

Piotr Rodziewicz*

Uniwersytet Wrocławski

p.rodziewicz@prawo.uni.wroc.pl

Arbitraż inwestycyjny w stosunkach polsko-ukraińskich

I

W ciągu ostatnich czterdziestu lat problematyka ochrony i popierania zagranicznych inwestycji stanowiła jedno z kluczowych zadań w zakresie współpracy gospodarczej pomiędzy państwami¹. W efekcie zostało zawartych ponad 2500 dwustronnych umów międzynarodowych o ochronie i popieraniu zagranicznych inwestycji (BIT — *bilateral investment treaties*)². Oprócz umów dwustronnych, kwestia ochrony i popierania zagranicznych inwestycji stanowi przedmiot umów multilateralnych (MIT — *multilateral investment treaties*), takich jak Konwencja Waszyngtońska z 18 marca 1965 roku o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw (ICSID — *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*)³, Konwencja Seulska z dnia 11 paździer-

* Doktorant jest stypendystą w projekcie „Rozwój potencjału i oferty edukacyjnej Uniwersytetu Wrocławskiego szansą zwiększenia konkurencyjności Uczelni” współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.

¹ F. Ortino, *The social dimension of international investment agreements: Drafting a new BIT/MIT model?*, OECD Global Forum on International Investment — <http://www.oecd.org/dataoecd/45/51/40311350.pdf>.

² Zob. E. Zagórska-Prątnicka, *Dwustronne umowy o wzajemnej ochronie inwestycji — Bilateral Investment Treaties (BITs)*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2009, nr 9, s. 55.

³ Zob. więcej na stronie internetowej Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych w Waszyngtonie — <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

nika 1985 roku o ustanowieniu Wielostronnej Agencji Gwarancji Inwestycyjnych⁴, Traktat Karty Energetycznej sporządzony w Lizbonie 17 grudnia 1994 roku (ECT — *The Energy Charter Treaty*)⁵ oraz Północnoamerykański Układ Wolnego Handlu podpisany 7 października 1992 roku (NAFTA — *North American Free Trade Agreement*), którego stronami są trzy państwa⁶.

Zagraniczne inwestycje wydają się odgrywać ważną rolę w gospodarkach państw, które charakteryzuje szybkie tempo rozwoju, a zatem między innymi gospodarek państw Europy Środkowej i Wschodniej⁷. Jednak podejmowanie inwestycji obarczone jest ryzykiem, większym w przypadku inwestycji zagranicznych niż krajowych ze względu na odmienny system prawny obowiązujący w państwie przyjmującym, ale również z powodu obaw, że państwo przyjmujące będzie podejmować kroki, które będą naruszały prawa inwestora. Swoistego rodzaju instrumentem reakcji na tego typu zagrożenia, a jednocześnie instrumentem gwarancji poszanowania praw inwestora jest m.in. arbitraż inwestycyjny, stanowiący środek służący ochronie zagranicznych inwestorów. Zgoda wyrażona przez państwo w umowie międzynarodowej na poddanie się arbitrażowi międzynarodowemu w zakresie sporów inwestycyjnych może być uznana za element korzystny na płaszczyźnie pozaprawnej dla państwa przyjmującego zagranicznego inwestora, element dobrego „klimatu inwestycyjnego”, przyczyniający się do napływu kapitału do tego państwa⁸. Według ogólnej definicji przez międzynarodowy arbitraż inwestycyjny należy rozumieć arbitraż rozstrzygający spory związane z inwestycjami międzynarodowymi⁹. Podstawę prawną rozstrzygania sporów przy użyciu tej metody stanowią właściwe postanowienia wyżej wskazanych umów międzynarodowych.

Intensywność przepływu inwestycji zagranicznych pomiędzy poszczególnymi państwami jest oczywiście zróżnicowana. Tym samym prawdopodobieństwo skorzystania z ewentualnej ochrony inwestora przez wszczęcie postępowania arbitrażowego jest również zróżnicowane. Niniejsze opracowanie ma zawężony zakres przedmiotowy do regulacji z dziedziny arbitrażu inwestycyjnego w stosunkach polsko-ukraińskich ze względu na to, że oba wspomniane państwa łączą intensywne więzy gospodarcze. Zgodnie z danymi za rok 2010 Wydziału Promocji i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie, Polska pod względem wysokości zagranicznych inwestycji na Ukrainie zajmuje 12. miejsce — 935,8 mln

⁴ Dz.U. z 2003 r. Nr 43, poz. 372.

⁵ Dz.U. z 2003 r. Nr 105, poz. 985.

⁶ Zob. więcej strona internetowa Sekretariatu NAFTA — <http://www.nafta-sec-alena.org>.

⁷ I. Szász, *Treaty arbitration for the protection of foreign investments*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, pod red. A. Tynela i in., Warszawa 2008, s. 213.

⁸ K. Michałowska, *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny*, „e-Przegląd Arbitrażowy” 2010, nr 1, s. 45.

⁹ H. Koziański, *Arbitraż inwestycyjny*, [w:] *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, pod red. A. Szumańskiego, Warszawa 2010, t. 8, s. 895.

USD¹⁰. Inwestycje podmiotów ukraińskich w Polsce są natomiast dużo mniejsze i według danych Państwowego Instytutu Statystycznego Ukrainy w ciągu 9 miesięcy 2010 roku ukraińskie przedsiębiorstwa zainwestowały w Polsce 49,7 mln USD¹¹. W kontekście polsko-ukraińskich stosunków gospodarczych należy również pamiętać o wspólnym przedsięwzięciu realizowanym przez Polskę i Ukrainę, a mianowicie organizacji turnieju finałowego Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej w 2012 roku¹². Organizacja imprezy tej skali implikuje podjęcie szeregu inwestycji, w ramach których nieuniknione wydaje się powstanie sporów¹³. Wobec tego analiza regulacji z zakresu arbitrażu inwestycyjnego w stosunkach polsko-ukraińskich może się okazać nie tylko ciekawym problemem teoretycznym, ale również kwestią użyteczną z praktycznego punktu widzenia. Dlatego też problematyka ta stanowi przedmiot niniejszego opracowania, z tym jednak zastrzeżeniem, że dotyczyć ono będzie jedynie arbitrażu prywatnoprawnego w układzie podmiotowym inwestor zagraniczny — państwo przyjmujące¹⁴.

II

W zakresie ochrony i popierania zagranicznych inwestycji Polskę i Ukrainę łączy dwustronna umowa o wzajemnym popieraniu i ochronie inwestycji, sporządzona w Kijowie 12 stycznia 1993 roku¹⁵. Ponadto Polska i Ukraina są stronami Traktatu Karty Energetycznej¹⁶, który w odniesieniu do Polski wszedł w życie 23 lipca 2001 roku¹⁷, natomiast w odniesieniu do Ukrainy 27 stycznia 1999¹⁸. Ukraina jest stroną Konwencji waszyngtońskiej, która w odniesieniu do niej weszła w życie 7 lipca 2000

¹⁰ Dane przedstawione na stronie internetowej Wydziału Promocji Inwestycji i Handlu Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie — http://kiev.trade.gov.pl/pl/ukraine/article/detail,420,Polsko-ukrainska_wspolpraca_inwestycyjna.html.

¹¹ Dane według informacji zamieszczonej na stronie internetowej Ambasady Ukrainy w Rzeczypospolitej Polskiej — <http://www.mfa.gov.ua/poland/pl/31276.ht>.

¹² Na marginesie rozważań należy wskazać, że w związku z organizacją przez Polskę i Ukrainę turnieju finałowego Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej w 2012 r. w dniu 19 czerwca 2007 roku Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie podpisał z Międzynarodowym Sądem Arbitrażowym przy Izbie Handlowo-Przemysłowej w Kijowie umowę o współpracy — zob. więcej T. Wardyński, *Euro 2012 — new aspect of Polish-Ukrainian cooperation*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2008, nr 5, s. 22–23.

