



Horyzonty Polityki
2022, Vol. 13, N° 43



WERONIKA STEFANIUK

<http://orcid.org/0000-0003-2661-4302>
Uniwersytet Warszawski
w.stefaniuk@student.uw.edu.pl

PAWEŁ KARKOWSKI

<http://orcid.org/0000-0002-4057-6253>
Uniwersytet Warszawski
p.karkowski@student.uw.edu.pl

DOI: 10.35765/HP.2241

Rozpoznawanie roszczeń inwestorów zagranicznych w arbitrażu, a sytuacja inwestorów z państw członkowskich UE oraz Wielkiej Brytanii po brexicie

Streszczenie

CEL NAUKOWY: Celem naukowym tej publikacji jest określenie sytuacji prawnej i położenia inwestorów w związku ze sporami typu Inwestor – Państwo po wyjściu UK (Wielka Brytania) z UE (Unia Europejska). Autorzy przedstawiają podstawy prawne oraz przyczyny przyjętych rozwiązań w TCA (Umowa o handlu i współpracy UE i UK z 30.12.2020 r., Dz.U. UE L 444/2) w kontekście zachodzących globalnie zmian w metodach rozstrzygania sporów ISDS (Investor - State Dispute Settlement Clauses) i powstawania międzynarodowego systemu sądownictwa inwestycyjnego.

PROBLEM I METODY BADAWCZE: Problematyka związana z metodą rozstrzygania sporów Inwestor – Państwo w arbitrażu inwestycyjnym jest złożona i zróżnicowana. Jednakże, istniejące wspólne wady tej metody są przyczyną wypowiedzania przez coraz więcej państw umów zawierających klauzule ISDS. Dokonując analizy badanego problemu autorzy korzystają z metody dogmatycznej i historycznoprawnej.

PROCES WYWODU: Po przedstawieniu charakterystyki arbitrażowej metody rozstrzygania sporów Inwestor – Państwo, autorzy dokonują analizy sytuacji prawnej inwestorów w UE w kontekście m.in. sentencji wyroku TSUE ws. Achmea. Następnie, przedstawiają ramy regulacyjne TCA, a także wciąż wiążących UK i poszczególne państwa członkowskie UE BITów (*bilateral investment treaties*), by końcowo wskazać na aktualną sytuację prawną inwestorów po Brexicie.

Sugerowane cytowanie: Stefaniuk, W. i Krakowski, P. (2022). Rozpoznawanie roszczeń inwestorów zagranicznych w arbitrażu, a sytuacja inwestorów z państw członkowskich UE oraz Wielkiej Brytanii po brexicie. *Horyzonty Polityki*, 13(43), 119–133. DOI: 10.35765/HP.2241.

WYNIKI ANALIZY NAUKOWEJ: Autorzy odpowiadają na pytanie, czy na podstawie TCA inwestorzy są uprawnieni do wszczynania postępowań przeciwko państwu, w którym dokonali inwestycji oraz czy w dalszym ciągu BITy zawarte przez UK z państwami członkowskimi UE stanowią podstawę do wszczynania przez inwestorów analogicznych sporów. Odpowiedź na oba ww. pytania wydaje się być negatywna.

WNIOSKI, INNOWACJE, REKOMENDACJE: Autorzy wskazują, że ochrona inwestorów po Brexicie powinna zostać uregulowana w sposób bardziej szczegółowy, z uwzględnieniem doświadczenia związanego z dotychczasowymi postępowaniami arbitrażowymi oraz zidentyfikowanymi na tej podstawie ich wadami.

SŁOWA KLUCZOWE:

arbitraż inwestycyjny, brexit, inwestor, Unia Europejska, ISDS

Abstract

RECOGNITION OF CLAIMS OF FOREIGN INVESTORS
IN INVESTMENT ARBITRATION AND THE SITUATION
OF INVESTORS FROM EU MEMBER STATES
AND GREAT BRITAIN AFTER BREXIT

RESEARCH OBJECTIVE: The scientific purpose of this publication is to determine the position of investors in connection with Investor-State disputes after Brexit. The authors present the legal basis and the reasons for the solutions adopted in TCA (Agreement on trade and cooperation, OJ EU L444/2) in the context of the global changes in ISDS (Investor-State Dispute Settlement Clauses) dispute resolution methods and the formation of the international investment judiciary system.

