

„Klauzule parasolowe” w dwustronnych umowach o ochronie inwestycji zagranicznych

Tematem niniejszej konferencji są „Perspektywy rozwoju sądownictwa arbitrażowego”*. Arbitraż jest zazwyczaj przedstawiany jako alternatywa dla sądów powszechnych, a nawet – można powiedzieć – jako swoista dla nich konkurencja. Z oczywistych względów większość sporów rozstrzygana jest przez sądy państwowe. Jest jednak taka dziedzina, w której arbitraż jest bezkonkurencyjny i w której sądy powszechne nie odgrywają pierwszoplanowej roli. Chodzi o tzw. arbitraż inwestycyjny (*investment arbitration*). Referat chciałbym zatem poświęcić takim sporom, w których jedną stroną jest państwo, a drugą inwestor zagraniczny.

Podstawę kompetencyjną sądów arbitrażowych rozstrzygających tego rodzaju spory stanowią umowy międzynarodowe. Mogą mieć one charakter multilateralny, tak jak np. Konwencja waszyngtońska z 18.3.1965 r. o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw. Na jej podstawie funkcjonuje Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*), przy czym trzeba nadmienić, że Polska nie jest stroną tej konwencji. Mogą też mieć charakter bilateralny, tak jak to jest w przypadku typowych umów dwustronnych dotyczących popierania i wzajemnej ochrony inwestycji zagranicznych, które określa się mianem *bilateral investment treaties* (BIT’s). Właśnie tego rodzaju umowy będą przedmiotem niniejszego referatu. Są one bardzo popularnym instrumentem ochrony inwestycji zagranicznych. Polska np. zawarła ok. 60 takich umów. Zawierają one zazwyczaj pewne stałe elementy. Są to m.in.:

- 1) definicja pojęcia „inwestycja”;
- 2) zobowiązanie do niepodejmowania działań skutkujących wyłączeniem albo nacjonalizacją;
- 3) zobowiązanie do sprawiedliwego i równego traktowania;
- 4) gwarancja niedyskryminacji;
- 5) gwarancja zapewnienia inwestycjom pełnej ochrony i bezpieczeństwa;
- 6) klauzula najwyższego uprzywilejowania.

Powyższe standardy traktowania inwestycji zagranicznych mają na celu zapobieżenie działaniom państwa, które by pozbawiały inwestora zagranicznego całości albo części zysków wypracowanych przez jego inwestycję, albo ograniczały go w rozporządzaniu tymi

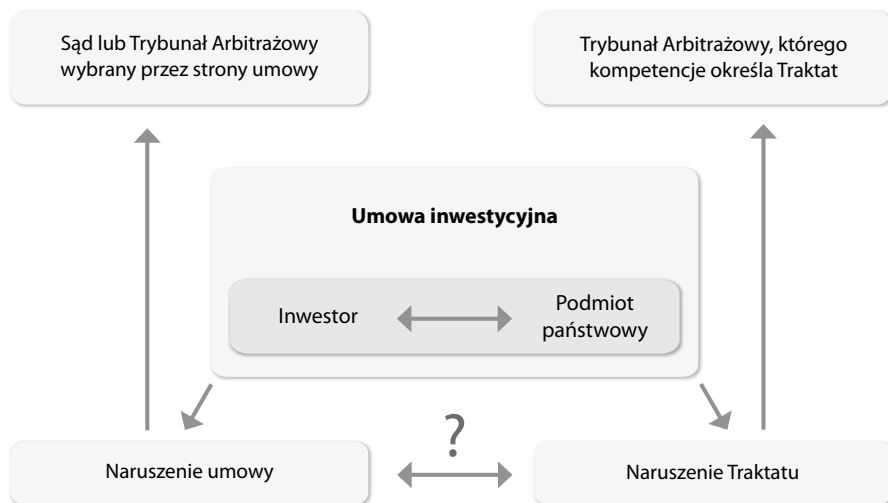
* W niniejszym artykule zachowano oryginalną formę wystąpienia wygłoszonego 20.11.2008 r. na UŚ w Katowicach.

zyskami. Mechanizm tej ochrony polega na umiędzynarodowieniu obowiązków państwa, w którym dokonywana jest inwestycja. Jeżeli wynikające z umowy standardy zostaną naruszone, inwestor ma prawo dochodzić odszkodowania z tego tytułu przed międzynarodowym organem arbitrażowym.

Dwustronne umowy o ochronie inwestycji zagranicznych przełamują więc w pewnym zakresie zasadę odmawiającą podmiotom prawa prywatnego *locus standi* w postępowaniu, w którym pozwany jest państwo.