¹³ *Ibidem*, s. 22.

¹⁴ Zob. H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny...*, s. 902.

¹⁵ Dz.U. z 1993 r. Nr 125, poz. 575 i 576.

¹⁶ Dalej zwana ECT.

¹⁷ Informacja na stronie Sekretariatu Europejskiej Karty Energetycznej, <http://www.encharter.org/index.php?id=417#c1344>.

¹⁸ Informacja na stronie Sekretariatu Europejskiej Karty Energetycznej, <http://www.encharter.org/index.php?id=428#c1366>.

roku¹⁹. Warto odnotować, że od roku 1998 na tym forum przeciwko Ukrainie zostało zarejestrowanych 10 spraw²⁰. Polska jako jedyne państwo członkowskie Unii Europejskiej nie jest natomiast stroną Konwencji waszyngtońskiej. W związku z tym podnoszone są w literaturze postulaty, aby przystąpiła do tej konwencji²¹, której stronami są 143 państwa²².

Biorąc to pod uwagę, należy wskazać, że ramy prawne dla arbitrażu inwestycyjnego w zakresie stosunków polsko-ukraińskich wyznacza, po pierwsze, BIT z roku 1993 oraz ECT. W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymaga relacja, w jakiej pozostają powyższe instrumenty prawne. ECT można określić jako akt prawny noszący cechy instrumentu z zakresu regulacji sektorowej, który w sposób wyczerpujący odnosi się do wszelkich inwestycji związanych z działalnością gospodarczą w sektorze energii, podczas gdy BIT ma ogólny charakter i jego zakres zastosowania nie ogranicza się do określonego sektora gospodarki, lecz ma on charakter uniwersalny. Obydwa akty są traktatami międzynarodowymi w rozumieniu Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów sporządzonej w Wiedniu 23 maja 1969 roku²³, a tym samym źródłami prawa międzynarodowego publicznego. Ze względu na węższy zakres przedmiotowy ECT, odnoszący się do inwestycji w sektorze energetycznym, należy przyjąć, że akt ten będzie stanowił *lex specialis* względem BIT-u łączącego Polskę i Ukrainę, który dotyczy ogółu inwestycji bez wskazywania określonego sektora gospodarki, do którego miałby mieć zastosowanie.

III

W odniesieniu do mechanizmu rozstrzygania sporów na gruncie BIT, łączącego Polskę i Ukrainę, wyjaśnienia wymagają terminy „inwestycja” i „inwestor”, które wskazują na zakres przedmiotowy i podmiotowy sporów, jakie mogą być rozstrzygane w arbitrażu inwestycyjnym przewidzianym na podstawie powyższej umowy. Zgodnie z definicją przyjętą w art. 1 pkt 2 BIT inwestycja oznacza mienie, a w szczególności:

- a) własność ruchomości i nieruchomości, jak również wszelkie inne prawa rzeczowe, takie jak hipoteka, kupieckie prawo zatrzymania, zastaw;
- b) akcje, udziały lub wszelkie inne rodzaje udziałów w spółce;

¹⁹ Strona internetowa Międzynarodowego Centrum Sporów Inwestycyjnych, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>.

²⁰ J. Chernykh, *Poufność czy jawność w arbitrażu inwestycyjnym — perspektywa Ukrainy*, „e-Przegląd Arbitrażowy” 2010, nr 3, s. 40.

²¹ K. Koziański, *Arbitraż inwestycyjny...*, s. 946.

²² Ł. Nowak, *ICSID — Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych*, „Biuletyn Arbitrażowy” 2006, nr 1, s. 28.

²³ Dz.U. 1990 r. Nr 74, poz. 439.

c) roszczenia pieniężne lub roszczenia do innych świadczeń mających wartość ekonomiczną;

d) prawa własności intelektualnej, takie jak prawa autorskie, patenty, wzory użytkowe, projekty i wzory przemysłowe, znaki towarowe, nazwy handlowe, tajemnice produkcyjne i handlowe, technologie produkcji, *know-how* i *goodwill*;

e) prawo do prowadzenia działalności gospodarczej, w tym koncesje na poszukiwanie, wydobywanie lub eksploatację zasobów naturalnych, jak również inne prawa nadane z mocy prawa, umowy lub decyzji właściwej władzy, wydanej zgodnie z ustawodawstwem państwa, na którego terytorium inwestycja została dokonana.

Natomiast inwestorem w rozumieniu art. 1 pkt 1 BIT jest w odniesieniu do każdej umawiającej się strony:

a) osoba fizyczna posiadająca obywatelstwo jednego z państw stron umowy;

b) osoby prawne, w szczególności spółki, korporacje, stowarzyszenia handlowe i inne organizacje, utworzone lub zorganizowane należycie w inny sposób, zgodnie z prawem państwa, na którego terytorium mają swoją siedzibę i prowadzą rzeczywistą działalność gospodarczą.

Mechanizm rozstrzygania sporów w zakresie prywatnoprawnych sporów inwestycyjnych, tj. pomiędzy inwestorem pochodzącym z jednej z umawiających się stron a państwem będącym drugą umawiającą się stroną, został uregulowany w art. 10 BIT. Zgodnie z ust. 1 powyższej umowy w pierwszej kolejności ewentualny spór dotyczący inwestycji będzie rozstrzygany w drodze konsultacji. Tym samym konsultacje stanowią pierwszy etap procedury rozstrzygania sporu inwestycyjnego, warunkujący możliwość podjęcia następnych kroków. Jeżeli bowiem konsultacje nie zakończą się rozstrzygnięciem w ciągu 6 miesięcy od złożenia pisemnego wniosku o ich przeprowadzenie, istnieją w dalszej kolejności dwa warianty postępowania w zależności od tego, jakich gwarancji przyznanych inwestorowi w umowie spór dotyczy. Jeżeli spór dotyczy art. 5 BIT, tj. swobody transferu płatności związanych z poczynionymi inwestycjami w państwie przyjmującym, lub art. 6 BIT, tj. zobowiązania do powstrzymania się przez stronę przyjmującą inwestora od wszelkich działań, które bezpośrednio lub pośrednio zmierzają do wywłaszczenia, nacjonalizacji lub innych działań o takim samym charakterze lub równoznacznym skutku w stosunku do inwestycji należącej do inwestora pochodzącego z drugiej umawiającej się strony, chyba że działania te zostały podjęte w interesie publicznym i nie mają charakteru dyskryminacyjnego, podjęte zostały zgodnie z właściwą procedurą prawną, a także za skutecznym i właściwym odszkodowaniem, to wówczas na podstawie art. 10 ust. 2 lit. a BIT zostanie on na żądanie inwestora przekazany do rozstrzygnięcia trybunałowi arbitrażowemu. Jeśli natomiast spór nie dotyczy kwestii wyżej wskazanych, wymienionych w art. 10 ust. 2 lit. a BIT, to wówczas zostanie on przekazany do rozstrzygnięcia trybunałowi arbitrażowemu za zgodą obu stron. Wobec tego, w sytuacji, gdy spór dotyczy zobowiązań państwa przyjmującego z art. 5 i art. 6 BIT, do wszczęcia postępowania przed trybunałem arbitrażowym wystarczające jest jedynie żądanie inwestora, które będzie inicjowało postępowanie. Tym samym żądanie inwestora wraz ze zgodą na podda-

nie się przez państwo przyjmujące arbitrażowi, wyrażoną *a priori* przez związanie się umową międzynarodową, konstytuuje swoistego rodzaju klauzulę arbitrażową²⁴. Inaczej będzie w przypadku sporów nie dotyczących zobowiązań z art. 5 i art. 6 BIT; w tym przypadku dopiero zgoda obu stron będzie powodowała, że spór może być rozstrzygnięty w drodze postępowania arbitrażowego, tym samym zgoda obu stron będzie konstytuowała klauzulę arbitrażową, na podstawie której, a także postanowień BIT, będzie toczyło się postępowanie arbitrażowe.