THE RESEARCH PROBLEM AND METHODS: The issues related to the method of Investor-State dispute resolution in investment arbitration is complex and varied. However, the existing common shortcomings of this method are the cause of the current global situation, in which many countries terminate agreements containing ISDS clauses. When carrying out the analysis, the authors use the dogmatic and historical methods.

THE PROCESS OF ARGUMENTATION: After presenting the characteristics of the arbitration method, the authors analyze the legal situation of investors in the EU in the context of, inter alia, the ruling of the CJEU in the Achmea case. Then, they present the regulatory framework of TCA, as well as BITs (bilateral investment treaties) still binding UK and individual EU Member States, to finally highlight the current legal situation for investors after Brexit.

RESEARCH RESULTS: The authors answer the question whether, under TCA, investors are entitled to submit proceedings against the country in which they made an investment, and whether BITs concluded by Great Britain with EU Member States still constitute the basis for initiating similar disputes by investors. The answer to the above questions seems to be negative.

CONCLUSIONS, INNOVATIONS, AND RECOMMENDATIONS: The Authors point out that investor protection after Brexit shall be regulated in greater detail, considering the experience of past arbitration proceedings and the shortcomings identified on that basis.

KEYWORDS:

investment arbitration, Brexit, investor, European Union, ISDS

I. WSTĘP

Wyjście United Kingdom (UK) z Unii Europejskiej ma bez wątpienia doniosłe konsekwencje prawne zarówno dla UK, pozostałych państw członkowskich, samej UE, jak i dla ich obywateli oraz podmiotów gospodarczych działających na ich terenie. Nie sposób również nie zauważyć, że tzw. brexit znacząco wpłynął na możliwość prowadzenia sporów Inwestor – Państwo. W tym zakresie sytuacja prawna jest tym bardziej skomplikowana, że w marcu 2018 roku, czyli w momencie, kiedy UK była jeszcze państwem członkowskim UE, TSUE wydał wyrok ws. Achmea (Slovakische Republik v. Achmea BV – Wyrok Trybunału Sprawiedliwości, C-284/16), w którym uznał, że postanowienia dwustronnych traktatów inwestycyjnych, tzw. BIT'ów (Umowy o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, z ang. *bilateral investment treaties*), zawierające ofertę na arbitraż, są niezgodne z prawem UE. W konsekwencji zmian prawnych, istotne jest określenie sytuacji prawnej inwestorów pochodzących z UK i państw członkowskich UE w zakresie możliwości dochodzenia roszczeń wynikających z naruszeń państw, w którym inwestor dokonał inwestycji.

II. METODY I NARZĘDZIA BADAWCZE

W celu odpowiedzi na powyższe pytania autorzy analizują stan prawny obowiązujący przed wyrokiem ws. Achmea, po jego wydaniu oraz

po wejściu w życie TCA (Umowa o handlu i współpracy UE i UK z 30 grudnia 2020 r., Dz.U. UE L 444/2), wykorzystując w tym celu metodę dogmatyczną oraz historycznoprawną.

III. CZĘŚĆ ZASADNICZA – ANALIZA PROBLEMÓW

1. Rozstrzygnięcie sporów Inwestor – Państwo w arbitrażu

Sporzy Inwestor – Państwo mają ugruntowaną od początku XX w. historię (Sozański, 2002, s. 25). Jednakże sposób ich rozstrzygnięcia ewoluował na przestrzeni lat. Współpraca państw w zakresie zapewnienia optymalnych warunków dla przeprowadzania inwestycji była przyczyną szukania rozwiązań regulacyjnych zachęcających inwestorów do alokowania kapitału (Szumański, 2015, s. 1022). Pierwowzór, zawieranych w późniejszych latach BITów, podpisał w 1959 roku Pakistan z RFN (Huaquan, 2014, s. 301).

BITy miały zapewniać inwestorom zagranicznym standard takiego samego traktowania przez lokalne władze, jak inwestorów krajowych. W przypadku złamania tego standardu, umawiające się państwa musiały zapewnić obiektywny sposób ich kompensacji, co miało ograniczyć ryzyka oraz nierówności stosunku Inwestor – Państwo (por. szerzej van Harten, 2010, s. 19–58).

Ze względu na domniemanie braku obiektywności w rozstrzygnięciu sporów Inwestor – Państwo przez sądy krajowe, niezbędne stało się znalezienie bezstronnego organu do rozpoznania tego typu sporów. Testowane przez lata metody obejmowały m.in. tzw. metodę dyplomatyczną (Juillard, 2015, s. 1–2). W konsekwencji wykształcono typ rozstrzygnięcia sporów nazywany arbitrażem inwestycyjnym (Schreuer, 2021, s. 1–2).

