trzech miesięcy. Jeśli negocjacje nie powiodą się, dopiero wówczas inwestor może wybrać jeden z trzech wyżej wymienionych sposobów, aby rozwiązać swój spór z państwem przyjmującym. Niezależnie od dokonanego wyboru, organ któremu powierzono interpretację TKE, stosuje także „stosowne normy i zasady prawa międzynarodowego”<sup>22</sup>. Artykuł 26 ust. 8 TKE stanowi, że orzeczenie arbitrażowe jest wiążące i ostateczne dla stron.

TKE daje inwestorom prawo do wszczęcia postępowania w drodze międzynarodowego arbitrażu, niezależnie od zawartej z państwem przyjmującym umowy. W przeciwieństwie więc do tradycyjnych umów inwestycyjnych, w stosunku do których arbitraż zawarty jest w klauzuli arbitrażowej lub w odrębnej umowie arbitrażowej, TKE sprawia, że postępowanie arbitrażowe jest dostępne dla wszystkich inwestorów sektora energetycznego. Istnieją jednak dwa wyjątki od zasady wyrażonej w art. 26 TKE. Po pierwsze, Umawiające się Strony mogą wyłączyć zastosowanie art. 26, jeśli spór został już przedłożony przed właściwe forum (chodzi tu o wcześniej wspomnianą możliwość przedłożenia sporu przed sądy lub trybunały administracyjne Umawiającej się Strony, bądź zgodnie z jakąkolwiek stosowną, wcześniej uzgodnioną procedurą rozstrzygania sporów). Po drugie, mogą one wyłączyć roszczenia inwestora w ramach zawartej z nim dwustronnej umowy.

## 2. Spory pomiędzy państwami

W przypadku sporów pomiędzy państwami, zakres zastosowania postanowień TKE jest obszerniejszy niż w sporach pomiędzy inwestorem a państwem, ograniczonych tylko do części III Traktatu. Spory pomiędzy państwami mogą bowiem dotyczyć zarówno stosowania, jak i implementacji Traktatu. Tego rodzaju spory są przeważnie rozstrzygane drogą dyplomatyczną, a w wypadku braku porozumienia – poprzez arbitraż *ad hoc*,

<sup>20</sup> Art. 26 Traktatu Karty Energetycznej.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.



z wyjątkiem sporów dotyczących konkurencji (art. 19) i ochrony środowiska (art. 6). Przyczyną wspomnianych wyłączeń jest konieczność ograniczenia możliwości wykorzystywania Traktatu do ingerencji w sprawy dotyczące środowiska i konkurencji jednych państw wobec drugih. Również spory z zakresu spraw związanych z handlem (art. 5 i 29) są wyłączone z arbitrażu pomiędzy państwami (z wyjątkiem sytuacji, gdy strony tak postanowią) – przypuszczalnie w celu uniknięcia powtarzania metod rozwiązywania sporów handlowych w ramach GATT/WTO.

W przeciwieństwie więc do prywatnych inwestorów, państwa pomiędzy sobą nie mają zbyt wielu opcji dla rozwiązywania sporów. Postępowanie powinien regulować Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL, o ile strony nie uzgodnią inaczej. Trybunał podejmuje decyzje większością głosów swoich członków, rozpatruje sprawy zgodnie z Traktatem oraz stosownymi normami prawa międzynarodowego, a jego wyrok arbitrażowy jest ostateczny i wiążący. O tym, jak rzadko używany jest art. 27 świadczy fakt, że jedyny spór pomiędzy państwami (*Chorwacja przeciwko Słowenia*) nie osiągnął etapu arbitrażu *ad hoc*, ponieważ strony zdołały rozwiązać go za pomocą dyplomatycznych negocjacji<sup>23</sup>.