Zgodnie z art. 10 ust. 3 BIT spór inwestycyjny będzie rozstrzygany przez trybunał arbitrażowy *ad hoc*, powołany do rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy. Niemniej jednak strony mogą od powyższej reguły odstąpić i wskazać jako właściwy stały sąd arbitrażowy. Szczególna regulacja została przewidziana w ust. 8 powyższego artykułu, który przewiduje, że w przypadku, gdy państwo przyjmujące, a także państwo, którego inwestor pochodzi, staną się stronami ICSID, wówczas spory inwestycyjne będą rozstrzygane przez Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, jednak z zachowaniem regulacji art. 10 ust. 2 BIT, co oznacza, że spory wynikłe z naruszenia zobowiązań wskazanych w art. 5 i 6 BIT będą oddane pod rozstrzygnięcie arbitrażu na żądanie inwestora, natomiast w przypadku pozostałych zobowiązań za zgodą obu stron.

W treści BIT przewidziano trzyosobowy skład trybunału *ad hoc* oraz sposób powoływania arbitrów. Przewiduje on, że każda ze stron nominuje arbitra, którzy następnie wyznaczają arbitra przewodniczącego, będącego obywatelem państwa trzeciego. Termin wyznaczenia arbitrów został określony na dwa miesiące od dnia wystąpienia z żądaniem przeprowadzenia arbitrażu, natomiast przewodniczący zostanie nominowany w ciągu dwóch miesięcy od wyznaczenia arbitrów. W przypadku, gdy wskazane terminy nie zostaną dochowane, a strony nie ustaliły inaczej, każda z nich może wystąpić do Przewodniczącego Sądu Arbitrażowego przy Międzynarodowej Izbie Handlowej w Paryżu o dokonanie tzw. nominacji zastępczej²⁵. Szczególna regulacja została przewidziana w sytuacji, gdy przewodniczący mający dokonać nominacji zastępczej nie może wykonywać swoich funkcji lub też jest obywatelem jednego z państw stron BIT. Stosuje się wówczas odpowiednio przepis art. 9 ust. 5 BIT w zw. z art. 10 ust. 5 *in fine* BIT, zgodnie z którym nominacji dokona wiceprzewodniczący sądu arbitrażowego, chyba że zachodzą w odniesieniu do jego osoby te same przeszkody co do przewodniczącego, wówczas nominacji dokona najstarszy rangą sędzia sądu, który nie jest obywatelem jednego z państw stron BIT.

W zakresie postępowania przed trybunałem przyjęto, że o ile strony nie ustaliły inaczej, toczy się ono w sposób ustalony przez trybunał. W powyższym kontekście warto wskazać na Regulamin Arbitrażowy Komisji ONZ do spraw Międzynarodowego Prawa Handlowego przyjęty 15 grudnia 1976 roku (UNCITRAL)²⁶, który

²⁴ Zob. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2007, s. 5.

²⁵ Zob. więcej A. Szumański, *Arbitrzy i zespół orzekający*, [w:] *Arbitraż handlowy...*, s. 428.

²⁶ Tekst przyjęty podczas 31. sesji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych w drodze rezolucji A/RES/31/98.

jest często wybierany w przypadku arbitraży *ad hoc*²⁷. Regulamin ten, aby spełniać oczekiwania międzynarodowego obrotu prawnego, został zmieniony 15 sierpnia 2010 roku²⁸.

Orzeczenia wydane przez trybunał arbitrażowy są ostateczne i wykonalne, jak bowiem wskazano, każda z umawiających się stron zapewni uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych. W kontekście powyższego rodzi się pytanie, czy do uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego będą miały zastosowanie instrumenty prawne z zakresu uznawania i wykonania orzeczeń arbitrażowych w sprawach handlowych, tj. Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku 10 czerwca 1958 roku²⁹, a także przepisy art. 1212–1217 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku — Kodeks postępowania cywilnego³⁰. Zgodnie z poglądem zaprezentowanym w literaturze, istnienie w BIT postanowienia, zgodnie z którym państwa strony zapewnią uznanie i wykonanie orzeczeń arbitrażowych nie oznacza, że zasadą jest jakiś szczególny tryb wykonywania takich orzeczeń³¹. Wobec powyższego należy dojść do przekonania, że uznanie i stwierdzenie wykonalności wyroku sądu arbitrażowego wydanego w sporze inwestycyjnym prowadzonym na podstawie BIT będzie odbywało się w oparciu o te same regulacje prawne, jakie mają zastosowanie w międzynarodowym arbitrażu handlowym³². Jednakże rodzi się problem ze stosowaniem Konwencji nowojorskiej do orzeczeń wydanych w arbitrażu inwestycyjnym w związku ze złożeniem przez Polskę zastrzeżenia do tej konwencji, zgodnie z którym będzie ona stosowana jedynie do sporów z zakresu stosunków handlowych³³. Jak się wskazuje, arbitraż inwestycyjny pomiędzy inwestorem z umawiającego się państwa a drugą umawiającą się stroną zalicza się do arbitrażu prywatnoprawnego³⁴. Czy jednak arbitraż inwestycyjny rozstrzyga spory wynikające z zakresu stosunków handlowych w rozumieniu prawa polskiego? Wydaje się, że na powyższe pytanie należy udzielić przeczącej odpowiedzi, jednakże szczegółowa analiza powyższej kwestii przekraczałaby ramy niniejszego opracowania.

²⁷ Zob. A.J. Bělohlávek, *Ochrona bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej*, Gliwice 2010, s. 81.

²⁸ Zob. strona internetowa UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html; Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych na 57. sesji plenarnej 6 grudnia 2010 r. w drodze rezolucji A/65/465 rekomendowało stosowanie regulaminu UNCITRAL w zmienionym brzmieniu.

²⁹ Dz.U. z 1962 r. Nr 9, poz. 42 — dalej zwana „Konwencją nowojorską”.

³⁰ Dz.U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

³¹ M. Łaszczyk, J. Szpara, *Postępowanie postarbitrażowe*, [w:] *Arbitraż handlowy...*, s. 716.

³² W powyższym kontekście należy zaznaczyć, że zarówno Polska, jak i Ukraina są stronami Konwencji nowojorskiej. W odniesieniu do Polski weszła ona w życie 1 stycznia 1962 r., natomiast w odniesieniu do Ukrainy 8 stycznia 1961 r. — status konwencji na stronie internetowej UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

³³ A. Torbus, *Wybrane zagadnienia stosowania Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych*, „ADR Mediacja i Arbitraż” 2008, nr 4, s. 200.

³⁴ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sąd polubowny (arbitrażowy)...*, s. 4 i n.

Na marginesie należy zaznaczyć, że kompetencja sądu arbitrażowego zgodnie z postanowieniami BIT obejmuje również ewentualne orzeczenie o kosztach postępowania arbitrażowego, jednakże, co do zasady, każda ze stron ponosi koszty wskazanego przez siebie arbitra i koszty własnego udziału w postępowaniu, natomiast koszty przewodniczącego i pozostałe koszty ponoszą strony w równych częściach.

