

Rozdział I. Pojęcie arbitrażu inwestycyjnego

§ 1. Geneza arbitrażu inwestycyjnego

I. Pojęcie sporów inwestycyjnych

Pojęcie arbitrażu inwestycyjnego jest nierozzerwalnie związane z pojęciem sporów inwestycyjnych. Spory inwestycyjne natomiast, najogólniej rzecz ujmując to spory, które dotyczą inwestycji¹. Przyjmuje się, że inwestycją w znaczeniu ekonomicznym może być każdy nakład gospodarczy poniesiony na utrzymanie, tworzenie lub zwiększenie kapitału². Kluczowe jest więc wykazanie, że poniesiony nakład gospodarczy został zrealizowany w celu późniejszego uzyskania korzyści lub zysków. W prawie inwestycyjnym definicja inwestycji jest szeroka, co implikuje istotne problemy praktyczne związane z ustaleniem czy faktycznie doszło do zrealizowania inwestycji. Niektórzy autorzy, przykładowo *J.W. Salacuse*, wskazują, że pojęcie inwestycji jest ograniczone wyłącznie wyobraźnią inwestora w zakresie przedsięwzięcia gospodarczego, w które chce on ulokować swój kapitał³. W praktyce, pojęcie inwestycji zawsze musi być interpretowane przez pryzmat konkretnego traktatu inwestycyjnego, który definiuje na własny użytek to pojęcie i wskazuje, jaka działalność inwestora zagranicznego jest uznawana za inwestycję w rozumieniu traktatu, co ma elementarne znaczenie dla późniejszej, potencjalnej możliwości poddania sporów wynikających z tej działalności pod jurysdykcję trybunału arbitrażowego na podstawie klauzuli arbitrażowej zawartej w traktacie⁴. Sposób wykładni pojęcia inwestycji wynika równie często z dorobku orzeczniczego trybunałów arbitrażowych, które pomimo braku podstaw

¹ *M.H. Koziński*, Arbitraż inwestycyjny, s. 890.

² *C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi*, Investor – State Arbitration, s. 247.

³ *J.W. Salacuse*, The Three Laws of International Investment, s. 4.

⁴ *S. Puig*, No Right Without a Remedy, s. 237–240. Na marginesie można jedynie wskazać, że definicja inwestycji oraz uznanie, że działalność inwestora w państwie goszczącym mieści się w zakresie tej definicji, a zatem inwestor jest uprawniony do skorzystania z ochrony przewidzianej w traktacie, jest jednym z najczęściej pojawiających się elementów spornych w praktyce rozstrzygania sporów inwestycyjnych.

normatywnych umożliwiających zastosowanie anglosaskiej doktryny precedensu, korzystają w szerokim stopniu z wcześniejszych orzeczeń, w szczególności, gdy orzekają na podstawie tego samego traktatu. Prowadzi to do pojawienia się prób budowania spójnej linii orzeczniczej, przynajmniej w zakresie pojęć uniwersalnych, takich jak standardy ochrony inwestorów, a w rezultacie do stworzenia *jurisprudence constante*⁵.

W trakcie rozwoju traktatowego arbitrażu inwestycyjnego, pojęcie inwestycji w traktatach inwestycyjnych ewoluowało w kierunku objęcia nim każdego rodzaju mienia, które jest bezpośrednio lub pośrednio własnością inwestora zagranicznego. Pojęciem tym można przykładowo objąć:

- a) materialną i niematerialną własność,
- b) akcje, obligacje oraz inne prawa w spółkach,
- c) roszczenia pieniężne oraz inne roszczenia mające wartość majątkową,
- d) prawa własności intelektualnej, *goodwill* oraz *know-how*,
- e) prawa nadane na podstawie umowy lub decyzji, w tym koncesje⁶.

Z punktu widzenia badanego zagadnienia kluczowy jest podział na inwestycje krajowe i zagraniczne⁷. Inwestycje krajowe stanowią rodzaj działalności gospodarczej, która podlega prawu krajowemu i wszelkie spory z nimi związane są rozstrzygane zasadniczo na gruncie prawa krajowego⁸. Inwestycje zagraniczne zawierają w sobie czynnik międzynarodowy, polegający na tym, że inwestor jest podmiotem obcym w stosunku do państwa, w którym dokonuje inwestycji. Implikuje to rozmaite trudności praktyczne, takie jak określenie prawa właściwego dla potencjalnych sporów mogących powstać w przyszłości w związku z dokonywaną inwestycją czy wybór forum, które będzie uprawnione do rozstrzygania potencjalnych sporów. Pozostałe kwestie, które należy wziąć pod uwagę, to także ryzyko dyskryminacji inwestorów zagranicznych oraz polityka państwa, zmierzająca do ochrony interesu publicznego, ucieleśniającego się między innymi w potrzebie ochrony zasobów naturalnych kraju.

⁵ A.K. Bjorklund, *Investment Treaty*, s. 265–280.

⁶ G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration*, s. 73; ciekawym opracowaniem w zakresie wykładni pojęcia inwestycji jest artykuł autorstwa M. Pyki, który podejmuje próbę interpretacji tego pojęcia na podstawie art. 25 ust. 1 Konwencji Waszyngtońskiej. Autor wskazuje, że istnienie inwestycji jest przesłanką o charakterze materialno-formalnym uznania jurysdykcji trybunału w konkretnej sprawie, co jest wnioskiem niewątpliwie słusznym. Por. M. Pyka, *Interpretacja pojęcia inwestycji*, s. 35–43 oraz przywołana tam literatura; por. M. Pyka, *Pojęcie inwestycji*.

⁷ M.H. Kosiński, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 891.

⁸ Nie wyklucza to możliwości skorzystania z arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów, lecz w takim przypadku będzie to arbitraż handlowy, a nie inwestycyjny.