### 3. Inne mechanizmy rozwiązywania sporów

Artykuł 7 TKE zawiera bardzo praktyczną regulację dotyczącą rozstrzygania sporów dotyczących tranzytu. Procedura pojednawcza może rozpocząć się jedynie wtedy, gdy wcześniej ustalone metody rozwiązania sporu zostały wykorzystane, nie przynosząc rezultatu. Mediator, który może zostać mianowany przez Sekretarza Generalnego, pełni podwójną rolę: oprócz przeprowadzania mediacji, ma również uprawnienia wydania ostatecznej, wiążącej decyzji w sprawie. Według *Wälde'a*, procedura ta jest szybszą alternatywą dla art. 27 TKE<sup>24</sup>. Spory dotyczące opodatkowania (biorąc pod uwagę regulacje art. 21 TKE dotyczące opodatkowania) poddane są trybowi z art. 27 TKE (spory pomiędzy państwami). Co wyróżnia to postępowanie, to procedura skierowania zapytania do krajowego organu podatkowego zarówno przez państwo wszczynające postępowanie, jak i trybunał arbitrażowy umocowany do rozstrzygnięcia sporu. Nie wpływa to na kompetencję trybunału co do ustalenia, czy taki podatek narusza postanowienia traktatu, ale jednocześnie daje szansę krajowym organom podatkowym na dokonanie oceny takiego podatku w świetle zastosowania TKE. Spory dotyczące prawa konkurencji podlegają procedurze określonej w art. 6 TKE, opartej na wzajemnych konsultacjach i notyfikacjach<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> K. Gadiyev, Arbitration of Energy-Related Disputes under the Energy Charter Treaty, *Global Jurist* 2008, vol. 8, issue 2, s. 3.

<sup>24</sup> Tak: T.W. Wälde, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty – from Dispute Settlement to Treaty Implementation 12 *Arbitration International* 1996, s. 19.

<sup>25</sup> Art. 6 ust. 5 TKE stwierdza, że „jeśli Umawiająca się Strona dojdzie do wniosku, że jakkolwiek określona praktyka antykonkurencyjna prowadzona na obszarze innej Umawiającej się Strony działa wbrew interesom istotnym dla celów wymienionych w niniejszym artykule, wówczas ta Umawiająca się Strona może zawiadomić tę drugą Umawiającą się Stronę oraz zażądać, aby organy do spraw konkurencji tej drugiej Umawiającej się Strony podjęły stosowne postępowanie prawne”.

## V. Orzeczenia wydane w ramach TKE

Liczba spraw kierowanych pod arbitraż na gruncie TKE rośnie, aczkolwiek należy wziąć pod uwagę, że traktat jest stosunkowo nowy i jak dotąd niewiele spraw zostało rozstrzygniętych na jego podstawie<sup>26</sup>. Niewątpliwie każde z jak dotąd wydanych rozstrzygnięć miało swój wkład w wykładnię i interpretację postanowień Traktatu.

### 1. *Petrobart przeciwko Republika Kirgiska*<sup>27</sup>

Artykuł 26 często nazywany jest tzw. rozwidleniem dróg (oryg. *fork in the road*), ponieważ wymaga od inwestora podjęcia decyzji przed jakim sądem chce rozstrzygnąć sprawę – sądem krajowym czy sądem polubownym<sup>28</sup>. Jeśli mielibyśmy zadać sobie pytanie, czy inwestor jest zobowiązany do wyboru postępowania przed sądem krajowym w pierwszej kolejności, z pewnością odpowiedź byłaby przecząca<sup>29</sup>. Wtedy bowiem międzynarodowy arbitraż stosowany byłby zgodnie z zasadą wyczerpania krajowych środków zaradczych, zniesioną w prawie międzynarodowym przez dwustronne umowy inwestycyjne oraz sam Traktat Karty Energetycznej. Ta właśnie kwestia była przedmiotem rozważań sądu w sprawie *Petrobart przeciwko Republika Kirgiska*. *Petrobart*, spółka zarejestrowana na Gibraltarze, zawarł umowę dotyczącą dostaw gazu z KGM, państwową spółką należącą do Republiki Kirgiskiej. Ponieważ KGM nie wywiązał się z umowy i nie opłacił przedmiotowej dostawy, *Petrobart* wytoczył powództwo o zapłatę przed sądem krajowym. Ze względu na ingerencję rządu, rozstrzygnięcie sprawy przed sądem krajowym, a w efekcie zaspokojenie roszczeń powoda, było niemożliwe. Ponieważ na gruncie prawa krajowego nie było wystarczających podstaw do zakwalifikowania umowy dostawy gazu jako inwestycji, nie można było również prowadzić arbitrażu w ramach UNCITRAL. Dopiero po tych nieudanych próbach rozwiązania powstałego sporu, *Petrobart* zwrócił się do Instytutu Arbitrażu Izby Handlowej w Sztokholmie w celu przeprowadzenia postępowania arbitrażowego na gruncie TKE. W orzeczeniu w tej sprawie, Sąd dokonał kilku ważnych uwag dotyczących istoty niektórych postanowień TKE. Odpowiadając na argument Republiki Kirgiskiej, według którego *Petrobart*, jako spółka zarejestrowana na Gibraltarze, nie jest objęta elementem *ratione personae*, ponieważ Wielka Brytania nie wyszczególniła Gibraltaru podczas ratyfikacji TKE, sąd stwierdził, że ratyfikacja, która z politycznych lub innych powodów nie obejmuje Gibraltaru, nie uzasadnia wniosku, że Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii zamierza uchylić stosowanie Traktatu wobec Gibraltaru. Co więcej, jeśli sygnatariusz nie złożył oświadczenia, że nie jest on w stanie zaakceptować tymczasowego stosowania (art. 45 TKE), wtedy stosowanie