Najczęściej spór inwestycyjny powstaje w związku z konkretnym kontraktem inwestycyjnym. Dla uniknięcia dwuznaczności będe używał określenia „umowa międzynarodowa” zamiennie ze słowem „traktat” oraz nazwy „kontrakt” dla oznaczenia umowy inwestycyjnej zawartej między inwestorem zagranicznym a państwem albo jednostką organizacyjną, za którą państwo jest odpowiedzialne. Może to być jednostka terytorialna, np. prowincja albo województwo, lub też spółka kontrolowana przez państwo. Taki kontrakt inwestycyjny oprócz postanowień, które określają treść wiążącego ich stosunku materialnoprawnego, zawiera też dodatkowe umowy z nim związane, w szczególności wybór prawa właściwego dla tego kontraktu i wybór sądu (powszechnego albo arbitrażowego) dla ewentualnych sporów z nim związanych.

Skoro, jak powiedziano, spór inwestycyjny powstaje w większości wypadków w związku z konkretnym kontraktem inwestycyjnym, to należy określić, w jakim stosunku pozostają do siebie dwa reżimy odpowiedzialności: kontraktowy i traktatowy (czyli wynikający z dwustronnej umowy o ochronie inwestycji zagranicznych). Teoretycznie są one odrębne, co ilustruje schemat nr 1.



Schemat 1: Relacja między kontraktem inwestycyjnym a traktatem o ochronie inwestycji – model teoretyczny.

I tak, jeżeli inwestor zarzuca kontrahentowi naruszenie kontraktu inwestycyjnego i wszczyna postępowanie przed sądem właściwym dla sporów z kontraktem związanymi, to mamy do czynienia z roszczeniem opartym na odpowiedzialności *ex contrac-*

tu, zwanym w literaturze przedmiotu *contract-claim*, które nie różni się co do zasady od innych sporów rozpoznawanych czy to przez sądy powszechne, czy arbitrażowe. Z kolei jeśli inwestor zarzuca państwu w związku z kontraktem naruszenie standardów ustalonych w umowie o ochronie inwestycji zagranicznych, co określa się jako *treaty-claim*, to właściwy w tym zakresie będzie trybunał arbitrażowy powołany zgodnie z postanowieniami tej umowy międzynarodowej.

Można więc wskazać następujące różnice między postępowaniem dotyczącym naruszenia kontraktu inwestycyjnego i naruszeniem dwustronnej umowy o ochronie inwestycji zagranicznych:

- 1) podstawa prawna roszczenia;
- 2) prawo właściwe (dla przypisania i określenia zakresu odpowiedzialności);
- 3) strony postępowania;
- 4) treść roszczeń – odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności kontraktowej.

W praktyce okazuje się, że między naruszeniem kontraktu a naruszeniem umowy międzynarodowej zachodzi bardzo silna interakcja oparta zarówno na związku faktycznym, jak i prawnym. Celowo poza zakresem niniejszego referatu pozostawiona została kwestia powiązania faktycznego. Co do powiązania o charakterze prawnym wypada natomiast wskazać jego dwa potencjalne źródła.



Schemat 2: Relacja między kontraktem inwestycyjnym a traktatem o ochronie inwestycji – model praktyczny.

Pierwszym źródłem może być zawarte w umowie międzynarodowej postanowienie określające zakres jurysdykcji sądu arbitrażowego powołanego do rozpoznawania sporów inwestycyjnych. Jeśli taka klauzula szeroko ujmuje zakres tej kompetencji, to niektóre trybunały arbitrażowe uznawały się za właściwe także do rozpatrzenia sprawy, w której inwestor zarzucał wyłącznie naruszenie kontraktu. Niejednolita wykładnia tego rodzaju postanowień regulujących jurysdykcje sądów arbitrażowych właściwych dla sporów in-

westycyjnych doprowadziła do wydawania krańcowo odmiennych rozstrzygnięć i wywołała burzliwą i jak do tej pory niezakończoną dyskusję w doktrynie.

Drugim źródłem formalnego związku między naruszeniem kontraktu a naruszeniem umowy międzynarodowej są właśnie **klauzule parasolowe**. Nazwą tą określa się **pewien rodzaj postanowienia zawartego w dwustronnych umowach o ochronie inwestycji zagranicznych**. Za przykład może tu służyć umowa polsko-brytyjska z 8.12.1987 r. (Dz.U. z 1988 r. Nr 12, poz. 93), która przewiduje, że: „Każda Umawiająca się Strona będzie dotrzymywać każdego zobowiązania podjętego względem inwestycji dokonywanych przez inwestorów drugiej Umawiającej się Strony”, oraz zawierająca podobne sformułowanie umowa polsko-holenderska z 10.5.1992 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 57, poz. 235). Na marginesie warto odnotować, że choć angielskie teksty obu powołanych przed chwilą umów międzynarodowych brzmią identycznie, to wersje polskie różnią się od siebie. Widać zatem, że język polski nie był językiem roboczym, czyli tym, w którym negocjowane były umowy, co akurat jest zrozumiałe. Z kolei bardzo trudno jest wyjaśnić fakt, że przy pracy nad polskim tekstem konwencji nie brano pod uwagę tekstów aktów już obowiązujących, które mogą i powinny służyć jako materiał porównawczy.