Trudno jest określić dokładnie, kiedy powstało zjawisko inwestowania zagranicznego⁹. Z pewnością do jego rozwoju przyczyniły się nierówności społeczne pomiędzy państwami wysoko i słabo rozwiniętymi, szczególnie widoczne w epoce kolonialnej na przykładzie uprzemysłowionych państw europejskich i słabo rozwiniętych państw Nowego Świata. W miarę rozwoju międzynarodowych korporacji oraz mechanizmów umożliwiających transgraniczny przepływ kapitału rosło również zjawisko inwestycji zagranicznych. Okresem szczególnie intensywnego rozwoju inwestycji zagranicznych był początek XX wieku. Natomiast, w drugiej połowie XX wieku działalność gospodarcza z udziałem obcego kapitału stała się czymś powszechnym¹⁰. W konsekwencji ujawniły się trudności związane z międzynarodowym charakterem inwestycji, przede wszystkim dotyczące ochrony praw inwestorów zagranicznych oraz ochrony inwestycji, zlokalizowanych w państwach goszczących¹¹.

Ryzyko inwestycji zagranicznej jest związane z różnorodnymi czynnikami¹². Po pierwsze, należy wskazać na nierównorzędną pozycję inwestora zagranicznego w stosunku do państwa przyjmującego inwestycje. Podczas gdy inwestor zagraniczny jest podmiotem prywatnym, dysponującym jedynie prywatnoprawnymi mechanizmami działania i ochrony swoich praw, państwo posiada znacznie silniejszą pozycję. Państwo jest nie tylko podmiotem, będącym stroną stosunków gospodarczych z inwestorem zagranicznym, ale również, dzięki funkcji regulacyjnej, poprzez stanowione prawa, może władczo kształtować ramy prawne, mające zastosowanie do oceny relacji z inwestorem zagranicznym¹³. Podwójna rola państwa, występującego w sferze dominium i imperium sprawiała, że pozycja inwestora zagranicznego w relacjach z państwem przyjmującym mogła stawiać inwestora w niekorzystnej pozycji¹⁴. Dochodzenie roszczeń przeciwko państwu przez inwestora zagranicznego często napotykało istotne trudności, które wraz ze wzrostem wartości inwestycji zagranicznych, zaczęły w znaczący sposób wpływać na decyzje inwestorów zagranicznych. Rozstrzyganie sporów wynikających z inwestycji zagranicznych stało się przeszkodą w przemieszczaniu się kapitału.

Spór inwestycyjny jest zatem sporem, który powstaje pomiędzy inwestorem z jednego państwa oraz innym państwem, niebędącym państwem pochodzenia

⁹ Niektórzy autorzy podają np. czasy starożytnego Egiptu, Grecji i Mezopotamii, wskazując na inwestycje dokonywane przez kupców w państwach obcych, por. *R.D. Bishop, J.R. Crawford, W.M. Reisman* (red.), *Foreign Investment Disputes*, s. 2.

¹⁰ *M.H. Koziński*, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 891.

¹¹ *C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi*, *Investor – State Arbitration*, s. 11–12.

¹² Por. *M. Sornarajah*, *The International Law*, s. 69–79.

¹³ *P. Muchlinski*, *Policy Issues*, s. 29.

¹⁴ *C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi*, *Investor – State Arbitration*, s. 11; *C. Wiśniewski, O. Górski*, *Bilateral investment treaties*, s. 422.

inwestora, a który dotyczy inwestycji zlokalizowanej w państwie goszczącym (*host state*)¹⁵. Spór inwestycyjny w szerokim znaczeniu dotyczy trzech podmiotów: państwa goszczącego, w którym zlokalizowana jest inwestycja, inwestora zagranicznego oraz państwa pochodzenia inwestora¹⁶. Początkowo, spory powstawały w sytuacjach, gdy państwa przyjmujące, z różnych przyczyn naruszały prawa inwestorów. Do najczęstszych przykładów naruszeń można zaliczyć nacjonalizację majątku inwestora zagranicznego, zlokalizowanego w państwie przyjmującym, dyskryminację i nierówne traktowanie inwestorów zagranicznych w stosunku do inwestorów krajowych, nakładanie na inwestycje zagraniczne nieuzasadnionych obciążeń finansowych, wykorzystywanie funkcji regulacyjnej państwa, w celu ochrony konkurencyjności krajowych podmiotów gospodarczych w stosunku do podmiotów zagranicznych oraz ograniczenie zagranicznych transferów kapitałowych.

Przykładem jednego z pierwszych sporów inwestycyjnych, który potwierdził konieczność uwzględniania w sporach inwestycyjnych wskazanych wyżej trzech podmiotów, była przełomowa sprawa nacjonalizacji krajowego przemysłu paliwowego w 1938 r. przez prezydenta Meksyku *Lazaro Cardenas*, znana jako *Mexican Oil Expropriation*, uznawana za pierwsze niekomunistyczne przejęcie majątku prywatnego przez państwo na dużą skalę¹⁷. Działanie prezydenta *L. Cardenas* doprowadziło do przejęcia przez rząd Meksyku monopolu na wydobycie, produkcję, przetwarzanie i dystrybucję ropy naftowej i gazu. Pomimo tego, że rząd Meksyku zaoferował znacjonalizowanym korporacjom (częściowe) odszkodowanie, nie uchroniło to państwa meksykańskiego przed międzynarodowym bojkotem zainicjowanym przez wywłaszczone korporacje. Co prawda rząd USA, będący państwem pochodzenia inwestora, nie nałożył na Meksyk embargo handlowego (podjął działania zmierzające do załatwienia sprawy polubownie pomiędzy rządem Meksyku a inwestorami), to jednak konflikt pomiędzy amerykańskimi korporacjami i Meksykiem miał poważne skutki dla stron sporu¹⁸. Na skutek kryzysu ucierpiały nie tylko zagraniczne korporacje, które utraciły wpływy i majątek zainwestowany w przemysł paliwowy w Meksyku, ale również państwo goszczące – Meksyk, które zanotowało dewaluację krajowej waluty peso oraz 20% wzrost cen produktów.