W traktatach inwestycyjnych zawierane były, i są dalej, klauzule z tzw. „ofertą arbitrażu”, skierowane do określonego kręgu podmiotów (Balcerzak, Sołtysik, 2013, s. 138–139). Są to najczęściej dwa rodzaje klauzul, tj. pomiędzy państwami umawiającymi się i te nazywane są „State – State Dispute Settlement Clauses” oraz pomiędzy inwestorem pochodzącym z jednego państwa, a drugim państwem–stroną umowy, nazywane „Investor – State Dispute Settlement Clauses” – ISDS (Muchlinski, 2009, s. 37–71).

Klauzule ISDS uprawniają do złożenia przez inwestora wezwania na arbitraż przeciwko Państwu, w którym dokonywał on inwestycji. Podstawą roszczenia jest naruszenie przez to Państwo standardów ochrony przewidzianych w BIT. Spór rozstrzygany jest przez powołany trybunał arbitrażowy lub przez instytucje arbitrażową. Podobne do ISDS klauzule znajdują się także w innych – nie tylko dwustronnych – traktatach inwestycyjnych.

2. Spory Inwestor – Państwo w UE

Druga połowa XX wieku przyniosła rozwój międzynarodowego prawa inwestycyjnego oraz sformalizowanie przyszłych struktur UE, której obecne ramy zostały ukonstytuowane w 2009 roku w wyniku podpisania Traktatu z Lizbony (Dz.U. 2009 nr 203 poz. 1569). Wraz z rozwojem *acquis communautaire* oraz usankcjonowaniem przez UE różnych praw i swobód (np. zasady prymatu prawa unijnego), które znajdują zastosowanie w ochronie inwestycji zagranicznych, doszło do kolizji z analogicznymi postanowieniami BITów zawieranych pomiędzy dwoma państwami członkowskimi UE, tzw. intra-EU-BITami (Kuźniak, 2015, s. 7). Ostatecznie, na gruncie Traktatu o funkcjonowaniu UE (Dz.U. UE C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390, dalej TFUE), tj. art. 207 ust. 1., UE zyskała wyłączną kompetencję w regulowaniu kwestii dotyczących bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Państwa członkowskie utraciły tę kompetencję, a mogą jedynie czynić to za zgodą UE lub w celu wykonania jej aktów. Na gruncie konfliktu kompetencji UE w zakresie regulowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych, KE (Komisja Europejska) podjęła interwencje w toczących się na podstawie intra-EU-BITów postępowaniach arbitrażowych. W czerwcu 2015 roku w trybie art. 258 TFUE KE wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia prawa unijnego przeciwko Austrii, Szwecji, Holandii, Rumunii i Słowacji (Dahlquist, Lenk, Ronnelid, 2016, s. 2) (zob. postępowania: Micula v. Rumunia, ICSID Case No. ARB/05/20; Eastern Sugar B.V v. Czechy, SCC Case No. 088/2004). Równoległe pojawiało się coraz więcej głosów wnioskujących potrzebę wygaszenia intra-EU-BITów (Szumański, 2015, s. 1064).

3. Wyrok TSUE ws. Achmea

Punktem kulminacyjnym dla istnienia intra-EU-BITów okazało się wydanie przez TSUE wyroku z 6 marca 2018 roku w sprawie Achmea (C-284/16), w którym uznano, iż art. 8 traktatu BIT zawartego pomiędzy Holandią a Słowacją – zawierający mechanizm ISDS – narusza autonomię prawa UE ze względu m.in. na treść art. 344 oraz art. 267 TFUE.

Po opublikowaniu wyroku ws. Achmea część państw członkowskich UE zaczęło wypowiadać intra-EU-BITy. Ze względu na treść art. 54 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, sporządzonej w Wiedniu w dniu 23 maja 1969 roku (Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439), pojawiło się pytanie, w jakim trybie intra-EU-BITy powinny być wygaszone, tj. czy zgodnie z postanowieniami traktatu, czy w każdym czasie za zgodą wszystkich stron po konsultacji z pozostałymi umawiającymi się państwami.

Różnica jest taka, że gdy BIT jest wypowiedziany przez jedno państwo, to skuteczny jest okres wypowiedzenia, a inwestora będą chronić wówczas „*sunset clauses*”. Postanowienia tych klauzul „przedłużają” byt prawny traktatów, gdyż zakreślają okres (np. 5, 10 lat) przez który postanowienia BITu po jego wypowiedzeniu wciąż są wiążące dla stron (por. szerzej Hobér, 2015).