IV

Mechanizmowi rozstrzygania sporów inwestycyjnych została poświęcona część V ECT. Kwestie związane z rozstrzyganiem sporów między inwestorem pochodzącym z umawiającej się strony a drugim umawiającym się państwem stanowią przedmiot regulacji art. 26 ECT. Przewidziany w powyższym przepisie mechanizm ma zastosowanie do sporów powstałych w związku z naruszeniem zobowiązania powstałego na podstawie części III ECT, dotyczącej promocji i ochrony inwestycji. Definicja „inwestycji” na gruncie ECT, jak się wskazuje w literaturze, charakteryzuje się tym, że posługuje się szerokim ujęciem inwestycji, które obejmują prawa majątkowe wszelkiego rodzaju³⁵. Zgodnie z art. 6 (1) ECT termin „inwestycja” oznacza każdy rodzaj aktywów stanowiących własność lub kontrolowanych bezpośrednio bądź pośrednio przez inwestora i obejmuje:

(a) majątek materialny i niematerialny, ruchomości i nieruchomości, wszelkie prawa rzeczowe, takie jak dzierżawy, hipoteki, zastawy lub zabezpieczenia;

(b) spółkę albo przedsiębiorstwo lub udziały, akcje bądź inne formy wkładu w kapitał zakładowy spółki lub przedsiębiorstwa, obligacje oraz inne zadłużenie spółki bądź przedsiębiorstwa;

(c) roszczenia pieniężne oraz roszczenia o wykonanie świadczenia zgodnie z kontraktem, posiadające wartość ekonomiczną i związane z inwestycją;

(d) własność intelektualną;

(e) przychody;

(f) wszelkie uprawnienia przyznane z mocy prawa albo umowy lub z mocy jakichkolwiek licencji czy pozwoleń udzielonych zgodnie z prawem w celu podejmowania działalności gospodarczej w sektorze energii.

W istocie mechanizm rozstrzygania sporów na gruncie ECT ma dwustopniowy charakter³⁶. W pierwszej kolejności, jak stanowi art. 26 (1) ECT:

spory między jedną z Umawiających się Stron a inwestorem z innej Umawiającej się Strony, odnoszące się do inwestycji tego inwestora na obszarze tej pierwszej Umawiającej się Strony, a dotyczące rzekomego naruszenia przez tę pierwszą stronę jakiegokolwiek zobowiązania powstałego na podstawie części III niniejszego Traktatu, powinny być, w miarę możliwości, rozstrzygane polubownie.

³⁵ A.J. Bělohávek, *Ochrona bezpośrednich inwestycji zagranicznych...*, s. 181.

³⁶ H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny...*, s. 972.

Jak się wskazuje, chodzi o postępowanie o charakterze niezinstytucjonalizowanym, prowadzonym przez same strony, które ma doprowadzić do ugodowego rozstrzygnięcia sporu (*amicably settled*)³⁷. Jednakże, gdy spór taki nie będzie mógł zostać rozstrzygnięty polubownie w okresie trzech miesięcy od dnia, kiedy jedna ze stron sporu wniosła o jego polubowne rozstrzygnięcie, wówczas inwestor może zdecydować się na przedstawienie sporu:

(a) do sądów lub trybunałów administracyjnych Umawiającej się Strony, będącej stroną sporu, lub

(b) zgodnie z jakąkolwiek mającą zastosowanie, wcześniej uzgodnioną procedurą rozstrzygania sporów.

Ponadto inwestor może zgodnie z dalszymi ustępami art. 26 ECT oddać spór pod rozstrzygnięcie arbitrażowi międzynarodowemu. Co jest następstwem wyrażenia zgody przez umawiające się strony na przedłożenie sporu do arbitrażu międzynarodowego lub też postępowania pojednawczego, zgodnie z treścią wyżej wskazanego przepisu. Jednakże podmioty wskazane w załączniku 6 ID do ECT (m.in. Polska)³⁸ nie wyraziły bezwarunkowej zgody na przedłożenie sporu pod rozstrzygnięcie w arbitrażu w sytuacji, gdy jest już rozstrzygany i został przedstawiony sądowi lub trybunałom administracyjnym Umawiającej się Strony, będącej stroną sporu, lub też zgodnie z jakąkolwiek mającą zastosowanie wcześniej uzgodnioną procedurą rozstrzygania sporów. Powyższą regulację należy ocenić ze wszech miar pozytywnie, pozwala ona bowiem na uniknięcie paralelnych konfliktów jurysdykcyjnych³⁹. Ponadto zgodnie z art. 26 (3) (c) strony ECT wymienione w załączniku IA⁴⁰ również nie udzielają bezwarunkowej zgody na poddanie sporu wynikłego w odniesieniu do art. 10 (1) *in fine*⁴¹. W istocie przepis ten zawiera klauzulę parasolową (*umbrella clause*), w odniesieniu do której państwa wskazane w załączniku skorzystały z mechanizmu *opt-out* i wyłączyły jej zastosowanie⁴². W przypadku, gdy inwestor decyduje się na rozstrzygnięcie sporu w drodze arbitrażu międzynarodowego, ma on do wyboru trzy fora, na których spór może być rozstrzygany. Po pierwsze, Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, ustanowione na pod-

³⁷ Zob. *ibidem*.

³⁸ Lista stron z załącznika 6 ID: Australia, Azerbejdżan, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Republika Czeska, Federacja Rosyjska, Finlandia, Grecja, Hiszpania, Irlandia, Japonia, Kanada, Kazachstan, Norwegia, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Stany Zjednoczone Ameryki, Szwecja, Węgry, Włochy, Unia Europejska (dawna WE).

³⁹ Zob. więcej S. Sołtysiński, *Transgraniczne konflikty jurysdykcyjne ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy...*, s. 198.

⁴⁰ Lista stron z załącznika 7 IA, które skorzystały z mechanizmu *opt-out* w odniesieniu do *umbrella clause*: Australia, Kanada, Norwegia, Węgry.

⁴¹ Ostatnie zdanie powyższego przepisu brzmi: „Każdą Umawiającą się Stroną będzie przestrzegać zobowiązań, jakie przyjęła na siebie w odniesieniu do inwestora lub inwestycji inwestora z dowolnej innej Umawiającej się Strony”.

⁴² M.D. Slater, *The Energy Charter Treaty: a brief introduction to its scope and initial arbitral awards*, [w:] *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector*, Association for International Arbitration, 2009, s. 30.

stawie konwencji ICSID, jeśli umawiająca się strona, z której pochodzi inwestor, oraz umawiająca się strona, będąca stroną sporu, są stronami konwencji ICSID. Ponadto możliwe jest poddanie sporu do rozstrzygnięcia arbitrażowi prowadzonemu przez powyższe centrum w przypadku, gdy jedna z umawiających się stron ECT lub państwo pochodzenia inwestora nie jest stroną ICSID. Wówczas spór można poddać pod rozstrzygnięcie Międzynarodowemu Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych na podstawie dodatkowych ułatwień dla administrowania postanowieniami wydanych przez to centrum⁴³. Po drugie, spór może zostać oddany do rozstrzygnięcia arbitrowi lub trybunałowi arbitrażowemu powołanemu *ad hoc* do rozstrzygnięcia sporu zgodnie z regulaminem arbitrażowym UNCITRAL z roku 1976. I po trzecie, inwestor może przedłożyć spór pod rozstrzygnięcie do postępowania arbitrażowego przy Instytucie Arbitrażu Izby Handlowej w Sztokholmie⁴⁴. Inwestor, decydując się na przedstawienie sporu do rozstrzygnięcia w arbitrażu inwestycyjnym na podstawie art. 26 ECT, musi dostarczyć pisemną zgodę na przedstawienie sporu do rozstrzygnięcia jednemu z wyżej wskazanych trybunałów arbitrażowych. Tym samym swoistego rodzaju umowę arbitrażową stanowi bezwarunkowa zgoda umawiającego się państwa wyrażona przez związanie się ECT oraz zgoda inwestora wyrażona na piśmie. Co więcej, jak stanowi art. 26 (5), powyższa zgoda państwa wraz ze zgodą pisemną przedłożoną przez inwestora spełnia wymogi co do pisemnej zgody w rozumieniu rozdziału II konwencji ICSID i w rozumieniu przepisów dodatkowych ułatwień, ale także co do „umowy pisemnej” w rozumieniu artykułu II Konwencji nowojorskiej i wreszcie tego, co „strony kontraktu uzgodniły pisemnie” w rozumieniu artykułu 1 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL. Niezwykle istotne postanowienie z punktu widzenia uznania i stwierdzenia wykonalności wyroku trybunału arbitrażowego zawiera art. 26 (5) (b) ECT. Zgodnie z tym przepisem: „wszelkie postępowanie arbitrażowe na podstawie niniejszego artykułu, na wniosek którejkolwiek ze stron sporu, odbędzie się w państwie będącym stroną Konwencji nowojorskiej. Roszczenia przedłożone arbitrażowi na podstawie niniejszego postanowienia będą w rozumieniu artykułu 1 tej Konwencji uważane za wynikające ze stosunku handlowego lub z transakcji”. Tym samym na wniosek którejkolwiek ze stron arbitraż odbędzie się w państwie stronie Konwencji nowojorskiej, a co za tym idzie, jak i ze względu na brzmienie powyższego przepisu, orzeczenie arbitrażowe wydane w ramach takiego postępowania będzie podlegało przyjętemu w ramach Konwencji nowojorskiej systemowi uznawania i stwierdzenia wykonalności.