Podobny przykład wrogiego działania państwa przeciwko inwestorowi zagranicznemu miał miejsce w Europie. Barcelona Traction, Light, and Power Company (BTLP), która była spółką zarejestrowaną w Toronto, zgodnie z pra-

¹⁵ R.D. Bishop, J.R. Crawford, W.M. Reisman (red.), *Foreign Investment Disputes*, s. 10.

¹⁶ P. Muchlinski, *Policy Issues*, s. 6.

¹⁷ N. Maurer, *The Empire Struck Back*, s. 590.

¹⁸ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 11.

wem kanadyjskim, wyemitowała obligacje, które zostały sprzedane zagranicznym inwestorom. W trakcie hiszpańskiej wojny cywilnej (lata 1936–1939) Hiszpania odmówiła BTLPC wymiany waluty w celu umożliwienia spłacenia obligatariuszy. W rezultacie w 1948 r. grupa obligatariuszy pozwała BTLPC, która została uznana za niewypłacalną i sprzedana. Kanadyjscy inwestorzy podejmowali próbę skłonięcia rządu kanadyjskiego do udzielenia im pomocy dyplomatycznej w sporze z Hiszpanią, jednakże Kanada uznała działania rządu hiszpańskiego w stosunku do inwestorów za zgodne z prawem i nie zaangażowała się w dyplomatyczną ochronę kanadyjskich inwestorów. W związku z tym, że 88% akcji BTLPC było własnością akcjonariuszy belgijskich, Belgia również stała się stroną tego konfliktu. W przeciwieństwie do Kanady, rząd belgijski udzielił krajowym inwestorom opieki dyplomatycznej i wniósł pozew w 1958 r. do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) w Hadze. W 1970 r., na skutek drugiego pozwu, złożonego w 1962 r., a zatem po 8 latach procesu, MTS oddalił powództwo i uznał, że Belgia nie ma legitymacji procesowej, ponieważ nie jest stroną konfliktu – BTLPC była spółką kanadyjską, a zatem, zdaniem MTS, wyłącznie Kanada mogła udzielić pomocy dyplomatycznej inwestorowi¹⁹.

II. Przedarbitrażowe metody dochodzenia roszczeń przeciwko państwom przez inwestorów zagranicznych

Wskazane w poprzednim punkcie przykłady obrazują trudności związane z dochodzeniem roszczeń przez inwestorów zagranicznych w przypadku powstania sporu inwestycyjnego, którego stroną jest państwo goszczące. Zarówno sprawa *Mexican Oil Expropriation* jak i *Barcelona Traction, Light, and Power Company* wskazują na nieefektywność mechanizmów rozstrzygania sporów wywodzących się z prawa międzynarodowego publicznego, a wymagających aktywności państwa pochodzenia inwestora. Równocześnie, dochodzenie roszczeń przed sądami państwowymi państwa przyjmującego inwestycje, jak i sądami państwa pochodzenia inwestora okazywało się w praktyce kłopotliwe i bardzo często ostatecznie nieskuteczne²⁰.

W przypadku dochodzenia roszczeń przed sądem państwa przyjmującego inwestycje, inwestorzy byli narażeni na ryzyko dyskryminacji opartej o lokalne uprzedzenia, polegające na tym, że sądy państwa przyjmującego mogły traktować inwestorów zagranicznych gorzej niż swoich własnych obywateli, co podwa-

¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, <http://www.worldlii.org/int/cases/ICJ/1970/1.html>, dostęp: 20.11.2019 r.

²⁰ Por. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy Arbitraż Handlowy*, s. 118.

żało elementarną zasadę sprawiedliwego procesu²¹. Istotną barierą była również koncepcja immunitetu państwa (*state immunity*), zgodnie z którą do połowy XX wieku sądy państwowe niechętnie orzekały w sprawach nacjonalizacji majątku inwestorów zagranicznych, w których stroną było państwo²². Przeszkodą w dochodzeniu roszczeń był także poziom skomplikowania sporów inwestycyjnych, które dotyczyły różnych gałęzi prawa: prawa międzynarodowego publicznego, a w tym znajomości konwencji międzynarodowych oraz traktatów inwestycyjnych oraz ich reguł wykładni, międzynarodowego prawa inwestycyjnego, prawa cywilnego czy prawa administracyjnego, jak również specyfiki konkretnego sporu, który bardzo często dotyczył wąskiego zagadnienia, jak np. prawo geologiczne i górnicze, prawo energetyczne czy prawo telekomunikacyjne. W rezultacie sądy powszechne często nie radziły sobie ze skomplikowaną materią, będącą specyfiką sporów inwestycyjnych²³.

W drugiej sytuacji, polegającej na próbie dochodzenia roszczeń przeciwko państwu goszczącemu przed sądami państwowymi państwa pochodzenia inwestora, inwestorzy również napotykali szereg utrudnień. Podstawowym problemem był brak jurysdykcji sądów państwa pochodzenia inwestora w stosunku do państwa trzeciego²⁴. Wynikał on z immunitetu państwa, który jest wywodzony na gruncie prawa międzynarodowego publicznego z zasady, zgodnie z którą żadne suwerenne państwo nie może zostać zmuszone do poddania się prawom państwa obcego oraz z zasady, stanowiącej o naruszeniu godności państwa w przypadku poddania się jurysdykcji państwa obcego²⁵. Zasada ta jest emanacją starożytnej zasady prawa rzymskiego: *par in parem non habet imperium*.

Dodatkową przeszkodą była doktryna *act of state*, zgodnie z którą każde państwo jest zobowiązane do szanowania niepodległości innego suwerennego państwa, a sądy jednego państwa nie będą orzekały w sprawach działań rządu

²¹ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 13.

²² *Ibidem*, s. 14–15, którzy wskazują, że pojęcie immunitetu państwa ma swoją genezę w czasach napoleońskich, a zatem w początku XIX wieku, kiedy to, zgodnie z absolutystyczną formą władzy, nikt nie mógł pozwać państwa. Wskazane zagadnienie wpisuje się w szerszą problematykę odpowiedzialności za niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie państwa przy wykonywaniu władzy publicznej.