<sup>26</sup> Dokładny wykaz spraw jest dostępny na: [www.encharter.org/index.php?id=213](http://www.encharter.org/index.php?id=213).

<sup>27</sup> Wyrok Sądu Arbitrażowego w sprawie *Petrobart przeciwko Republika Kirgiska* dostępny jest na: [www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Petrobart.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Petrobart.pdf).

<sup>28</sup> Więcej na temat wielości postępowań w arbitrażu międzynarodowym (Forks in the Road) w: T. Weiler, T.W. Wälde, Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty In the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation, Transnational Dispute Management, Vol. 1, issue 1.

<sup>29</sup> Tak w swoim artykule: K. Gadiyev, *op. cit.*, art. 6, s. 8.



TKE obejmuje wszystkie terytoria państwa – Umawiającej się Strony. Na tej podstawie nastąpiło zastosowanie postanowień TKE wobec Gibraltaru<sup>30</sup>.

Próby poddania sporu pod sąd krajowy czy arbitraż, nie przeszkodziły spółce *Petrobart* rozpocząć postępowania arbitrażowego według regulacji TKE. Sąd uznał bowiem, że postępowanie w sądzie krajowym dotyczyło wyłącznie interpretacji i stosowania prawa lokalnego i krajowego. Dodał ponadto, że art. 26 TKE daje prawo wszczęcia postępowania inwestorowi, nie państwu przyjmującemu, ponieważ jak stwierdził „byłoby sprzeczne z ideą zapewnienia inwestorowi skutecznych środków odwoławczych, jeśli państwo – Umawiająca się Strona, poprzez wszczęcie postępowania krajowego mogłaby pozbawić go prawa do rozstrzygnięcia sporu inwestycyjnego na szczeblu międzynarodowym”. Dlatego też postępowanie przed sądem krajowym nie korzysta z *res iudicata*.

Ponadto sąd zauważył, że postępowanie UNCITRAL dotyczyło roszczeń opartych wyłącznie na krajowej ustawie o inwestycjach zagranicznych, a nie TKE. Z tej przyczyny, *Petrobart* mógł wszcząć postępowanie zarówno w ramach prawa krajowego i w ramach TKE – jednocześnie w dwóch sądach arbitrażowych. Trybunał podkreślił, że nie istnieje w Traktacie zapis, który zakazywałby wszczęcia postępowania na mocy Traktatu wspólnie z innym postępowaniem krajowym lub międzynarodowym w zakresie sporów wynikających z prawa krajowego. Dlatego też orzekł, że postępowanie arbitrażowe w ramach UNCITRAL nie ma powagi rzeczy osądzonej co do roszczeń zgłoszonych w ramach Traktatu Karty Energetycznej.