Ze względu na ryzyka związane ze skutkami jednostronnego wypowiedzenia (dyskryminacja części inwestorów) podjęte zostały działania mające na celu podpisanie wspólnego porozumienia wygaszającego intra-EU-BITy oraz zawartych w nich „*sunset clauses*”.

4. Proces wygaszania i wypowiedzania intra-EU-BITów

W dniu 15 stycznia 2019 roku dwadzieścia dwa państwa członkowskie UE, w tym Polska, podpisały Deklarację przedstawicieli rządów państw członkowskich w sprawie konsekwencji prawnych orzeczenia TSUE ws. Achmea oraz o ochronie inwestycji w UE. Nałożyła ona na państwa członkowskie UE obowiązek wypowiedzenia wszystkich intra-EU-BITów. Państwa te zadeklarowały, że art. 267 oraz art. 344 TFUE wyłączają możliwość poddawania sporów Inwestor – Państwo rozstrzygnięciu w arbitrażu, stąd trybunały arbitrażowe powołane

na podstawie mechanizmu ISDS nie mają jurysdykcji, a oferta arbitrażowa – mająca swe podstawy w intra-EU-BITie – jest nieważna.

W deklaracji tej wskazano na potrzebę wznowienia debaty na temat wzmocnienia ochrony unijnych inwestycji poprzez reformę systemu arbitrażowego i wprowadzenie nowych mechanizmów ochronnych inwestorów. Państwa zadeklarowały też, że wszystkie traktaty intra-EU-BITy zostaną wypowiedziane do 6 grudnia 2019 roku.

Ostatecznie, 5 maja 2020 roku większość państw członkowskich UE zawarło Porozumienie o wygaśnięciu dwustronnych traktatów inwestycyjnych między państwami członkowskimi UE (Dz.U. UE L 281/1). Umowy tej nie podpisały: UK, Austria, Irlandia, Finlandia i Szwecja. Porozumienie to rozwiązało intra-EU-BITy zawarte pomiędzy jej stronami (Kułaga, 2020, s. 243), czego konsekwencją są problemy z wykonalnością na terenie UE zapadłych już wyroków arbitrażowych (Scheu, Nikolov, 2020, s. 256).

5. Brexit i jego skutki w sferze ochrony praw inwestorów

Po prawie czterech latach od przeprowadzenia referendum w UK w sprawie wyjścia z UE, 24 stycznia 2020 roku podpisana została umowa o wyjściu UK z UE, tzw. brexit, który ostatecznie nastąpił w 31 grudnia tego samego roku.

Podczas rozmów negocjacyjnych podnoszone było, że istotne jest podpisanie porozumienia, które pozwoli ograniczyć ryzyka gospodarcze związane z tym, że UK przestanie być członkiem jednolitego rynku europejskiego.

Stąd też 30 grudnia 2020 roku zawarto Umowę o handlu i współpracy UE i UK (TCA), która stała się podstawą prawną relacji brytyjsko-unijnych na następne lata. Niemniej jednak, pomimo szerokiego zakresu nie reguluje ona kompleksowo każdej płaszczyzny relacji UK – UE, a niektóre obszary zostały w niej pominięte lub jedynie ramowo zaadresowane.

6. Sytuacja inwestorów na gruncie porozumienia UK – UE: brak klauzul ISDS

„Niezagospodarowanym” arealem na gruncie TCA jest kwestia dochodzenia przez zagranicznych inwestorów roszczeń w arbitrażu od państwa naruszającego. Negocjatorzy, dążąc do przyznania pewnego standardu ochrony inwestorom, określili jedynie w bardzo ogólny sposób przysługujące im prawa, a TCA milczy w zakresie sposobu ich egzekwowania.