²³ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 15, którzy wskazują na ciekawy przykład ominięcia jurysdykcji krajowej przez indyjski rząd w sprawie *Union Carbide Corporation*. W 1984 r. doszło do tragedii w Indiach, w której na skutek wycieku toksycznego gazu zginęło ponad 3.000 osób a 200.000 zostało rannych. W celu reprezentowania swoich obywateli i dochodzenia w ich imieniu odszkodowania i zadośćuczynienia, indyjski rząd doprowadził do uchwalenia prawa zgodnie z którym mógł reprezentować swoich obywateli przed dowolnym sądem na świecie. Następnie pozwał inwestora – *Union Carbide Corporation* przed sąd w Nowym Jorku, argumentując, że sądy powszechne w Indiach są nieskuteczne a postępowanie sądowe prowadzone w Indiach udaremniłoby (*thwart*) dochodzenie roszczeń ofiar katastrofy.

²⁴ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 19.

²⁵ R. Higgins, *Problems and Process*, s. 78–79.

innego państwa obcego, dokonanych na jego terytorium²⁶. Wskazuje się również, że pomimo poddania sporu sądowi państwa pochodzenia inwestora, sąd ten może w rezultacie orzekać na podstawie prawa państwa przyjmującego, ponieważ zgodnie z większością jurysdykcji, prawem właściwym jest prawo miejsca, związanego z dochodzonym roszczeniem. Z uwagi natomiast na fakt, że państwo przyjmujące może z łatwością zmienić swoje prawo, przepisy, które potencjalnie znajdują zastosowanie do rozstrzygnięcia sporu, na skutek odpowiednio zaprojektowanych przepisów intertemporalnych, w praktyce mogą okazać się niekorzystne dla inwestora albo wręcz uniemożliwić mu dochodzenie jego roszczeń²⁷.

Ze względu na nieefektywność dochodzenia roszczeń przed sądami państwowymi, zarówno państwa przyjmującego, jak i państwa pochodzenia inwestora oraz związane z tym zagrożenia, mogące nie gwarantować sprawiedliwego procesu, inwestorzy wykorzystywali międzynarodowe mechanizmy służące obronie ich praw. Do mechanizmów tych można zaliczyć opiekę dyplomatyczną (*diplomatic protection*) oraz tzw. doktrynę Calvo²⁸.

Opieka dyplomatyczna jest pojęciem z zakresu międzynarodowego prawa publicznego i oznacza działania dyplomatyczne podejmowane przez państwo w imieniu swoich obywateli, których prawa i interesy zostały naruszone przez państwo obce²⁹. W sporach inwestycyjnych opieka dyplomatyczna miała formę wymiany oficjalnej korespondencji i była procesem długim, kłopotliwym i mało efektywnym³⁰. W przypadku nieskuteczności zabiegów dyplomatycznych, państwo chroniące interesy swoich inwestorów mogło dochodzić sprawiedliwości przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości w Hadze³¹.

Skorzystanie z tej metody rozwiązywania sporów na linii inwestor–państwo goszczące było nieefektywne z kilku powodów. Po pierwsze, zastosowanie mechanizmów opieki dyplomatycznej zależało od dyskrecjonalnej władzy państwa, które mogło, ale nie musiało stanąć w obronie swojego obywatela (przykładowo, Kanada w sprawie BTLPC nie udzieliła opieki dyplomatycznej swoim inwestorom). Po drugie, zastosowane mechanizmy, o ile miały formę jedynie dyplo-

²⁶ *Banco Nacional de Couba v. Sabbatino*, 176 U.S. 398 (1964) za C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 22; A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, s. 524–525.

²⁷ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 23.

²⁸ S.P. Subedi, *International Investment Law*, s. 11, który wymienia również tzw. *Gunboat Diplomacy* jako doktrynę służącą ochronie przez państwo praw swoich obywateli za pomocą morskiej siły militarnej. *Gunboat Diplomacy* była jedną z możliwych metod reakcji na spory inwestycyjne do czasów II Wojny Światowej.

²⁹ A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice*, s. 5–7.

³⁰ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 28.

³¹ S.P. Subedi, *International Investment Law*, s. 12–13.

matycznego nacisku, często nie przynosiły oczekiwanego rezultatu. W praktyce, inwestorzy z państw silnych politycznie, takich jak USA, Niemcy czy Wielka Brytania byli w nieporównywalnie lepszej sytuacji niż inwestorzy z państw słabszych, ponieważ państwa silne politycznie mogły dużo skuteczniej wywierać nacisk na inne państwa, co prowadziło w rezultacie do nierówności i dyktatu strony silniejszej politycznie i ekonomicznie. Ponadto, nawet w przypadku, gdy państwo wyraziło polityczną gotowość wzięcia praw i interesów swojego podmiotu w opiekę, było to możliwe jedynie w przypadku spełnienia prawnych przesłanek. Inwestor musiał wykazać, że wyczerpał wszystkie dopuszczalne w państwie przyjmującym środki prawne w celu dochodzenia swoich roszczeń³². Następnie należało wykazać, że inwestor, działający najczęściej w formie spółki zawiązanej pod rządami określonego systemu prawnego, jest obywatelem państwa udzielającego opieki dyplomatycznej³³. W rezultacie, opieka dyplomatyczna nie była ani sprawiedliwą, ani równą, ani skuteczną metodą ochrony praw inwestorów. Wcześniej opisane przykłady *Mexican Oil Expropriation* oraz *Barcelona Traction, Light, and Power Company* dowodzą, co do zasady, niskiej skuteczności opieki dyplomatycznej w sporach inwestycyjnych³⁴.

Doktryna Calvo została opracowana jako odpowiedź na działania inwestorów zagranicznych, którzy szukali skutecznych mechanizmów dochodzenia swoich roszczeń w sądach państwowych państwa ich pochodzenia lub na poziomie międzynarodowym na podstawie m.in. koncepcji opieki dyplomatycznej³⁵. Zgodnie z doktryną Calvo, roszczenie przeciwko państwu przyjmującemu nie może zostać wyegzekwowane na poziomie międzynarodowym, dopóki państwo przyjmujące zapewnia sądowy oraz administracyjny system dochodzenia roszczeń, który jest bezstronny i odpowiada powszechnie uznawanym standardom

³² C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 30–31; A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice*, s. 6–7.