Klauzule parasolowe bywają różnie nazywane. W tytule użyto dosłownego tłumaczenia najpopularniejszego angielskiego określenia *umbrella clause*, które w wersji francuskiej funkcjonuje jako *la clause parapluie*. Oprócz tej nazwy występują także inne: *elevator clause*, *parallel effect*, *pacta sunt servanda*, *sanctity of contract*. Wszystkie one mają obrazowo określać znaczenie tego rodzaju postanowień, co akurat jest kwestią sporną.

Według niektórych autorów, klauzula taka winduje każde naruszenie umowy inwestycyjnej do poziomu naruszenia traktatu (stąd *elevator clause*). Tym samym naruszenie kontraktu inwestycyjnego wywołuje skutek równoległy (czyli *parallel effect*) w postaci naruszenia obowiązku traktatowego, co niektórzy ujmują w metaforę, stwierdzając, że umowa inwestycyjna wprowadzona zostaje pod parasol ochronny traktatu o ochronie inwestycji zagranicznych. Określenie „klauzula parasolowa” zostało wybrane z jednej strony jako najbardziej rozpoznawalne, z drugiej jako obrazowo oddające funkcję tego rodzaju postanowień. Poza tym angielskie słowo *umbrella* i polski parasol łączą dwa elementy. Pierwszy to etymologiczny paradoks polegający na tym, że *umbrella* – słowo odnotowane po raz pierwszy w 1609 r. – wywodzi się od łacińskiego *umbra*, chodzi więc w nim o zapewnienie cienia, tak samo jak w przypadku urzędnika, które ma – zgodnie ze źródłosłowem – działać parasol. Druga okoliczność to fakt, że słowo *umbrella* przynajmniej od końca lat 40. ubiegłego wieku używane jest nie w sensie dosłownym, lecz przenośnym – zwykle w sformułowaniu *under umbrella of*, podobnie jak to jest możliwe, choć nie tak popularne, w wypadku polskiego parasola.

Tym, co budzi rozbieżności, jest skutek przypisywany klauzulom parasolowym, a ściślej rzecz biorąc – zakres ochrony przyznawanej przez tego rodzaju postanowienia. Przykładem tych rozbieżności mogą być dwie sprawy rozstrzygane w ramach ICSID, w których powodem była ta sama szwajcarska spółka *Société Générale de Surveillance*. W pierwszym postępowaniu, w którym powodem była ta spółka, a pozwanym Islamska Republika Pakistanu, sąd arbitrażowy w orzeczeniu wydanym 6.8.2003 r., odnosząc się do klauzuli parasolowej zawartej w umowie szwajcarsko-pakistańskiej, uznał, że nie obej-

muje ona sytuacji, w których inwestor zarzuca państwu przyjmującemu naruszenie kontraktu. W drugim postępowaniu, w którym spółka pozwała tym razem Republikę Filipin, w orzeczeniu wydanym 29.1.2004 r. (a więc zaledwie kilka miesięcy później) sąd arbitrażowy dokonał całkowicie odmiennej wykładni podobnie sformułowanej klauzuli parasolowej zawartej w umowie szwajcarsko-filipińskiej, wyraźnie zresztą zaznaczając, że nie podziela poglądu przedstawionego w orzeczeniu wymienionym jako pierwsze. Najdalej chyba idącą wykładnię rozszerzającą zakres zastosowania klauzul parasolowych zawiera orzeczenie sądu arbitrażowego w sprawie Eureka przeciwko Polsce z 19.8.2005 r. Rzecz jednak nie w tym, żeby powoływać wszystkie orzeczenia, w których problem ten dyskutowano. Spróbujmy raczej dokonać przeglądu argumentów, jakie przytaczają zwolennicy każdego z poglądów. Dla lepszego ich ukazania pozwoliłem sobie je nieco uschematyzować. Można bowiem przyjąć, że każda ze stron posługuje się wykładnią historyczną, systemową i funkcjonalną.