TCA zawiera przepisy dotyczące ochrony inwestycji, jednakże poza „zobowiązaniem do stworzenia korzystnego klimatu dla rozwoju handlu i inwestycji” w art. 123 ust. 1, TCA zapewnia bardzo ograniczoną ochronę inwestorom zagranicznym. Postanowienia – mające zastosowanie do inwestycji zagranicznych – są określone w części drugiej (Handel, transport, rybołówstwo i inne ustalenia), w nagłówku pierwszym (Handel), w tytule II (Usługi i inwestycje). UK i UE potwierdziły zobowiązanie do stworzenia klimatu sprzyjającego rozwojowi handlu i inwestycji między nimi, a także prawo do wprowadzania na swoich terytoriach regulacji w celu ich osiągnięcia. TCA zastrzega, że Tytuł II nie ma jednak zastosowania do osób fizycznych, ani m.in. do środków dotyczących obywatelstwa, stałego pobytu lub stałego zatrudnienia czy regulujących wjazd lub pobyt czasowy osób fizycznych, w tym środków niezbędnych do ochrony integralności granic i zapewnienia zorganizowanego przemieszczania się osób fizycznych. Przepisy te mają zatem podmiotowo ograniczony zakres zastosowania.

Art. 123 ust. 5 TCA określa przedmiotowy zakres zastosowania przepisów, wyłączając ich zastosowanie m.in. do kwestii związanych z przewozami lotniczymi lub powiązanymi usługami wspierającymi przewozy lotnicze.

Szczególnie interesujące są definicje znajdujące się w art. 124 TCA. Z perspektywy możliwości wszczynania postępowań istotna jest definicja inwestora, który oznacza osobę fizyczną lub prawną Strony, która zamierza założyć, zakłada lub założyła przedsiębiorstwo na terytorium drugiej Strony. Warto dodać, że TCA odmiennie definiuje pojęcie „osoby prawnej Strony” w stosunku do UK i do UE. TCA przyjmuje wąską definicję inwestora, co zakreśla ograniczony zasięg, inaczej niż standardowo czynią to BITy. Odmiennie także w stosunku

do klasycznych BITów, TCA w art. 125 przewiduje prawo odmowy przyznania korzyści wynikających z TCA, jeżeli strona odmawiająca przyjmuje lub utrzymuje środki służące utrzymaniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, w tym ochrony praw człowieka.

Postanowienia TCA dot. ochrony inwestycji różnią się od postanowień powszechnie występujących w innych traktatach inwestycyjnych, w tym w BITach. Mamy do czynienia ze szczególnymi (zazwyczaj węższymi) definicjami Inwestora czy Inwestycji. W TCA odnajdziemy także punkty wspólne, np. klauzula narodowego traktowania tj. *National Treatment* (art. 129 TCA) czy klauzula najwyższego uprzywilejowania tj. *Most-favored-nation* (art. 130 TCA). Generalnie, TCA ma jednak ograniczony materialny przedmiot zastosowania.

Ciekawe są postanowienia TCA (por. art. 130 ust. 4 i 5), które doprecyzowują, że „traktowanie” nie obejmuje procedur dotyczących rozstrzygania sporów inwestycyjnych między inwestorami a państwami przewidzianych w innych umowach międzynarodowych. TCA wskazuje, że istnienie przepisów materialnych w innych umowach międzynarodowych, zawartych przez Stronę z państwem trzecim lub sama formalna transpozycja tych przepisów do prawa wewnętrznego, w zakresie, w jakim jest to konieczne do włączenia ich do wewnętrznego porządku prawnego, nie stanowi same w sobie „traktowania”. Oznacza to, że standard ustanowiony przez TCA jest niezależny od innych klauzul w traktatach inwestycyjnych. Jednakże najistotniejszym w przypadku ochrony inwestorów jest to, że TCA nie zapewnia skutecznego mechanizmu rozstrzygania sporów między Inwestorem a Państwem (por. Schwedt, Meijer, Hoebeke, Croisant, 2021). Postanowienia TCA są zgodne z ogólnosiwiatowym, w tym europejskim dyskursem na temat wygaszania aktów prawnych będących podstawą do wszczynania postępowań w arbitrażu inwestycyjnych, na rzecz powstającego systemu sądów inwestycyjnych m.in. pod pieczę UNCITRAL.

TCA określa trzystopniowy sposób rozstrzygania potencjalnych sporów (Łazowski, 2021, s. 86). W pierwszej kolejności, UK i UE będą próbować rozwiązać spory dyplomatycznie poprzez konsultacje w Radzie Partnerstwa (art. 738). Jeśli nie będą mogły rozstrzygnąć sporu polubownie, mogą skierować większość sporów do niezależnego trybunału arbitrażowego (zwoływanego każdorazowo dla danego sporu), który będzie miał do 160 dni na wydanie orzeczenia

(art. 739-745). Jeśli jednak strona naruszająca nie zastosuje się do orzeczenia, druga strona może zawiesić części TCA. Zawieszenie może dotyczyć innych obszarów umowy (z pewnymi wyjątkami) (art. 749 ust. 4).