⁴³ Zob. tekst przepisów dodatkowych ułatwień administrowania dostępny na stronie internetowej Międzynarodowego Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.js>.

⁴⁴ Zgodnie ze statystykami przedstawionymi na stronie internetowej Instytutu Arbitrażu Izby Handlowej w Sztokholmie, w latach 2001–2009 instytucja ta rozstrzygała pięć sporów inwestycyjnych dotyczących ECT, zob. <http://www.sccinstitute.com/hem-3/statistik-2.aspx>.

Podstawy orzekania trybunału arbitrażowego zostały wyraźnie wskazane w art. 26 (6) ECT, a są nimi postanowienia ECT oraz stosowane zwyczaje i zasady prawa międzynarodowego. Podkreślenia wymaga, że stosowanie, jako prawa właściwego, prawa międzynarodowego obejmuje nie tylko prawo traktatowe, ale także w szerokim zakresie normy prawa zwyczajowego⁴⁵. Ponadto orzeczenia arbitrażowe, które mogą obejmować orzeczenia o wypłacie odsetek, są ostateczne i wiążące dla stron sporu. W ECT określono ponadto, że strona państwowa prowadząca spór w związku z zastosowaniem środka przez rząd lokalny lub władze lokalne tego umawiającego się państwa, może wypłacić odszkodowanie pieniężne zamiast i niezależnie od innego sposobu naprawienia szkody wyznaczonego przez trybunał arbitrażowy. Orzeczenie takie będzie wykonywane bezzwłocznie przez każdą z umawiających się stron, która również zapewni skuteczne egzekwowanie takich orzeczeń na swoim obszarze.

V

Podsumowując, w zakresie arbitrażu inwestycyjnego Polskę i Ukrainę łączą dwa wyżej przedstawione instrumenty prawne z zakresu prawa międzynarodowego, stanowiące ramy prawne rozstrzygania sporów inwestycyjnych. Pierwszy z tych instrumentów ma charakter ogólny, znajduje zastosowanie do wszystkich sporów inwestycyjnych powstałych w związku z inwestycjami w rozumieniu BIT. Natomiast arbitraż prowadzony w oparciu o ECT ma zawężony zakres przedmiotowy jedynie do sporów inwestycyjnych powstałych w zakresie sektora energetycznego. Istniejące ramy prawne pozwalają inwestorom zarówno z Polski, jak i Ukrainy na skuteczne dochodzenie roszczeń wynikających ze zobowiązań i z gwarancji przyjętych przez umawiające się państwa w zakresie ochrony i popierania zagranicznych inwestycji. Bez wątpienia regulacje te przyczyniają się do stwarzania korzystnego klimatu inwestycyjnego pomiędzy dwoma państwami, które zarówno ze względu na swe położenie, jak i łączące je więzy gospodarcze mają szansę na zacieśnienie współpracy w zakresie zwiększenia przepływu zagranicznych inwestycji. Obecnie inwestycje napływające z Polski do Ukrainy dokonywane są w głównej mierze w sektorze finansowym⁴⁶. Natomiast inwestycje ukraińskie w Polsce koncentrują się przede wszystkim na przemyśle hutniczym oraz stoczniowym⁴⁷. Istnienie ram prawnych w zakresie arbitrażu inwestycyjnego bez wątpienia może stanowić zachętę do dalszego rozwoju współpracy w zakresie inwestycji, również w innych sektorach gospodarki.

⁴⁵ K. Michałowska, *Rozstrzyganie sporów inwestycyjnych — prawo właściwe*, „e-Przegląd Arbitrażowy” 2010, nr 3, s. 33.

⁴⁶ *Informator ekonomiczny o krajach świata, Ukraina*, s. 2 — opracowanie na stronach internetowych Ministerstwa Spraw Zagranicznych RP, <http://www.msz.gov.pl/files/Informator%20ekonomiczny%20-%20pdf/Ukraina/Ukraina%2004.pd>.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 3.

Пьотр Родзєвіч*

Вроцлавський університет

p.rodziewicz@prawo.uni.wroc.pl

Інвестиційний арбітраж у польсько-українських відносинах

I

Упродовж останніх сорока років проблематика захисту й заохочення іноземних інвестицій була одним із ключових завдань у сфері економічної співпраці між країнами¹. У результаті зазначеного вище було укладено понад 2500 двосторонніх договорів про захист й заохочення іноземних інвестицій (*BIT — bilateral investment treaties*)². Крім двосторонніх договорів, питання захисту й заохочення іноземних інвестицій є предметом багатосторонніх договорів (*MIT — multilateral investment treaties*), таких як Вашингтонська конвенція від 18 березня 1965 р. про вирішення інвестиційних спорів між державами та громадянами інших країн (*ICSID — Convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states*)³, Сеульська конвенція від 11 жовтня 1985 р. про встановлення багатостороннього агентства з інвести-

* Аспірант є стипендистом у рамках проекту „Розвиток потенціалу та освітньої пропозиції Вроцлавського університету як можливість підвищення конкурентоспроможності Університету”, співфінансованого з коштів Європейського Союзу в рамках Європейського соціального фонду в рамках Операційної Програми розвитку Людського Капіталу.

¹ F. Ortino, *The social dimension of international investment agreements: drafting a new BIT/MIT model?*, OECD Global Forum on International Investment — <http://www.oecd.org/dataoecd/45/51/40311350.pdf>.

² Див. Е. Zagórska-Prątnicka, *Dwustronne umowy o wzajemnej ochronie inwestycji — Bilateral Investment Treaties (BITs)*, Biuletyn Arbitrażowy, 2009, № 9, с. 55.

³ Див. більше на інтернет-сторінці Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів у Вашингтоні — <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

ційних гарантій⁴, Енергетична хартія, підписана в Ліссабоні 17 грудня 1994 р. (ECT — *The Energy Charter Treaty*)⁵ та Договір про Північноамериканську зону вільної торгівлі, підписаний 7 жовтня 1992 р. (НАФТА (NAFTA — *North American Free Trade Agreement*)), сторонами якої є три держави⁶.