³³ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 32, powyższe kryterium było kłopotliwe w sytuacjach, gdy inwestorzy z jednego państwa zawiązywali spółkę w innym państwie np. ze względów podatkowych. W takiej sytuacji państwo pochodzenia inwestorów było inne niż państwo będące siedzibą spółki. Oznaczało to, że to państwo będące siedzibą spółki, jako podmiotu prowadzącego spór z państwem przyjmującym było uprawnione do udzielenia ochrony prawnej.

³⁴ Przykładem skutecznej opieki dyplomatycznej może być sprawa pomiędzy USA i norweskimi właścicielami statków, które były produkowane w amerykańskich stoczniach w okresie I Wojny Światowej. Po tym jak USA przystąpiły do I Wojny Światowej rząd amerykański zarekwirował statki produkowane dla norweskich zleceniodawców na użytek amerykańskiej armii. Po zakończeniu Wojny rząd USA zwrócił norweskim inwestorom jedynie wartość materiałów, która została wykorzystana do budowy statków, tj. ok. 2,6 mln dolarów, podczas gdy wartość statków wynosiła ok. 18 mln dolarów. Norwegia objęła swoich inwestorów opieką dyplomatyczną i wniosła sprawę przed Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w Hadze, który uznał powództwo, por. A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, s. 474.

³⁵ A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, s. 471–473.

uczciwego procesu³⁶. Oznaczało to w istocie poddanie sporów inwestycyjnych jurysdykcji sądów państwa przyjmującego z równoczesnym zakazem odwoływania się do innych mechanizmów rozstrzygania sporów. Doktryna Calvo, która swą nazwę zawdzięcza argentyńskiemu prawnikowi *Carlosowi Calvo*, przyjęła się szczególnie dobrze w państwach Ameryki Południowej, w tym w Meksyku, który stosował ją aż do czasu wejścia w życie Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu w 1994 r.³⁷

Na uwagę zasługuje również omówienie politycznych barier w rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych. Poza wspomnianymi problemami natury w zasadzie prawnej, inwestorzy zagraniczni często spotykali się z wrogością polityczną państw przyjmujących. Jednym z bardziej istotnych działań politycznych wymierzonych przeciwko inwestorom zagranicznym był Nowy Międzynarodowy Porządek Ekonomiczny (New International Economic Order – NIEO)³⁸. NIEO był zbiorem propozycji sformułowanych przez państwa słabo rozwinięte na konferencjach Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczących handlu i rozwoju. Propozycje NIEO zakładały m.in. poddanie zagranicznych inwestorów pod jurysdykcję państw goszczących; dopuszczalność nacjonalizacji majątków inwestorów zagranicznych na warunkach korzystnych dla państw przyjmujących; regulowanie i kontrolę zagranicznych korporacji, działających na terenie państwa przyjmującego³⁹.

III. Ewolucja arbitrażu inwestycyjnego

Wskazane w poprzednim punkcie sposoby rozstrzygania sporów inwestycyjnych nie były zadowalające ani dla inwestorów, gdyż nie dawały im gwarancji uczciwego i skutecznego rozpatrzenia ich roszczeń, ani dla państw, zarówno państwa pochodzenia inwestora, jak i państwa goszczącego, gdyż wymagały od nich częstej aktywności w ramach międzynarodowych mechanizmów dyplomatycznych. Tym samym, zaczęto poszukiwania nowych metod rozwiązywania sporów pomiędzy inwestorami a państwami, które byłyby pozbawione wad swoich poprzedników.

Początki arbitrażu inwestycyjnego sięgają końca XVIII wieku. Jednym z pierwszych traktatów handlowych, który przewidywał powstanie ponadnarodowego trybunału umocowanego do rozstrzygania sporów inwestycyjnych był Traktat Jaya z 19.11.1794 r., pomiędzy Wielką Brytanią i Stanami

³⁶ P. Subedi, *International Investment Law*, s. 13–14.

³⁷ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 16–17.

³⁸ K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, s. 93–94.

³⁹ *Ibidem*, s. 94–95.

Zjednoczonymi, zwany również Traktatem Londyńskim⁴⁰. Traktat ustanawiał stały międzynarodowy trybunał arbitrażowy, składający się z trzech komisji powołanych do rozstrzygania sporów pomiędzy podmiotami prywatnymi a państwami, będącymi stronami tego traktatu⁴¹.

Rozwój arbitrażu jako metody rozstrzygania sporów przypada na czasy późniejsze. Wiele sporów dotyczących niewłaściwego traktowania obcokrajowców przez państwa w XIX wieku było rozstrzyganych przez trybunały arbitrażowe *ad hoc*, których jurysdykcja wynikała albo z postanowień międzynarodowej umowy handlowej, albo z prywatnoprawnej umowy handlowej między stronami. Trybunały arbitrażowe w XIX wieku funkcjonowały bez określonych ram proceduralnych, regulaminów arbitrażowych, reguł dowodowych oraz innych wytycznych, co implikowało istotne problemy praktyczne przy efektywnym wydawaniu orzeczeń⁴².

Na początku XX wieku zaczęły powstawać Dwustronne Komisje ds. Roszczeń (*Binational Claims Commissions*), które na mocy dwustronnych umów międzynarodowych, posiadały jurysdykcję w stosunku do roszczeń inwestorów przeciwko państwom⁴³. Jedną z najbardziej znanych komisji tego typu była komisja ustanowiona na mocy porozumienia między USA i Meksykiem, w której skład wchodziło trzech członków – jeden wyznaczony przez USA, jeden przez Meksyk oraz trzeci członek pochodzący z państwa neutralnego⁴⁴. Komisja rozstrzygała spory na podstawie zasad prawa międzynarodowego, a jej działanie doprowadziło m.in. do wykształcenia tzw. Formuły Hulla (*Hull Formula*), zgodnie z którą nacjonalizacja majątku inwestora przez państwo przyjmujące była dopuszczalna jedynie za odpowiednim, niezwłocznym i sprawiedliwym wynagrodzeniem⁴⁵.