## 2. *Nykomb Synergetics* przeciwko *Republika Łotewska*<sup>31</sup>

W innej sprawie, *Nykomb Synergetics* przeciwko *Republika Łotewska*, firma *Windau* kontrolowana przez szwedzki *Nykomb*, zdecydowała się na budowę zakładu kogeneracji na Łotwie, w oparciu o obietnicę, że w ciągu pierwszych ośmiu lat produkcji, państwowa spółka energetyczna (*Latvenergo*) będzie rozliczać się z nimi według podwójnej taryfy. Takie preferencyjne warunki zostały uzgodnione w umowie z przedmiotową państwową spółką, a sama taryfa miała być kalkulowana na podstawie wzoru z przelicznikiem. Zanim jednak *Nykomb* rozpoczął inwestycję, łotewski parlament uchwalił nową ustawę, która znacznie pomniejszyła przelicznik, na podstawie którego ustalane były taryfy opłat. *Nykomb* oskarżył więc Łotwę o naruszenie art. 10 TKE, twierdząc, że obniżenie taryfy było ukrytym wywłaszczeniem, a także naruszeniem zasady niedyskryminacji<sup>32</sup>. W odpowiedzi na zarzuty, Łotwa argumentowała, że spółka *Nykomb* powinna wliczyć w ryzyko inwestycyjne możliwość zmiany prawa, która przecież nastąpiła przed podjęciem przez spółkę inwestycji<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Art. 45 ust. 2 TKE daje możliwość Umawiającym się Stronom przy podpisywaniu Traktatu dostarczyć do depozytariusza oświadczenie, że nie jest on w stanie zaakceptować tymczasowego stosowania, a wtedy zasada z ust. 1, mówiąca iż każdy z sygnatariuszy wyraża zgodę na tymczasowe stosowanie Traktatu w okresie przed jego wprowadzeniem w życie, w takim stopniu, w jakim tymczasowe stosowanie nie jest sprzeczne z konstytucją, ustawami lub przepisami, nie ma zastosowania do sygnatariusza składającego takie oświadczenie.

<sup>31</sup> Wyrok w sprawie *Nycomb* przeciwko *Republika Łotewska* dostępny na: [www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/Investor-State\\_Disputes/Nykomb.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Nykomb.pdf).

<sup>32</sup> Art. 10 TKE dotyczy promocji, ochrony i traktowania inwestycji.

<sup>33</sup> K. Gadiyev, *op. cit.*, s. 10.

Sąd wykluczył możliwość oparcia roszczenia na wyłączeniu, ponieważ uznał, że nie doszło do ingerencji w zarządzanie przedsiębiorstwa, aczkolwiek potwierdził, że brak uzgodnionej zapłaty w postaci podwójnych taryf, którą miała uiszczać spółka *Latvenergo*, może stanowić naruszenie „różnych postanowień Traktatu”. Według sądu, aby stwierdzić odpowiedzialność Republiki Łotewskiej wystarczyłoby stwierdzić naruszenie jednego z tych postanowień. Jeśli chodzi o roszczenia dotyczące stosowania środków dyskryminujących, sąd stwierdził, że środek ten miał dyskryminujący charakter, ponieważ *Latvenergo* płaciła podwójne taryfy dla energii elektrycznej produkowanej przez dwie inne spółki, które działały na podstawie tych samych przepisów co spółka *Windau*. Trybunał Arbitrażowy zauważył, że: „wszystkie dostępne dla Trybunału informacje wskazują, że trzy firmy są porównywalne i poddane regulacji tych samych praw i przepisów. W takiej sytuacji i na gruncie zasad prawa międzynarodowego, ciężar udowodnienia, że zasada niedyskryminacji nie została naruszona spoczywa na stronie pozwanej. Taki dowód nie został przeprowadzony przez stronę pozwaną, a zatem wobec spółki *Windau* zostały zastosowane środki dyskryminujące w rozumieniu art. 10 ust. 1 TKE”. Po ustaleniu, że dyskryminacja miała miejsce, Trybunał nie przystąpił do oceny innych roszczeń spółki *Nykomb*, ponieważ według Trybunału stwierdzenie innych naruszeń Traktatu nie będzie miało wpływu na wynik sprawy. Sąd stwierdził, miało miejsce naruszenie przepisów Traktatu Karty Energetycznej i orzekł na korzyść *Nykomb Synergetics*. *Nykomb* otrzymał 3 mln USD odszkodowania wraz z sześcioprocentowymi odsetkami. Istotną konsekwencją wynikającą z tej sprawy jest to, że w ocenie Trybunału „nieuzasadnione lub dyskryminujące środki” to dwa odrębne czynniki, niezależne od siebie, a udowodnienie naruszenia jednego z nich pozwala na stwierdzenie naruszenia całej zasady<sup>34</sup>.