Іноземні інвестиції мають вагоме значення в економіці держав, які характеризуються швидким темпом розвитку, а відтак серед них економіки країн Центральної та Східної Європи⁷. Однак отримання інвестицій несе в собі ризик, більший у випадку іноземних інвестицій, аніж внутрішньодержавних, зважаючи на відмінну правову систему, що зобов'язує в державі, яка отримує інвестиції, а також зважаючи на небезпеку, що держава, яка отримує, вживатиме заходів, які порушуватимуть права інвестора. Свого роду інструментом реакції на небезпеку такого типу, як і водночас інструментом гарантування прав інвестора серед іншого є інвестиційний арбітраж, як засіб, що слугує захистові іноземного інвестора. Згода на застосування міжнародного арбітражу в сфері інвестиційних спорів, яку виражає держава в міжнародному договорі, може бути визнана сприятливим елементом у позаправній площині для держави, що приймає закордонного інвестора, будучи елементом доброго „інвестиційного клімату” та спричиняючи приплив капіталу до цієї держави⁸. Відповідно до загальної дефініції, міжнародний інвестиційний арбітраж треба розуміти як арбітраж, що врегульовує спори, пов'язані з міжнародними інвестиціями⁹. Правове підґрунтя для врегулювання спорів із застосуванням цього методу становлять відповідні норми названих вище міжнародних договорів.

Інтенсивність надходження іноземних інвестицій між окремими державами є, без сумніву, диференційованою. Відтак вірогідність застосування можливої охорони інвестора внаслідок відкриття арбітражного провадження також є диференційованим. У цій розвідці предмет розгляду обмежено до питань регулювання у сфері інвестиційного арбітражу в польсько-українських відносинах, зважаючи на те, що обидві ці країни поєднують тісні економічні зв'язки. Відповідно до інформації Відділу промоції та інвестицій Посольства Польської Республіки в Києві за 2010 рік, Польща займає 12 місце за

⁴ Вісник законів 2003 р. № 43, позиція 372.

⁵ Вісник законів 2003 р. № 105, позиція 985.

⁶ Див. більше на інтернет-сторінці Секретаріату НАФТИ — <http://www.nafta-sec-alena.org/>.

⁷ I. Szász, *Treaty Arbitration for the Protection of Foreign Investments*, [в:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, ред. А. Tynel, А. Szumański, S. Pieckowski, P. Nowaczyk, J. Poczubut, 2008, с. 213.

⁸ K. Michałowska, *Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny*, Е — *Przegląd Arbitrażowy*, 2010, № 1, с. 45.

⁹ H. Koziański, *Arbitraż inwestycyjny*, [в:] *Arbitraż handlowy, System Prawa Handlowego*, т. 8, ред. А. Szumański, Warszawa 2010, с. 895.

рівнем іноземних інвестицій в Україні — 935,8 млн. доларів США¹⁰. Натомість інвестиції українських суб'єктів у Польщі є набагато меншими, і, за даними Національного інституту статистики України, упродовж 9 місяців 2010 р. українські підприємства заінвестували в Польщі 49,7 млн. доларів США¹¹. У контексті польсько-українських економічних відносин варто також пам'ятати про спільні починання, які реалізують Польща та Україна, насамперед організація фінального турніру чемпіонату Європи з футболу в 2012 році¹². Організація заходу такого рівня включає в себе залучення ряду інвестицій, в рамках яких неунікненною видається можливість виникнення спорів¹³. Зважаючи на сказане вище, аналіз регулювання у сфері інвестиційного арбітражу в польсько-українських відносинах може бути не лише цікавою теоретичною проблемою, а й також корисним питанням із практичної точки зору. Тому зазначена вище проблематика є предметом цього дослідження, однак із таким застереженням, що стосуватиметься вона лише арбітражу приватноправового в системі суб'єктів: іноземний інвестор — приймаюча країна¹⁴.

II

У сфері охорони та підтримки іноземних інвестицій Польщу та Україну поєднує двосторонній договір про взаємну підтримку та охорону інвестицій, укладений у Києві 12 січня 1993 р.¹⁵ Крім того Польща, як і Україна, є сторонами Договору енергетичної хартії¹⁶, який стосовно Польщі вступив у дію 23 липня 2001 р.¹⁷, а стосовно України — 27 січня 1999 р.¹⁸ Україна

¹⁰ Інформацію подано на інтернет-сторінці Відділу промоції інвестицій та торгівлі Посольства Польщі в Києві - http://kiev.trade.gov.pl/pl/ukraine/article/detail,420,Polsko-ukrainska_wspolpraca_inwestycyjna.html.

¹¹ Дані подано за інформацією, розміщеною на інтернет-сторінці Посольства України в Польщі — <http://www.mfa.gov.ua/poland/pl/31276.htm>.

¹² Серед доречних моментів у цих роздумах варто зазначити, що у зв'язку з тим, що Польща й Україна організують фінальний турнір чемпіонату Європи з футболу в 2012 році, 19 червня 2007 року арбітражний суд при Польській економічній палаті у Варшаві підписав угоду про співпрацю з Міжнародним арбітражним судом при Торгово-промисловій палаті в Києві — див. більше: T. Wardyński, *Euro 2012 — new aspect of Polish — Ukrainian cooperation*, *Biuletyn Arbitrażowy*, 2008, № 5, с. 22–23.

¹³ T. Wardyński, *Euro 2012 — new aspect of Polish — Ukrainian cooperation*, *Biuletyn Arbitrażowy*, 2008, № 5, с. 22.

¹⁴ Див. H. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny...*, с. 902.

¹⁵ Вісник законів 1993 р. № 125, позиція 575 і 576.

¹⁶ Далі в цій роботі використано скорочення ДЕХ (ECT).

¹⁷ Інформацію подано на інтернет-сторінці Секретаріату Європейської енергетичної хартії — <http://www.encharter.org/index.php?id=417#c1344>.

¹⁸ Інформацію подано на інтернет-сторінці Секретаріату Європейської енергетичної хартії — <http://www.encharter.org/index.php?id=428#c1366>.

є стороною Вашингтонської конвенції, яка в стосунку до неї набрала чинності 7 липня 2000 р.¹⁹ Варто зазначити, що з 1998 року на цьому форумі проти України зареєстровано 10 справ²⁰. Польща — єдиний член Євросоюзу, що не є натомість стороною Вашингтонської конвенції. Через зазначене вище в літературі порушено вимоги, щоб Польща приєдналася до згаданої Конвенції²¹, сторонами якої є 143 держави²².

Зважаючи на сказане вище, варто зазначити, що правові рамки для інвестиційного арбітражу у сфері польсько-українських стосунків визначають насамперед — BIT (bilateral investment treaties) від 1993 р. та ДЕХ (ECT). Пояснення потребують перед усім співвідношення, у яких перебувають названі вище правові документи. ДЕХ (ECT) можна окреслити, як правову дію, що має риси документа зі сфери сектора регулювання, який вичерпно стосується будь-яких інвестицій, пов'язаних із господарською діяльністю в енергетичному секторі, тоді як BIT має загальний характер і його сфера застосування не обмежується певним сектором економіки, він має універсальний характер. Обидва згадані документи є міжнародними договорами відповідно до Віденської конвенції про право договорів, укладеній у Відні 23 травня 1969 р.²³, а відтак джерелами міжнародного публічного права. Зважаючи на вужчу сферу дії ДЕХ (ECT), що стосується інвестицій в енергетичному секторі, варто прийняти, що цей документ буде становити *lex specialis* стосовно BITу, який поєднує Польщу й Україну, і який стосується інвестицій загалом, без вказування відповідного сектора економіки, в якому він мав би застосовуватись.

III

Відповідно до механізму врегулювання спорів на ґрунті BITу (*BIT — bilateral investment treaties*), який є спільним для Польщі й України, потребують пояснення поняття „інвестиція” та „інвестор”, що вказують на обсяг предмета та суб'єкта спорів, які можуть урегулюватися в інвестиційному арбітражі, передбачених вказаною вище угодою. Відповідно до дефініції, прийнятої в другому пункті статті першої BIT, інвестиція включає в себе майно, а саме:

¹⁹ Інтернет-сторінка Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів — <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>.

²⁰ J. Chernykh, *Poufność czy jawność w arbitrażu inwestycyjnym — perspektywa Ukrainy*, E – Przegląd Arbitrażowy, 2010, № 3, с. 40.