Warto zatem zacząć od argumentów natury historycznej. Zwolennicy wykładni rozszerzającej wskazują, że już dawno utrwaliła się ona w piśmiennictwie, na dowód czego przedkładają długą listę wypowiedzi autorów, których naukowy autorytet nie budzi wątpliwości. Wskazano jednak, moim zdaniem trafnie, że spora część tych wypowiedzi pochodzi z okresu, kiedy arbitraż w stosunkach między inwestorem a państwem nie funkcjonował, co zupełnie zmienia historyczny kontekst wykładni.

Z kolei argument systemowy wysuwany dla uzasadnienia wykładni rozszerzającej opiera się na rozłączności zakresu klauzuli parasolowej i pozostałych postanowień umowy. Jeśli bowiem nie będzie miała ona swojego własnego zakresu wychodzącego poza inne postanowienia gwarantujące określony standard traktowania inwestycji zagranicznych, to w praktyce klauzula ta będzie pustą literą; przecież nie można aktu normatywnego wyklądać tak, że jeden z przepisów okaże się na końcu zbędny. Przeciwnicy tego poglądu przedstawiają argument będący niejako odwróceniem poprzedniego. Twierdzą oni, że jeśli klauzula parasolowa ma swój własny, literalnie rzecz biorąc nieograniczony zakres zastosowania, to wszystkie inne postanowienia umowy są zbędne, bo i tak objęte są klauzulą parasolową. W moim przekonaniu jest to jednak argument zbyt daleko idący.

Wreszcie argument funkcjonalny wspierający wykładnię rozszerzającą sprowadza się do twierdzenia, że skoro celem umowy o ochronie inwestycji i popieraniu jest właśnie ochrona i popieranie inwestycji, to klauzula parasolowa powinna być interpretowana jako dodatkowa gwarancja dla inwestora zagranicznego. Kontrargument, również bazujący na wykładni teleologicznej, przedstawił w zdaniu odrębnym do orzeczenia w sprawie Eureka prof. *Jerzy Rajski*. Wskazał on, że wykładnia rozszerzająca powoduje wykreowanie grupy inwestorów zagranicznych uprzywilejowanej w stosunku do inwestorów krajowych. Ci pierwsi mogą zwykle ryzyko gospodarcze kompensować możliwością dochodzenia odszkodowania na podstawie prawa międzynarodowego, a drudzy nie. A zapewne nie o taki rezultat chodziło stronom umowy międzynarodowej. Takie wnioski nie przekonało sąd arbitrażowy, który 27.4.2006 r., orzekając w sprawie *El Paso* przeciwko Argentynie, powołał się właśnie na *votum separatum* prof. *Jerzego Rajskiego*.

Do tej pory starałem się wykazać, że orzecznictwo sądów arbitrażowych dotyczące wykładni klauzul parasolowych nie jest jednolite. Również w doktrynie kwestia nadal

pozostaje sporna. Nie powtarzając już przytoczonych wyżej argumentów, wypada jednak zwrócić uwagę na kwestię, która ma fundamentalne znaczenie i powinna niejako wytyczać wykładnię funkcjonalną klauzul parasolowych.

Podstawowym celem dwustronnych umów o ochronie inwestycji zagranicznych nie jest ochrona tych inwestycji przed każdym możliwym nieszczęściem, ale zapobieżenie nadużyciom uprawnień władczych przez państwo przyjmujące. Można się więc zastanawiać, czy rzeczywiście inwestorowi należy się ochrona traktatowa tam, gdzie chodzi o *acta iure gestionis*, ale nie *acta iure imperii*.

Nawet jednak w sytuacji, gdy sąd arbitrażowy przyjmuje szeroką wykładnię klauzuli parasolowej, wydaje mi się, że wymaga ona innego podejścia niż merytoryczne postanowienia umowy w zakresie ustalenia sądu i prawa właściwego.

I tak – po pierwsze – uważam, że w takich wypadkach umowa prorogacyjna zawarta w związku z kontraktem powinna, co do zasady, wyłączać kompetencję trybunału traktatowego, czyli działającego na podstawie dwustronnej umowy o ochronie inwestycji zagranicznych.

Po drugie, nawet jeśli przyjmiemy najdalej idące skutki klauzuli parasolowej, to i tak kwestię naruszenia kontraktu inwestycyjnego należy oceniać wyłącznie na podstawie prawa właściwego dla tego kontraktu, w szczególności prawa wskazanego przez jego strony. Dotyczy to zwłaszcza ustalenia odpowiedzialności państwa za naruszenie traktatu w przypadku, gdy znajduje zastosowanie klauzula parasolowa. Wówczas przypisanie odpowiedzialności odszkodowawczej powinno nastąpić nie według reguł prawa międzynarodowego publicznego, ale według statutu kontraktowego.