TCA nie pozwala inwestorom na powoływanie się na TCA przed sądami krajowymi UK lub dowolnego państwa członkowskiego UE. Ponadto, w TCA nie ma przepisu przyznającego inwestorowi dostęp do arbitrażu. Zamiast tego, część szósta, tytuł I (Rozstrzygnięcie sporów) przewiduje mechanizm między państwowy (podobny do tego, jaki istnieje w systemie Światowej Organizacji Handlu) w celu unikania i rozstrzygnięcia sporów dotyczących interpretacji i stosowania TCA między UK i UE. TCA nie oferuje środków koncyliacyjnych.

Regulacja rozstrzygnięcia sporów w TCA koncentruje się wokół sporów, które dotyczą państw, tj. UK lub państw członkowskich UE lub samej UE. Przyjęte w TCA sposoby rozwiązywania sporów nie uwzględniają specyfiki sporów Inwestor – Państwo i ryzyk związanych z inwestycjami transgranicznymi, przed którymi miały chronić inwestorów klauzule BITów.

W związku z tym, inwestorzy z UE działający w UK i *vice versa* mogą w celu ochrony swoich praw polegać jedynie na mechanizmie między państwowym, który w opinii autorów podobny jest do metody dyplomatycznego rozwiązywania sporów. Ma ona liczne wady i z tego powodu rozstrzygnięcie sporów typu Inwestor – Państwo w przeszłości zaczęło odbywać się w arbitrażu inwestycyjnym na podstawie klauzul ISDS. W konsekwencji, ochrona praw inwestorów na gruncie TCA została ograniczona do mechanizmów, które nie gwarantują skuteczności w ich egzekwowaniu, a tym samym sprowadza się jedynie do treści przepisów klauzul materialnych, stanowiących raczej dyrektywy działania bez realnych środków dochodzenia roszczeń.

7. Wciąż obowiązujące, ale już extra-EU-BITy

Pomimo dyskursu toczącego się wokół bytu prawnego intra-EU-BITów, TCA w zupełności nie odnosi się co do przyszłości BITów zawartych z państwami członkowskimi UE (McCloskey, 2021). Po Brexicie intra-EU-BITy – podpisane przez UK – stały się

„pozaunijnymi BITami”. Warto podkreślić, że wspomniane BITy dalej obowiązują (UK nie podpisała porozumienia z 5 maja 2020 roku i jest wciąż stroną dziesięciu BITów zawartych z państwami członkowskimi UE). Stąd też wydaje się, że konsekwencje wyroku w sprawie Achmea, który utorował drogę do stanowiska, że intra-EU-BITy są niezgodne z prawem unijnym (Glinavos, 2018, s. 380–405) już ich nie dotyczą.

Milczenie TCA w sprawie BITów między UK a UE, w szczególności brak ich wypowiedzenia, można interpretować jako zgodę UK i UE na ich dalsze obowiązywanie. Można wysnuć tezę, że inwestorom z państw, które w dalszym ciągu są stroną obowiązujących BITów, przysługiwać będą prawa i możliwość ich ochrony na gruncie traktatów. Wykonanie wyroków arbitrażowych będzie także możliwe w UK ze względu na brak kolizji z klauzulą porządku publicznego zawartą w Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, Nowy Jork 10 czerwca 1958 roku (Dz.U. 1962 nr 9 poz. 41) czy też hipotezą art. 54 Konwencji International Centre for the Settlement of Investment Disputes (por. Cichomska, Janas, 2014, 101).

Taka sytuacja może stwarzać potencjalnie doskonałe warunki ochrony inwestycji w UK dla inwestorów zarówno brytyjskich, jak i pochodzących z państw, które są stroną obowiązujących BITów, tj. Bułgarii, Chorwacji, Czech, Estonii, Węgier, Łotwy, Litwy, Malty, Słowacji i Słowenii. Warto dodać, że brytyjski BIT z Polską został jednostronnie wypowiedziany przez nasz kraj 22 listopada 2019 roku, a w konsekwencji obowiązuje 15-letnia klauzula typu „*sunset clause*”, uprawniająca inwestorów do dochodzenia przez ten okres swoich roszczeń w związku z inwestycjami, które istniały przed jednostronnym rozwiązaniem umowy przez Polskę.