## 2. *Plama przeciwko Bułgaria*<sup>35</sup>

Jak dotąd *Plama przeciwko Bułgaria* stanowi najbardziej interesującą i zarazem najważniejszą sprawę rozstrzygniętą na gruncie TKE. Stan faktyczny po raz kolejny dotyczy legislacyjnej aktywności państwa – bułgarski parlament uchwalił bowiem w 2002 r. prawo, które wyłączało odpowiedzialność państwa za szkody wyrządzone środowisku przez przedsiębiorstwa będące poprzednio własnością państwa. Ponieważ inwestor zagraniczny, *Euro Energy Holding* kupił przedsiębiorstwo będące uprzednio własnością państwa, firmę *Nova Plama*, do której należały drugie co do wielkości zakłady rafineryjne w mieście Plewen, a następnie przekształcił ją w zarejestrowane na Cyprze konsorcjum (*Plama Consortium Ltd.*), stał się niejako odpowiedzialny za szkody wyrządzone środowisku przez *Nova Plama*. Nie mając możliwości rozwiązania tej sprawy z Bułgarią polubownie, firma *Plama* skierowała sprawę do arbitrażu w ramach art. 26 TKE. Bułgaria stwierdziła, że *Plama* jako firma jedynie zarejestrowana na Cyprze, nie prowadzi działalność na terenie tego państwa, w związku

<sup>34</sup> Art. 10 ust. 1 mówi, że „Inwestycje będą korzystały ze stałej ochrony i zabezpieczeń, a żadna Umawiająca się Strona nie będzie w jakikolwiek sposób pogarszała, przez nieuzasadnione lub dyskryminujące środki, możliwości zarządzania, utrzymania, użytkowania, posiadania lub dysponowania nimi”.

<sup>35</sup> Wyrok w sprawie *Plama przeciwko Bułgaria*: [www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/Plama\\_Bulgaria\\_Award.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Plama_Bulgaria_Award.pdf).

z czym nie mogło dojść wobec niej do naruszenia części III TKE<sup>36</sup>. W rezultacie stwierdziła, że spór nie podlega jurysdykcji Trybunału Arbitrażowego ze względu na zastosowanie art. 17 TKE, który dopuszcza niestosowanie części III w pewnych okolicznościach, a mianowicie m.in. gdy spółka znajduje się pod kontrolą obywateli lub państwa trzeciego<sup>37</sup>.

W kwestii jurysdykcji, sąd ustalił, że ponieważ art. 17 ust. 1 dotyczy odmowy „stosowania części III w pewnych Okolicznościach”, art. 17 nie ma wpływu na stosowanie art. 26 oraz na jurysdykcję trybunału arbitrażowego. Jak ustalił Trybunał, *Plama* była firmą należąca i kontrolowaną przez Francuza, pana *Vautrina*, co jednoznacznie dyskwalifikowało zastosowanie art. 17 TKE, jako że Francja była sygnatariuszem TKE<sup>38</sup>. Sąd stwierdził także, że „Artykuł 45 ust. 1 TKE stanowi, że każdy sygnatariusz traktatu zgadza się stosować go tymczasowo do czasu wejścia w życie Traktatu dla takiego sygnatariusza. Art. 26 TKE konsekwentnie powinien być więc stosowany od daty podpisania Traktatu, chyba że sygnatariusz przy podpisywaniu dostarczył depozytariuszowi oświadczenie, że nie jest on w stanie zaakceptować tymczasowego stosowania, a wtedy zasada z ust. 1, mówiąca iż każdy z sygnatariuszy wyraża zgodę na tymczasowe stosowanie Traktatu w okresie przed jego wprowadzeniem w życie, nie ma zastosowania do sygnatariusza składającego takie oświadczenie (art. 45 ust. 2 TKE). Bułgaria takiego oświadczenia nie złożyła, dlatego też sąd uznał, że spór należy do jurysdykcji trybunału w związku z naruszeniem istotnych przepisów TKE. Dokonując interpretacji zastosowania art. 17 TKE, sąd uznał, że celem zarówno art. 17 TKE jak i samego traktatu, jest ustanowienie długoterminowej współpracy w dziedzinie inwestycji sektora energetycznego, a pole działania dla tej współpracy musi cechować się stabilnością i przewidywalnością przepisów regulujących inwestycje zagraniczne. Jeśli więc inwestor nie wie jakie prawa są mu przyznane w państwie przyjmującym, to współpraca taka nie jest możliwa. Dlatego zastosowanie prawa z art. 17 TKE może być dokonane tylko, jeśli oprócz zgodności z interesem państwa, jest zgodne z celami i zasadami TKE<sup>39</sup>.

## VI. Wnioski

Pomimo, że powyżej omówione sprawy stanowią zaledwie ułamek rodzajów roszczeń, jakie mogą zostać podniesione na gruncie TKE, powinny one stanowić zachętę dla inwestorów zarówno do kierowania swoich roszczeń na drogę sądową, jak i do inwestowania na terytorium Umawiających się Stron Traktatu. Co ważne, w sporach z wielością

<sup>36</sup> Spółki takie określa się mianem „spółek-skrzynek pocztowych” (*mailbox companies*), ponieważ nie mają one żadnego związku z miejscem swojej rejestracji.