Kolejnym etapem w procesie kształtowania się arbitrażu inwestycyjnego były tzw. Traktaty o Przyjaźni, Handlu i Nawigacji (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties – FCNT*). FCNT były zawierane na początku XX wieku przez państwa wysoko rozwinięte z państwami rozwijającymi się. FCNT miały na celu, przede wszystkim zapewnienie państwom rozwiniętym dostępu do ryn-

⁴⁰ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 34.

⁴¹ Encyclopedia of the New American Nation, *Arbitration, Mediation, and Conciliation – Jay's treaty and the treaty of ghent*, <http://www.americanforeignrelations.com/A-D/Arbitration-Mediation-and-Conciliation-Jay-s-treaty-and-the-treaty-of-ghent.html>, dostęp: 20.11.2019 r.

⁴² A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice*, s. 7–8.

⁴³ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 36.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 37.

⁴⁵ A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, s. 475–481; S.P. Subedi, *International Investment Law*, s. 15–18.

ku państw rozwijających się⁴⁶, zawierały, jednakże również postanowienia zakazujące państwu rozwijającemu się dyskryminacji inwestorów zagranicznych⁴⁷.

Po II Wojnie Światowej znaczący wpływ na rozwój arbitrażu inwestycyjnego miały dwustronne umowy znane jako *Lump Sum Agreements*, których celem było rozstrzyganie sporów dotyczących odszkodowania za wywłaszczenie majątków inwestorów prywatnych w państwach obcych⁴⁸.

IV. Współczesne metody rozstrzygania sporów inwestycyjnych

Jak starano się ukazać w poprzednich punktach, już od co najmniej XVIII wieku zastanawiano się w jaki sposób zapewnić skuteczną ochronę prawną inwestorom zagranicznym oraz ich inwestycjom, przy jednoczesnym poszanowaniu suwerenności i praw państw przyjmujących. W tle poszukiwań prawnych odpowiedniej formuły znajdowały się uwarunkowania pozaprawne, w tym w szczególności polityczne, takie jak konflikt pomiędzy doktryną Calvo a Formułą Hulla, dwie wojny światowe oraz wiele mniejszych regionalnych konfliktów, jak również kryzysy ekonomiczne⁴⁹.

Po II Wojnie Światowej przystąpiono do opracowywania międzynarodowego mechanizmu rozwiązywania sporów inwestycyjnych, który uwzględniałby dotychczasowe doświadczenia i równoważył interesy inwestorów oraz państw rozwiniętych z interesami państw rozwijających się. Prace w celu stworzenia uniwersalnego wzorca były wspierane przede wszystkim przez państwa wysoko-rozwinięte, które poszukiwały sposobu ochrony swoich inwestorów, ale również przez państwa rozwijające się, dla których pozyskanie kapitału zagranicznego było koniecznym elementem rozwoju⁵⁰.

W latach 50. XX wieku, prace toczyły się głównie na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych, która w tym czasie przyjęła wiele rezolucji oraz zaangażowała się w przygotowanie raportu na temat obecnej sytuacji dotyczącej inwestycji zagranicznych⁵¹. W międzyczasie, na skutek dążenia do zwiększenia przepływu prywatnego kapitału oraz wzrostu inwestycji, podejmowane były różne inicjatywy na szczeblu międzynarodowym zmierzające do osiągnięcia

⁴⁶ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 37.

⁴⁷ Cornell University Law School, Legal Information Institute, *Bilateral investment treaty*, https://www.law.cornell.edu/wex/bilateral_investment_treaty, dostęp: 20.11.2019 r.; J.F. Coyle, *The Treaty of Friendship*, s. 302.

⁴⁸ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 38.

⁴⁹ A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice*, s. 18.

⁵⁰ J. Pauwelyn, *Rational Design*, s. 23–24.

⁵¹ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 46.

tego celu. Pierwszą, była tzw. Hawańska Karta Handlu i Zatrudnienia z 1948 r. (Havana Charter on Trade and Employment), której zamiarem było stworzenie Międzynarodowej Organizacji Handlu (International Trade Organization)⁵². Następna, była prywatna inicjatywa nazywana Projektem Konwencji o Zagranicznych Inwestycjach Absa-Shawcrossa (Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad) z 1959 r. Kolejny był Projekt Konwencji o Ochronie Zagranicznej Własności (Draft Convention on the Protection of Foreign Property), negocjowany w latach sześćdziesiątych XX wieku pod auspicjami Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD)⁵³. Żaden z tych projektów nie zyskał szerszego uznania społeczności międzynarodowej i nie został ostatecznie przyjęty.

Skuteczna okazała się dopiero inicjatywa Banku Światowego, która eliminowała błędy poprzednich projektów i wykorzystywała raporty ONZ uwzględniające wytyczne i polityki różnych państw⁵⁴. Po kilku latach prac, tekst pierwotnie zaprezentowany w 1961 r. jako projekt konwencji, został w marcu 1965 r. przedłożony rządowi państw będących członkami Banku Światowego do podpisu i ratyfikacji. W 1966 r. weszła w życie Konwencja o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States), nazywana również Konwencją Waszyngtońską lub Konwencją ICSID (od instytucji, którą powołała, tj. Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych)⁵⁵.

Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych można nazwać sercem nowoczesnego arbitrażu inwestycyjnego⁵⁶. ICSID działa pod auspicjami Banku Światowego i jest uznawane za niezależną organizację apolityczną, której celem jest zapewnienie efektywnego rozstrzygania sporów inwestycyjnych w ramach mechanizmu arbitrażu inwestycyjnego⁵⁷. Kolejnym celem ICSID jest również zapewnienie wsparcia administracyjnego stronom sporu inwestycyjnego⁵⁸, poprzez:

⁵² A.P. Newcombe, L. Paradell, *Law and Practice*, s. 19–20.