Warto jednak wskazać, że w związku z biernością UK, tj. nieprzyjęciem do porozumienia z 5 maja 2020 roku, KE wezwała UK (zob. Komisja Europejska, 2020) do usunięcia uchybień w celu rozwiązania ich wewnątrzunijnych BIT-ów. KE przypomniała, że prawo unijne ma nadal zastosowanie do UK do końca okresu przejściowego.

Ponadto KE wystosowała do UK opinię, która ma stanowić podstawę do podjęcia przez UK czynności w sprawie wygaszenia intra-EU-BITów. KE wezwała do złożenia na nią odpowiedzi do 30 grudnia 2020 roku. W przeciwnym razie groziła skierowaniem sprawy

przeciwko UK do TSUE ze względu na uchybienie zobowiązaniom wynikającym z prawa unijnego przed dniem 31 grudnia 2020 roku, UK nie odpowiedziała jednak na stanowisko KE.

TCA przewiduje czteroletni okres, w którym KE może dochodzić od UK kar za naruszenia traktatów unijnych popełnione przed końcem 2020 roku. W konsekwencji, KE może podjąć stosowne działania w związku z brakiem wygaszenia brytyjskich BITów z państwami członkowskimi UE. Nie można też wykluczyć, że BITy te nie zostaną wypowiedziane (choćby jednostronnie) przez państwa członkowskie UE. W takich przypadkach ochrona przyznana w BITach będzie obowiązywać przez okres trwania klauzuli typu „*sunset clause*”, chyba że UK zawrze stosowne porozumienia z poszczególnymi państwami. Wydaje się to być jednak mało prawdopodobne, skoro UK nie zrobiła tego dotychczas.

8. Wyniki analizy naukowej

TCA podpisane przez UK i UE nie zawiera klauzul pozwalających inwestorom na dochodzenie roszczeń w arbitrażu inwestycyjnym. Oznacza to brak odpowiedniej ochrony praw inwestorów, lecz pozostaje spójne z globalną tendencją wygaszania tej metody rozstrzygania sporów Inwestor – Państwo i zastępowania jej międzynarodowym systemem sądownictwa inwestycyjnego.

Odpowiedniej ochrony nie przyznają także wciąż obowiązujące BITy zawarte przez UK z państwami członkowskimi UE, ponieważ ze względu na opisane problemy, np. z wykonywaniem orzeczeń sądów arbitrażowych, wątpliwe jest wszczynanie na ich podstawie przez inwestorów sporów w arbitrażu. Nie zachodzi wprawdzie już wątpliwość co do ich bytu prawnego – jako już extra-EU-BITów – to ze względu na przyjęte w UE stanowisko wszczynanie na ich podstawie postępowań arbitrażowych rodziłoby ryzyko dyskryminacji inwestorów pochodzących z państw, które nie mają zawartych podobnych umów inwestycyjnych z UK.

W przypadku sporu Inwestor – Państwo inwestorzy pochodzący z UK oraz państw członkowskich UE będą mogli na gruncie obecnie obowiązujących przepisów wszcząć (skutecznie) – odpowiednio w państwie członkowskim UE lub w UK – postępowania przeciwko

Państwu w trybie zastrzeżonym w TCA, który w ocenie autorów nie jest skutecznym narzędziem ich dochodzenia.

9. Wnioski

Po Brexicie sytuacja inwestorów pochodzących z UK oraz państw członkowskich UE uległa pogorszeniu w przedmiocie możliwości dochodzenia swoich praw i swobód od Państwa. Powstający równoległy system sądownictwa inwestycyjnego powinien – z perspektywy interesów inwestorów – przyznawać rzetelniejszą ochronę niż ta wskazana w TCA. Jednakże wprowadzenie owego systemu nastąpi (o ile w ogóle) w nieokreślonym czasie, w trakcie którego inwestorzy pozostaną bez skutecznych metod dochodzenia swoich roszczeń.

Działanie to należy ocenić krytycznie, jednakże sytuacja ta jest w dużym stopniu zbieżna z położeniem inwestorów pochodzących z UE, którzy przed wyrokiem ws. Achmea mogliby dochodzić swoich roszczeń na podstawie intra-EU-BITów. W obu bowiem przypadkach postępowania arbitrażowe nie będą mogły być wszczęte, ponieważ takiej opcji nie przewiduje obecnie ani prawo unijne, ani TCA.