²¹ K. Koziański, *Arbitraż inwestycyjny...*, с. 946.

²² Ł. Nowak, *ICSID — Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych*, Biuletyn Arbitrażowy, 2006, № 1, с. 28.

²³ Вісник законів 1990 р., № 74, позиція 439.

а) рухоме та нерухоме майно, а також усі інші права власності, такі як іпотека, право притримання, застава;

б) акції, частка чи будь-які інші види часток у товаристві;

в) грошові претензії чи претензії до інших плат, які мають економічну вартість;

г) права інтелектуальної власності, такі як авторські права, патенти, корисні моделі, проекти та промислові зразки, товарні знаки, торговельні назви, таємниці виробництва та комерційні таємниці, технологія виробництва, „know-how” та „goodwill”;

г) право на здійснення економічної діяльності, включаючи концесії на розвідку, видобуток і експлуатацію природних ресурсів, а також інші права, надані законом, договором або рішенням компетентного органу, виданого відповідно до законів держави, на території якої було зроблено інвестиції.

У той час інвестором відповідно до першого пункту статті першої ВІТ є кожна з договірних сторін:

а) фізична особа, яка має громадянство однієї з країн сторін угоди;

б) юридична особа, насамперед товариства, корпорації, торговельні товариства та інші організації, належно утворені чи організовані іншим чином, відповідно до права країни, на території якої мають своє місцезнаходження та здійснюють реальну економічну діяльність.

Механізм урегулювання спорів у сфері приватноправних інвестиційних спорів, тобто між інвестором, який представляє одну з договірних сторін, та державою, що є другою договірною стороною, врегульовано в статті ВІТ. Відповідно до частини 1 цієї угоди, можливий спір, який стосується інвестицій, буде розв'язано шляхом консультацій. Отже, консультації є першим етапом процедури врегулювання інвестиційного спору, що зумовлює можливість здійснення подальших кроків. Якщо ж упродовж 6 місяців від дати подання письмової заяви про проведення консультацій вони не закінчатся врегулюванням, є два варіанти подальших дій залежно від того, яких гарантій, наданих інвесторові в договорі, цей спір стосується. Якщо спір стосується п'ятої статті ВІТ, тобто свободи трансферу платежів, пов'язаних із вкладеними інвестиціями в приймаючій країні, або шостої статті, тобто зобов'язань щодо утримання сторони, що приймає інвестора, від будь-яких дій, які безпосередньо чи опосередковано прагнуть до експропріації, націоналізації чи інших дій такого ж характеру чи еквівалентних за наслідками, стосовно інвестицій, що належать інвесторові іншої договірної сторони, якщо ж ці дії було вчинено в інтересах суспільства і вони не мають дискримінаційного характеру, їх було зроблено відповідно до належної правової процедури, а також для ефективної та адекватної компенсації, то на підставі частини 2 (позначеної літерою а)) статті десятої ВІТ на вимогу інвестора його буде передано для врегулювання в арбітражний суд. Якщо ж спір не стосується переліченого вище в частині 2 (позначеній літерою а)) статті десятої ВІТ, то його буде передано для врегулювання в арбітражний суд за згодою обох сторін. Таким чином, у ситуації,

коли спір стосується зобов'язань приймаючої країни, відповідно до статті 5 і статті 6 ВІТ для порушення справи в арбітражному суді достатньо лише вимоги інвестора, яка ініціюватиме розгляд. Таким чином, у тому випадку вимога інвестора разом зі згодою на проведення арбітражу з боку приймаючої держави, висловлена апріорі шляхом укладення міжнародної угоди, є свого роду арбітражним застереженням²⁴. По-іншому буде у випадку спорів, які не стосуються зобов'язань зі статті 5 та статті 6 ВІТ, стосовно яких лише згода обидвох сторін призведе до того, що спір можна буде врегулювати шляхом арбітражного провадження, тим самим згода обох сторін буде потрактована свого роду арбітражним застереженням, на підставі якого, як і на основі положень ВІТу, здійснюватиметься арбітражна процедура.

Відповідно до абзацу 3 статті 10 ВІТ інвестиційний спір буде врегулювати арбітражний суд *ad hoc*, призначений для врегулювання конкретної справи. Тим не менше, сторони можуть відступити від цього правила і вказати, як відповідний, постійний арбітражний суд. Спеціальне регулювання, обумовлене в абзаці 8 згаданої вище статті, який передбачає, що у випадку, коли приймаюча держава, як і держава, з якої походить інвестор, стають сторонами Конвенції ICSID (*Convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states*), тоді інвестиційні спори врегульовуватиме Центр урегулювання інвестиційних спорів, однак зі збереженням регулювання абзацу 2 статті 10 ВІТ, який означає, що спори, які виникли внаслідок порушення зобов'язань, вказаних у статті 5 та статті 6 ВІТ, будуть подані для розгляду арбітражем на вимогу інвестора, тоді як у випадку інших зобов'язань — за згодою обидвох сторін.

У змісті ВІТу передбачено для суду *ad hoc* склад із трьох осіб та спосіб формування складу арбітражного суду. Він передбачає, що кожна зі сторін називає суддю, який у подальшому визначає суддю, який головуватиме, та буде громадянином третьої держави. Передбачено термін визначення суддів — два місяці від дня подання вимоги про здійснення арбітражу, натомість голову буде названо впродовж двох місяців від часу визначення суддів. У випадку, коли вказаних вище термінів не буде дотримано, а сторони не домовились по-іншому, кожна з них може звернутися до Президента Арбітражного суду Міжнародної торгової палати в Парижі про те, щоб здійснити так зване призначення заміни²⁵. Спеціальне регулювання передбачене в ситуації, коли голова, який повинен здійснити призначення заміни, не може виконувати своїх функцій або ж є громадянином однієї з держав сторін ВІТу. Тоді відповідно застосовують положення частини 5 статті 9 ВІТу, згідно з яким призначення здійснює заступник голови суду, коли ж до його особи виникають ті самі за-

²⁴ Див.: Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2007, с. 5.

²⁵ Див. більше: A. Szumański, *Arbitrzy i zespół orzekający*, [В:] *Arbitraż handlowy, System Prawa Handlowego...*, с. 428.

стереження, що й до голови, тоді призначення здійснює найвищий за рангом суддя суду, який не є громадянином однієї з держав — сторін ВІТу.

У ході розгляду в суді прийнято, що коли сторони не домовилися по-іншому, то він відбувається в порядку, визначеному судом. У цьому контексті варто вказати на Арбітражний регламент Комісії Організації Об'єднаних Націй у справах міжнародної торгівлі, прийнятий 15 грудня 1976 р. (UNCITRAL)²⁶, який часто вибирають у випадку арбітражу *ad hoc*²⁷. Для того, щоб задовільняти потреби міжнародного торговельного права, цей регламент було змінено 15 серпня 2010 р.²⁸

Рішення, винесені арбітражним судом, є остаточними та неоскаржуваними, адже, як було зазначено, кожна з договірних сторін повинна забезпечити визнання і приведення до виконання арбітражних рішень. У зв'язку з цим виникає питання, чи до визнання та виконання арбітражного рішення будуть застосовані правові документи для визнання і виконання арбітражних рішень із комерційних питань, тобто Конвенція про визнання і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень, підписана в Нью-Йорку 10 червня 1958 р.²⁹, а також положення статей 1212–1217 закону від 17 листопада 1964 р. — Цивільний процесуальний кодекс³⁰. Відповідно до думок, поданих у літературі, існування у ВІТах положення, згідно з яким держави сторін забезпечать визнання та виконання арбітражних рішень, не означає, що правилом є якийсь конкретний спосіб виконання таких рішень³¹. Відповідно до сказаного вище можна прийти до висновку, що визнання і виконання рішення арбітражного суду, винесеного в інвестиційному спорі, проведеному на підставі ВІТу, відбуватиметься на основі тих самих правових норм, які застосовують у міжнародному комерційному арбітражі³². Однак виникає проблема у зв'язку зі застосуванням Нью-Йоркської конвенції до рішень, винесених в інвестиційному арбітражі, через те, що Польща подала застереження до

²⁶ Текст прийняла під час тридцять першої сесії Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй у своїй резолюції A/RES/31/98.