<sup>37</sup> Art. 17 stanowi, że „każda z Umawiających się Stron zastrzega sobie prawo do odmówienia korzyści wynikających z III części traktatu jednostce prawnej” która „jest własnością lub znajduje się pod kontrolą obywateli lub osób narodowości państwa trzeciego oraz jeśli jednostka ta nie prowadzi znaczącej działalności gospodarczej na obszarze Umawiającej się Strony, w której została ona utworzona”.

<sup>38</sup> Więcej na temat rodzaju inwestorów i inwestycji chronionych Traktatem oraz o zastosowaniu w tym kontekście art. 17 w: *C. Ribeiro*, *Investment Arbitration and Energy Charter Treaty*; publikacja dostępna na: [www.arbitration-icca.org/media/0/12178517157230/investments\\_and\\_ect\\_eg.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178517157230/investments_and_ect_eg.pdf).

<sup>39</sup> Więcej na temat zastosowania art. 17 TKE w: *L.A. Mistelis, C. Mihaela Baltag*, *Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty*.

podmiotów TKE ma przewagę nad dwustronnymi porozumieniami inwestycyjnymi, ponieważ te ostatnie potencjalnie mogą przewidywać różne metody sądownictwa i standardy ochrony<sup>40</sup>. Niewątpliwie sam Traktat odzwierciedla proces postępującej integracji przemysłu energetycznego, unifikację rynków regionalnych, a także rosnącą potrzebę stworzenia światowego rynku energetycznego. Kładąc nacisk na ograniczenie działań protekcyjnych państw poprzez zapewnienie możliwości skorzystania z rozbudowanych procedur arbitrażowych, stanowi on nowoczesny wzorzec dla międzynarodowych wielostronnych traktatów. Nie jest jednak wolny od wad – jedną z głównych jest przede wszystkim brak przejrzystości oraz szereg skomplikowanych wyłączeń, w postaci tzw. klauzul *opt-out*, rozproszonych w aneksach Traktatu, w których sygnatariusze zastrzegają sobie zróżnicowane zastosowanie przepisów w zależności od wystąpienia określonych przesłanek (w tym m.in. co do art. 17 TKE). Wszystkie te zastrzeżenia, jak dotąd nie skonsolidowane, muszą być przedmiotem szczególnej ostrożności przy konsultacjach dotyczących określonych uprawnień inwestora danego państwa. Wydaje się ponadto, że w niedalekiej przyszłości może pojawić się potrzeba dokonania korekty Traktatu, a to za sprawą problemów związanych ze zmianą klimatu. Miałyby to na celu przede wszystkim usprawnienie międzynarodowego rynku energii odnawialnej, promocję zrównoważonego rozwoju i projektów przyjaznych środowisku, służących ograniczeniu emisji gazów cieplarnianych<sup>41</sup>.

## **ABSTRACT**

### ***Arbitration mechanisms under the Energy Charter Treaty***

*The Energy Charter Treaty was signed in December 1994 and continues to be the first and the only multilateral treaty in the energy field in general and in terms of investment protection. Within this overall picture, the Energy Charter Treaty plays an important role as a framework for international cooperation in the energy sector and a legal foundation for the security of energy-related investment and trade. At the heart of Energy Charter Treaty lies an investment dispute resolution. The Treaty contains a comprehensive system for settling disputes: a state-state arbitration and an investor-state arbitration for investment disputes. There are also special provisions regarding inter-state trade issues and a conciliation procedure for transit disputes. The purpose of this article is to examine the application of arbitration procedures under the Energy Charter Treaty and give an overview of the arbitration mechanism therein, as well as to comment on the growing body of arbitral case law.*

<sup>40</sup> Wskazuje na to w szczególności: J.L. Loftis, M.J. Beeley, *The Rise of Energy Charter Treaty Arbitration*, *The European Arbitration Review* 2007.

<sup>41</sup> Tak E. Sussman, [w:] *The Energy Charter Treaty's Investor protection provisions: potential to foster solutions to global warming and promote sustainable development*. Publikacja dostępna na: [www.arbitralwomen.org/files/publication/5206152435619.pdf](http://www.arbitralwomen.org/files/publication/5206152435619.pdf)