PRAWO GOSPODARCZE

Arbitraż to dobre narzędzie dla firm angażujących kapitał za granicą

POSTĘPOWANIE | Z polubownego rozstrzygnięcia może skorzystać zarówno polski przedsiębiorca, który kupił udziały/akcje w lokalnej spółce, jak również taki, który zawarł z władzami lokalnymi kontrakt na realizację jakiegoś projektu.

Do tej pory o arbitrażu inwestycyjnym mówiono w Polsce głównie w kontekście sporów zainicjowanych przez inwestorów zagranicznych przeciwko naszemu państwu. Biorąc pod uwagę skalę roszczeń, powagę zarzutów oraz potencjalne konsekwencje takich sporów dla Skarbu Państwa to zainteresowanie nie może dziwić. Wydaje się jednak, że wraz ze zmieniającą się sytuacją gospodarczą Polski, a także ekspansywnym podejściem niektórych polskich przedsiębiorców, rosnąć powinno znaczenie możliwości prawnych dochodzenia przez nich roszczeń w sytuacji, gdy państwo, w którym inwestują naruszy ich prawa wynikające przede wszystkim z traktatów o popieraniu i ochronie inwestycji („BIT" – bilateral investment treaties).

kontrolowanych przez inwestora zagranicznego. Zazwyczaj chodzi o inwestycje bezpośrednie, związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa na terytorium danego państwa. W grę wchodzą również inwestycje związane z realizacją projektów infrastrukturalnych (budowa dróg, sieci itp.) lub świadczeniem usług publicznych.

W praktyce oznacza to, że z arbitrażu inwestycyjnego może skorzystać zarówno polski inwestor, który zakupił udziały/akcje w lokalnej spółce w celu rozszerzenia zakresu działalności swojej firmy, jak również inwestor, który zawarł z władzami lokalnymi kontrakt na realizację jakiegoś projektu. Ponadto, z drogi tej może korzystać inwestor, który stworzył spółkę lub inną formę współpracy, w podobnym celu, bądź z jakimś podmiotem lokalnym bądź z innym inwestorem zagranicznym.

Warunkiem skorzystania z ochrony przewidzianej w BIT jest dokonanie inwestycji zgodnie z prawem państwa przyjmującego. Wyklucza to nie tylko oczywiste przypadki, takie jak korupcja, lecz także sytuacje, w których inwestor w sposób świadomy uczestniczył w inwestycji w sposób sprzeczny z, na przykład, krajowym prawem zamówień publicznych.

Jaka odpowiedzialność państwa

Arbitraż inwestycyjny wiąże się z ochroną, której źródłem jest traktat międzynarodowy rządzony prawem międzynarodowym publicznym. Jest to więc metoda, która pozwala inwestorowi zagranicznemu na pociągnięcie państwa przyjmującego do odpowiedzialności za naruszenie prawa międzynarodowego. Ma to określone konsekwencje prawne, o których często zapominają organy państwa (także w Polsce).

Po pierwsze, w relacjach między inwestorem zagranicznym, organy państwa przyjmującego inwestycję muszą zachowywać się w sposób zgodny nie tylko z prawem krajowym, lecz także z zobowiązaniami międzynarodowymi państwa. Oznacza to, że organ nie może powoływać się, na przykład, na zmianę ustawy, rozporządzenia czy innego aktu stanowiącego podstawę jego działania w prawie krajowym, dla usprawiedliwienia działania, które jest sprzeczne z prawem międzynarodowym.

Po drugie, organy państwa podejmując określone działania (lub odmawiając tego działania) wobec inwestora zagranicznego muszą stosować postanowienia BIT-ów. Oznacza to, że sądy, organy administracyjne lub spółki państwowe mają obowiązek traktowania zobowiązań wynikających z BIT-ów jako prawo właściwe w ich relacjach z inwestorem zagranicznym. W konsekwencji, polski inwestor, gdy dochodzi swoich praw na podstawie BIT-ów nie musi ograniczać się jedynie do arbitrażu inwestycyjnego, może czynić to również, w postępowaniach krajowych. Należy jednak wziąć pod uwagę, że możliwości powołania się wprost na postanowienia BIT-ów mogą różnić się w zależności od brzmienia krajowych postanowień konstytucyjnych dotyczących relacji między prawem międzynarodowym a prawem krajowym.

Polscy inwestorzy mogą skorzystać z arbitrażu inwestycyjnego w przypadku czynów, które mogą, zgodnie z prawem międzynarodowym, zostać przypisane państwu przyjmującemu inwestycję. Chodzi w tym przypadku o czyny organów państwa, zarówno centralnych, jak i lokalnych, a także o czyny podmiotów wykonujących elementy władzy państwowej (np. różnego rodzaju agencje czy spółki państwowe) oraz podmiotów prywatnych, którym powierzono wykonywanie pewnych zadań publicznych.