⁵³ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 48.

⁵⁴ K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, s. 86–88.

⁵⁵ Konwencja o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami a obywatelami innych państw, ICSID 15/2006, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>, dostęp: 1.4.2019 r.

⁵⁶ A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy Arbitraż Handlowy*, s. 120.

⁵⁷ ICSID, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/default.aspx>, dostęp: 20.11.2019 r.

⁵⁸ Art. 1 ust. 2 Konwencji ICSID: *The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention*; Por. T.H. Webster, *Handbook*, s. 15–20.

- a) skodyfikowany Regulamin Arbitrażowy (który jest jedynym regulaminem arbitrażowym stworzonym na potrzeby rozstrzygania sporów inwestycyjnych) oraz tzw. Dodatkowe Ułatwienia (Additional Facility Rules),
- b) listę arbitrów, wskazywanych wyłącznie przez państwa⁵⁹,
- c) zaplecze organizacyjne w postaci sekretariatu, którego zadaniem jest zapewnienie skutecznej komunikacji między stronami sporu oraz arbitrami, jak również pełnienie innych funkcji administracyjnych⁶⁰.

Zaletą ICSID jest uwzględnienie interesów przede wszystkim strony państwowej, gdyż organem wykonawczym i zarządzającym ICSID jest Rada Administracyjna, składająca się z delegatów państw – sygnatariuszy Konwencji⁶¹. Uważanym za najważniejszy element Konwencji ICSID, jest art. 53 ust. 1, który stanowi, że orzeczenie wydane przez trybunał arbitrażowy działający na podstawie Konwencji jest wiążące, ostateczne i wykonalne bez konieczności uznawania tych orzeczeń w państwie wykonania⁶². Wskazana regulacja ma fundamentalne znaczenie dla inwestorów, gdyż znacznie przyspiesza, upraszcza i ekonomizuje wykonalność orzeczeń trybunałów arbitrażowych.

Rangę ICSID jako wiodącego centrum rozstrzygania sporów inwestycyjnych, potwierdzają dane statystyczne. Obecnie 163 państwa podpisały Konwencję ICSID, w tym prawie wszystkie państwa Europy⁶³. 9 państw (Belize, Dżibuti, Dominikana, Etiopia, Gwinea Bissau, Kirgistan, Namibia, Rosja i Tajlandia) podpisało konwencję ale nie dokonało jej ratyfikacji⁶⁴. Polska, jako jedno z niewielu państw na świecie (do tego grona zaliczają się również Brazylia, Indie, RPA) nigdy nie podpisała Konwencji ICSID⁶⁵. ICSID jak do tej pory admini-

⁵⁹ Art. 13 ust. 1 Konwencji ICSID: *Each Contracting State may designate to each Panel four persons who may but need not be its nationals*. Por. T.H. Webster, *Handbook*, s. 64–67.

⁶⁰ Art. 9–11 Konwencji ICSID. Por. T.H. Webster, *Handbook*, s. 37–63.

⁶¹ Art. 4 ust. 1 Konwencji ICSID: *The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State*. Por. T.H. Webster, *Handbook*, s. 21–22.

⁶² M.H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 944–946.

⁶³ ICSID, *List of Contracting States and Other Signatories of the Convention* (as of April 12, 2019), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>, dostęp: 14.12.2019 r.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ M.H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 946, który zasadnie wskazuje: „Trudno znaleźć merytoryczne uzasadnienie dla takiego stanu prawnego, tym bardziej, że nasz kraj toczył i toczy inwestycyjne spory arbitrażowe”. Przyczyna, dla której Polska nie jest stroną Konwencji ICSID nie jest jasna. Próbe ustalenia powodów tego stanu rzeczy podjęła E. Gruszevska w swojej pracy doktorskiej zatytułowanej: „Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych. Analiza Prawnomiędzynarodowa z perspektywy Polski”. Autorka skierowała pismo do ówczesnego Ministerstwa Gospodarki pytając o powody nieprzystąpienia przez Polskę do Konwencji ICSID oraz prosząc o stanowisko polskiego rządu w tej sprawie. W odpowiedzi otrzymała pismo z 23.8.2013 r., z którego wynika, że: „Rząd RP [...] stoi na stanowisku braku celowości przystąpienia przez Polskę do Konwencji. [...] Zdaniem Rządu RP przystąpienie do Konwencji nie będzie implikowało żadnych pozytywnych zmian – zarówno dla

strował ponad 600 sporów inwestycyjnych⁶⁶. Na stronie internetowej UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/>, zawierającej dane, dotyczące sporów inwestycyjnych, administrowanych przez wiodące światowe instytucje, spraw zarejestrowanych w ICSID 14.12.2019 r. jest 615, podczas gdy następną instytucją w kolejności pod względem liczby zarejestrowanych spraw jest Stały Trybunał Arbitrażowy (Permanent Court of Arbitration – PCA) – 154 spraw oraz SCC – 49 spraw⁶⁷. Chociaż liczba zarejestrowanych spraw na powyższym portalu nie odpowiada rzeczywistej ilości prowadzonych postępowań arbitrażowych, ponieważ wiele spraw nie jest ujawnionych i toczy się poufnie, to jednak pozwala ukazać proporcję w rozstrzyganiu międzynarodowych sporów inwestycyjnych pomiędzy ICSID a innymi instytucjami arbitrażowymi.