W ocenie autorów wprowadzenie nowego systemu sądownictwa inwestycyjnego jest więc pożądane. Natomiast obecnie – bez konkretnych propozycji legislacyjnych, jak taki system miałby funkcjonować – niemożliwa jest ocena, czy byłby on skuteczniejszy od dotychczas funkcjonujących klauzul ISDS. Niemniej jednak autorzy uważają, że przywrócenie mechanizmów występujących w BITach zapewniłoby skuteczniejszą ochronę praw inwestorów z UK i państw członkowskich UE niż ma ona miejsce na ten moment.

BIBLIOGRAFIA

- Balcerzak, F., & Sołtysik, S. (2013). Jurysdykcja trybunałów arbitrażowych w sporach inwestycyjnych, a kwestia rozszerzenia zgody na arbitraż państwa przyjmującego w wyniku zastosowania klauzuli największego uprzywilejowania. *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 12, 133–164.
- Cichomska, M., Janas, I. (2014). Istnienie, ważność i skuteczność zapisu na sąd polubowny zawartego na podstawie intra-EU BIT. *E-przeгляд arbitrażowy*, 1–2(16–17), 92–103.
- Dahlquist, J., Lenk, H., & Ronnelid, L. (2016). The infringement proceedings over intra-EU Investment Treaties An Analysis of the Case against Sweden. *Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS). European Analysis*, 4, 1–12.
- Glinavos, I. (2018). Brexit, the City and Options for ISDS., *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 33(2), 380–405.
- Hobér, K. (2015). Investment Treaty Arbitration and Its Future - If Any. *Arbitration Law Review, Yearbook on Arbitration and Mediation*, 7.
- Huaquan, Z. (2014). Balance Sustainable Development, and Integration Innovative Path for BIT Practice. *Journal and International Economic Law*, 17 (2), 299–332.
- Juillard, P. (2015). *Calvo Doctrine/Calvo Clause*. Oxford Public International Law. Oxford University Press. (pobrano: 21 listopada 2021 r.) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e689>
- Komisja Europejska. (2020). Komunikat z 5 maja 2020 r. Postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego: główne decyzje podjęte w maju, pobrano 5 grudnia 2021 r. z https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_20_859
- Kułaga, Ł. (2019). Implementing Achmea: the quest for fundamental change in international investment law. *Polish Yearbook of International Law*, 39, 227–250.
- Kuźniak, B. (2015). *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych perspektywa polska*. Warszawa: C.H. Beck.
- Łazowski, A. (2021). Od członkostwa do stowarzyszenia: nowe ramy prawne dla relacji Unii Europejskiej ze Zjednoczonym Królestwem. *Państwo i Prawo*, 3, 70–91.
- McCloskey, M. (2021). Safe Haven for Investors in (and Through) the UK Post – Brexit? *American Society of International Law insights*, 25(3). <https://www.asil.org/insights/volume/25/issue/3/safe-haven-investors-and-through-uk-post-brexit>.

- Muchlinski, P. (2009). The Framework of Investment Protection: The Content of BITS. W K.P. Sauvant, & L.E. Sachs (Red.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. Oxford: Oxford University Press.
- Scheu, J., & Nikolov, P. (2020). The setting aside and enforcement of intra – EU investment arbitration awards after Achmea. *Arbitration International*, 36(2), 157–220.
- Schreuer, C. (2021). *The Relevance of Public International Law in International Commercial Arbitration: Investment Disputes* (pobrano: 21 listopada 2021 r. roku) https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/81_csunpublpaper_1.pdf
- Schwedt, K., Meijer, G., Hoebeke, B., & Croisant, G. (2021, 9 January). *Investment Protection in the EU-UK Trade and Cooperation agreement*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/09/investment-protection-in-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>
- Sozański, J. (2002). *Ochrona prawna inwestycji zagranicznych*. Warszawa: Wydawnictwo Kodeks.
- Szumański, A. (Red.). (2015). *Arbitraż handlowy. System Prawa Handlowego*. (T. 8). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck
- Van Harten, G. (2010). Five justifications for Investment Treaties, A critical discussion. *Trade, Law and Development*, 2(1), 1–32.
- Wyrok TA z 12 kwietnia 2007 roku, Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004, itaław.
- Wyrok TA z 11 grudnia 2013 roku, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I], ICSID Case No. ARB/05/20, itaław.
- Wyrok TS z 6 marca 2018 roku, C-284/16, SLOWAKISCHE REPUBLIK v. ACHMEA BV, ZOTSisPI 2018, nr 3, poz. II-158.

Copyright and License



This article is published under the terms of the Creative Commons Attribution – NoDerivs (CC BY- ND 4.0) License <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>