Państwo odpowiada za działania o charakterze władczym, co oznacza wykluczenie działań/zaniechań mieszczących się poza sferą publiczną. Odpowiada przy tym za działania/zaniechania władzy ustawodawczej, wykonawczej, jak i sądowniczej, a więc zarówno za akty o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (np. ustawy czy rozporządzenia), jak również za akty o charakterze indywidualnym i konkretnym (np. decyzje administracyjne). Niekiedy państwo może odpowiadać także za wyroki sądowe, zwłaszcza wtedy, gdy są one sprzeczne z elementarnym poczuciem sprawiedliwości lub gdy zostały wydane z rażącym naruszeniem zasad rzetelnego procesu.

Państwo odpowiada przede wszystkim za zobowiązania wynikające z BIT-u.

W grę wchodzi więc zobowiązanie do traktowania niedyskryminacyjnego (w stosunku do innych inwestorów zagranicznych lub do inwestorów krajowych), zobowiązanie do traktowania bezstronnego i słusznego, zobowiązanie do zapewnienia pełnej ochrony i bezpieczeństwa, swobodnego transferu kapitału i płatności, a także zobowiązanie do niepozbawiania inwestora jego inwestycji bez odpowiedniego odszkodowania.

Przejrzysty system i rzetelny proces

Szczególne znaczenie ma zobowiązanie do traktowania bezstronnego i słusznego, które obejmuje ochronę uzasadnionych oczekiwań inwestora (wynikających z kontraktów ale także z relacji tego inwestora z organami państwa przyjmującego), obowiązek utrzymywania stabilnych i przewidywalnych ram prawnych, obowiązek zapewnienia przejrzystości systemu prawnego czy obowiązek zapewnienia rzetelnego procesu. Trybunały arbitrażowe najczęściej zasądzają odszkodowanie z tytułu naruszenia tego standardu, gdyż pozwala on na wzięcie wszystkich okoliczności sprawy pod rozwagę i odpowiednie ich wyważenie przy ostatecznej ocenie zachowania państwa.

Należy jednocześnie podkreślić, że współczesne tendencje orzecznicze nakazują trybunałom arbitrażowym branie również pod uwagę zachowania inwestora, w tym przede wszystkim to czy domagając się odszkodowania działa on w dobrej wierze. Nie zmienia to faktu, że traktaty inwestycyjne są przede wszystkim zawierane dla ochrony inwestycji i inwestorów.

—dr Marek Jeżewski

> Polskie firmy mogą skorzystać z arbitrażu inwestycyjnego w przypadku czynów, które mogą, zgodnie z prawem międzynarodowym, zostać przypisane państwu przyjmującemu kapitał

Może mieć to szczególne znaczenie w sytuacji, gdy przedsiębiorca dokonuje inwestycji w państwie, w którym ze względu na kulejący system sądowy czy brak odpowiednich instytucji gwarantujących rządy prawa, BIT pozostaje jedyną podstawą ochrony podstawowych praw inwestora zagranicznego →patrz ramka.

Jaki zakres ochrony

Z arbitrażu inwestycyjnego mogą skorzystać zarówno osoby fizyczne, jak i prawne, które dokonały inwestycji w państwie, z którym Polskę łączy BIT. W obu przypadkach konieczne jest wykazanie przynależności państwowej zgodnie z postanowieniami odpowiedniego traktatu. W przypadku osób fizycznych będzie to obywatelstwo, natomiast w przypadku osób prawnych główne znaczenie ma więź prawna, wyrażająca się w rejestracji danej osoby w państwie pochodzenia lub w umieszczeniu tam głównej siedziby spółki. Mniejsze znaczenie ma kryterium pochodzenia kapitału lub rzeczywistego prowadzenia działalności gospodarczej, aczkolwiek niekiedy BIT-y pozwalają na ograniczenie korzyści w przypadku braku rzeczywistej więzi z państwem formalnej przynależności inwestora.