V. Dwustronne traktaty o popieraniu i wzajemnej ochronie inwestycji

Równocześnie z rozwojem arbitrażu inwestycyjnego, zaproponowanego w Konwencji ICSID, wiele państw rozpoczęło negocjacje umów międzynarodowych o wzajemnej ochronie i popieraniu inwestycji, zwanych powszechnie dwustronnymi traktatami inwestycyjnymi (*Bilateral Investment Treaties*)⁶⁸. Pierwszy BIT został zawarty 25.11.1959 r. pomiędzy Niemcami i Pakistanem.

inwestorów zagranicznych inwestujących w Polsce (nie spowoduje to ani poprawy, ani pogorszenia warunków inwestowania w Polsce), jak i dla Rządu RP (dla Rządu skutki będą negatywne choćby ze względu na konieczność współfinansowania ICSID zgodnie z art. 18 Postanowień w sprawach finansowych i administracyjnych, stanowiących załącznik do Konwencji. [...]). Z uwagi na szerokie możliwości wyboru forum arbitrażowego, w rozumieniu Ministerstwa Gospodarki, decyzja o ewentualnym przystąpieniu generuje ponadto niepotrzebne obowiązki administracyjne” (praca doktorska E. Gruszeńskiej wraz z cytowanym pismem Ministerstwa Gospodarki jest dostępna pod adresem: <http://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/2439/1/E.%20Gruszevska%20-%20Rozprawa%20doktorska.pdf>, dostęp: 15.12.2019 r.). Na inny powód wskazuje M. Jamka w swoim wpisie na blogu, zatytułowanym: „Dlaczego Polska nie jest stroną Konwencji Waszyngtońskiej”: „Pytałem wiele osób, dlaczego nie jesteście członkiem tej Konwencji. Tylko w jednej rozmowie nieoficjalnie powiedziano mi, że przyczyna leży w systemie wykonywania wyroków sądów arbitrażowych przewidzianych w Konwencji. Art. 54 ust. 1 stanowi, że wyroki sądów arbitrażowych wydane w trybie Konwencji w sprawach o roszczenia pieniężne będą wykonywane przez państwa sygnatariuszy tak jak byłby to ostateczny wyrok wydany przez sąd danego państwa. Zgodnie z opinią mojego rozmówcy, takie postanowienie pozbawia państwo wpływu na ten wyrok i może dojść do sytuacji, w której niepożądany wyrok przeciwko Polsce musiałby być przez Polskę wykonany” (<http://www.xn--rozwizywaniemspow-vyb44a.pl/2015/01/22/dlaczego-polska-nie-jest-czlonkiem-konwencji-waszyngtonskiej/>, dostęp: 10.5.2017 r.).

⁶⁶ UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>, dostęp: 14.12.2019 r.

⁶⁷ UNCTAD, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>, dostęp: 14.12.2019 r.

⁶⁸ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 45–46; M.H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 901.

Traktat ten, jak wiele podobnych traktatów zawieranych w latach 60. XX wieku, zapewniał szeroką ochronę inwestycji zagranicznych, zakazywał wywłaszczenia bez odszkodowania oraz niesprawiedliwego, dyskryminującego traktowania inwestorów zagranicznych⁶⁹. Nie zawierał jednak postanowień wskazujących arbitraż międzynarodowy, jako metodę rozstrzygania sporów inwestycyjnych, lecz delegował powstałe spory do mechanizmów międzyrządowych⁷⁰. Pierwszą umową BIT, która ustanawiała arbitraż inwestycyjny, jako metodę rozstrzygania sporów inwestycyjnych, pomiędzy państwem a inwestorem, był traktat zawarty 7.7.1968 r. pomiędzy Holandią a Indonezją⁷¹.

Wzorcem dla typowej umowy BIT był Projekt Konwencji o Ochronie Zagranicznej Własności OECD. Z czasem niektóre kraje, w szczególności USA i Wielka Brytania zaczęły opracowywać własne wzorce, które w ich przekonaniu lepiej odpowiadały ich relacjom z państwami rozwijającymi się i w bardziej efektywny sposób chroniły interesy krajowych inwestorów⁷². Pomimo niezbędnych odrębności, struktura każdej umowy BIT jest podobna. Znajduje się w niej definicja pojęcia inwestycji i inwestora, ograniczenie czasowe ochrony inwestycji do inwestycji mających miejsce po dacie zawarcia umowy BIT, obowiązek państwa popierania inwestycji⁷³. Jednymi z najważniejszych elementów BIT są klauzule dotyczące ochrony i traktowania inwestycji:

- a) klauzula najwyższego uprzywilejowania (*most favoured nation clause*),
- b) klauzula traktowania narodowego (*national treatment clause*),
- c) zakaz traktowania dyskryminacyjnego i arbitralnego (*prohibition of discriminatory and arbitral treatment*),
- d) traktowanie bezstronne i słuszne (*fair and equitable treatment*),
- e) pełna ochrona i bezpieczeństwo (*full protection and security*),
- f) wolność transferów kapitałowych (*free transfers*),
- g) zakaz wywłaszczania i środków o skutku równoważnym (*prohibition of expropriation*)⁷⁴.

⁶⁹ Traktat między Republiką Federalną Niemiec a Pakistanem w sprawie Promocji i Ochrony Inwestycji podpisany 25.11.1959 r., Nr 6575, dostępny na stronie internetowej: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>, dostęp: 2.5.2020 r.

⁷⁰ C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 46 przypis 6.

⁷¹ Umowa o Współpracy Gospodarczej między Rządem Królestwa Holandii a Rządem Republiki Indonezji podpisana 7.7.1968 r., Treaty Series 1968, Nr 88, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20799/volume-799-I-11386-English.pdf>, dostęp: 3.5.2020 r.

⁷² C.F. Dugan, D. Jr. Wallace, N.D. Rubins, B. Sabahi, *Investor – State Arbitration*, s. 53.

⁷³ M.H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny*, s. 897–898.

⁷⁴ K. Miles, *The Origins of International Investment Law*, s. 88–89; C. Wiśniewski, O. Górską, *Bilateral investment treaties*, s. 420; kompleksowe omówienie klauzul znajdujących się w traktatach o ochronie i wzajemnym popieraniu inwestycji przekracza ramy tego opracowania. Zagadnienie to zostało zresztą już dokładnie przedstawione w polskiej doktrynie: M. Jeżewski, *Międzynarodowe prawo inwestycyjne*, s. 141–368; por. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy Arbitraż Handlowy*, s. 121–122.