Zgodnie z powszechnie stosowaną w praktyce terminologią, BIT-y zapewniają ochronę wszelkim formom aktywów posiadanych lub

→ZDANIEM AUTORA

Marek **Jeżewski**
partner w firmie prawniczej Kochański Zięba Rapala i Partnerzy, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

MP

Poszkodowany inwestor może skierować sprawę do arbitrażu inwestycyjnego, działającego według różnych regulaminów i zarządzanego przez różne instytucje. Do najpopularniejszych regulaminów/instytucji należy reżim wspomnianej obok konwencji waszyngtońskiej tworzącej MCRSI, a także regulamin Komisji Narodów Zjednoczonych do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL).
Arbitraż inwestycyjny ma z punktu widzenia inwestora jedną, zasadniczą zaletę. Pozwala na rozstrzygnięcie jego sporu z państwem przez neutralny trybunał, przed którym zapewniona jest zasada równości broni. W przypadku gdyby ten sam spór był rozstrzygany przez sąd krajowy mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której państwo (sąd jako jego organ) byłoby sędzią we własnej sprawie.
Arbitraż zapewnia również inwestorowi to, że zachowanie państwa będzie oceniane pod kątem jego zgodności z często bardziej wymagającymi od prawa krajowego standardami prawa międzynarodowo publicznego. Innymi słowy, państwo nie może powoływać się na swoje prawo krajowe dla usprawiedliwienia nieprzestrzegania zobowiązań międzynarodowych. Podobnie, w przypadku stwierdzenia odpowiedzialności państwa, inwestor jest uprawniony do odszkodowania na podstawie standardu wyznaczonego jeszcze przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w roku 1928, zgodnie z którym odszkodowanie powinno zniweczyć wszystkie skutki naruszenia zobowiązania. Jednocześnie, pomimo że niekiedy (w tym także w Polsce w większości przypadków) rozpoczęcie przez inwestora postępowania arbitrażowego oznacza konieczność zakończenia aktywności gospodarczej w państwie pozwanym, to w przypadku państw o większym doświadczeniu w pozasądowym rozwiązywaniu sporów, arbitraż traktowany jest jako dogodna formuła, na tyle elastyczna by pozostawić cały czas pole do ewentualnych negocjacji rozstrzygnięcia polubownego, satysfakcjonującego dla obu stron sporu.
Z tych też względów, polscy inwestorzy, którzy prowadzą lub decydują się na prowadzenie inwestycji poza granicami Polski mogą to czynić ze świadomością wsparcia, jakie daje im międzynarodowe prawo inwestycyjne i instytucja arbitrażu inwestycyjnego. ■

→BEZ DOROBKU I INFORMACJI

Polska opinia publiczna otrzymuje jedynie szczątkowe informacje na temat arbitrażu inwestycyjnego. Bierze się to między innymi stąd, że państwo (tj. Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa jako organ odpowiedzialny za reprezentowanie interesów Skarbu Państwa w postępowaniach sądowych i arbitrażowych) utrudnia dostęp zwykłego obywatela czy przedsiębiorcy do jakiejkolwiek informacji na ten temat (potwierdza to np. niedawny wyrok warszawskiego WSA w sprawie o sygn. II SAB/Wa 252/12 stwierdzający zaniechanie po stronie Prokuratorii Generalnej udzielenia dostępu do informacji publicznej). Nie pomaga również fakt, że Polska jako jedno z niewielu państw nie przystąpiła wciąż do konwencji waszyngtońskiej o rozwiązywaniu sporów między inwestorami jednej umawiającej się strony a inną umawiającą się stroną, na mocy której powstało Międzynarodowe Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych. Nie zmienia to faktu, że Polska była lub jest stroną pozwaną w co najmniej kilkunastu sporach z inwestorami zagranicznymi, w których dochodzą oni niekiedy wielomilionowych odszkodowań z tytułu naruszenia BIT.

Dorobek polskich inwestorów występujących przeciwko państwu, w którym dokonali oni inwestycji jest praktycznie nieistniejący. Może to dziwić biorąc pod uwagę, że przynajmniej od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, eksport kapitału ze strony rodzimych przedsiębiorców rośnie w wyraźny sposób. Zarówno Ministerstwo Gospodarki, jak i Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych podkreślają zarówno ilościowy, jak i jakościowy skok w rozwoju polskich inwestycji zagranicznych od roku 2005. Inwestycje te kierowane są przede wszystkim do państw rozwijających się lub do największych partnerów gospodarczych naszego państwa. Biorąc pod uwagę ten wzrost, głównej przyczyny słabego wykorzystywania mechanizmu arbitrażu inwestycyjnego do dochodzenia roszczeń należy upatrywać w niskiej świadomości wśród inwestorów co do zalet i wad tego mechanizmu. Należy jednak uczciwie przyznać, że w wielu przypadkach czynnikiem ograniczającym jest niechęć danego inwestora do antagonizowania ich stosunków z władzami lokalnymi, zwłaszcza wówczas, gdy inwestor ten pragnie pozostać w danym kraju. ■