²⁷ Див. A.J. Bělohlávek, *Ochrana bezprostředních investic z zahraničných w Unii Europejskiej*, Gliwice 2010, с. 81.

²⁸ Див. Інтернет-сторінку UNCITRAL — http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html; Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй на своєму 57-му пленарному засіданні 6 грудня 2010 резолюцією A/65/465 рекомендувала використання Регламенту UNCITRAL з поправками.

²⁹ Вісник законів 1962 р., № 9, позиція 42 – далі в цій доповіді — «Нью-Йоркська конвенція».

³⁰ Вісник законів 1964 р. № 43, позиція 296 з подальшими змінами.

³¹ M. Łaszczuk, J. Szpara, *Postępowanie postarbitrażowe*, [в:] *Arbitraż handlowy, System Prawa Handlowego...*, с. 716.

³² В цьому контексті слід зазначити, що Польща, як і Україна, є стороною Нью-Йоркської конвенції. Стосовно Польщі вона вступила в силу 1 січня 1963 р., а стосовно України — 8 січня 1961 р. — статус Конвенції на інтернет-сторінці UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

згаданої конвенції, відповідно до яких її буде застосовано лише до спорів у торговельних відносинах³³. Як було визначено, інвестиційний арбітраж між інвестором однієї з договірних держав та іншою договірною стороною включено до приватно-правового арбітражу³⁴. Однак, чи інвестиційний арбітраж вирішує спори, що виникають у сфері торговельних відносин, відповідно до польського законодавства? Здається, що на це питання слід дати негативну відповідь, проте детальний аналіз цього питання виходить за рамки запропонованого дослідження.

Принагідно варто зазначити, що компетенція арбітражного суду відповідно до положень ВІТу охоплює також можливі рішення про витрати на арбітраж, у тім щодо засади, що кожна зі сторін несе витрати на суддю, якого вибрала, та витрати на власну участь у розгляді, тоді як витрати на голову суду та інші витрати сторони несуть у рівних частках.

IV

Механізмові вирішення спорів присвячено п'яту частину *Енергетичної хартії* (ECT (*The Energy Charter Treaty*)). Питання, пов'язані з врегулюванням спорів між інвестором, що походить із договірної сторони, та іншою договірною державою є предметом регулювання статті 26 ЕСТ. Механізм, передбачений у згаданому вище положенні, має застосування до спорів, що виникають у зв'язку з порушенням зобов'язань, що випливають з третьої частини ЕСТ, яка стосується заохочення та захисту інвестицій. Дефініція „інвестиції” на основі ЕСТ, як вказано в літературі, порівняно з усіма сучасними ВІТами, характеризується тим, що використовує широке визначення „інвестиції”, яке охоплює майнові права різного роду³⁵. Відповідно до статті 6 (1) ЕСТ „інвестиція” означає будь-який вид активів, що належать інвесторові, або які він прямо чи опосередковано контролює, та включає в себе:

- а) матеріальна та нематеріальна власність, рухоме та нерухоме майно, інші права власності, такі як оренда, іпотека, застава чи гарантія;
- б) товариство чи підприємство або частка, акції чи інші види вкладень в капітал товариства чи підприємства, облігації та інші борги компанії або підприємства;
- в) грошові претензії чи претензії про виконання зобов'язань за контрактом, які мають економічну вартість та пов'язані з інвестиціями;
- г) інтелектуальна власність;
- г) надходження;

³³ A. Torbus, *Wybrane zagadnienia stosowania Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych*, ADR Mediacja i Arbitraż, 2008, № 4, с. 200.

³⁴ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sąd polubowny (arbitrażowy)*..., с. 4 і н.

³⁵ A.J. Bělohlávek, *Ochrana bezpośrednich inwestycji zagranicznych*..., с. 181.

д) всі повноваження, надані законом або договором, або за ліцензією, чи дозволи, надані відповідно до закону, для проведення господарської діяльності в енергетичному секторі.

Насправді, механізм врегулювання спорів відповідно до ЕСТ має дво-ступеневий характер³⁶. По-перше, як йдеться у статті 26 (1) ЕСТ: „спори між однією з Договірних Сторін та інвестором з іншої Договірної сторони, що пов’язані з інвестиціями інвестора на території першої Договірної Сторони, які стосуються можливого порушення з боку першої сторони будь-якого зобов’язання, яке виникає відповідно до частини III цього Договору, повинні, в міру змоги, вирішуватись мирним шляхом”. Як вказано, йдеться про провадження неінституціоналізованого характеру, яке здійснюють самі сторони, що має привести до мирного врегулювання спору (*amicably settled*)³⁷. Однак, якщо такий спір не можна вирішити полюбовно впродовж 3 місяців від дня, коли одна зі сторін спору подала заяву про його мирне вирішення, тоді інвестор може вирішити передати спір:

а) до адміністративних судів чи трибуналів Договірної Сторони, яка є стороною спору, або

б) відповідно до будь-якої застосовної, попередньо узгодженої процедури врегулювання спорів.

Крім того, відповідно до подальших частин статті 26 ЕСТ, інвестор може повернути спір для врегулювання у міжнародний арбітраж. Що є наслідком вираження згоди договірних сторін про передачу спору в міжнародний арбітраж чи про процедуру примирення, відповідно до змісту згаданого вище положення. Однак особи, перелічені в додатку 6 ID до ЕСТ (серед них Польща)³⁸, не висловили безумовної згоди на передачу спору до арбітражу у випадку, коли він вже врегульовується і був прийнятий до розгляду адміністративним судом або трибуналом Договірної Сторони, яка є стороною спору, або згідно з будь-якою застосовною, попередньо узгодженою процедурою врегулювання спорів. Таке регулювання варто оцінити наскрізь позитивно, адже воно дозволяє уникнути паралельних конфліктів юрисдикції³⁹. До того ж, відповідно до статті 26 (3) (с) сторони ЕСТ, названі в додатку ІА⁴⁰, також не висловили безумовної згоди

³⁶ Н. Koziński, *Arbitraż inwestycyjny...*, с. 972.

³⁷ Там само, с. 972.

³⁸ Список сторінок з додатка 6. ID: Австралія, Азербайджан, Болгарія, Хорватія, Кіпр, Чеська Республіка, Російська Федерація, Фінляндія, Греція, Іспанія, Ірландія, Японія, Канада, Казахстан, Норвегія, Польща, Португалія, Румунія, Словенія, Сполучені Штати Америки, Швеція, Угорщина, Італія, Європейський Союз.

³⁹ Див. більше: S. Sołtyński, *Transgraniczne konflikty jurysdykcyjne ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu*, [в:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, ред. А. Tynel, А. Szumański, S. Pieckowski, P. Nowaczyk, J. Poczobut, с. 198.

⁴⁰ Список сторінок з додатка 7 ІА, які використали механізм *opt – out* стосовно *umbrella clause*: Австралія, Канада, Норвегія, Угорщина.

на передачу спору, що виник відповідно до статті 10 (1) *in fine*⁴¹. По суті це положення містить у собі застереження (*umbrella clause*), відповідно до якого держави, вказані в додатку, мали вигоду від використання механізму *opt — out*, і вилучили її застосування⁴². У випадку, коли інвестор вирішить розв'язувати спір шляхом міжнародного арбітражу, у нього є вибір з трьох інституцій, де спір може бути врегульований. По-перше, Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів, створений відповідно до Конвенції ICSID, якщо Договірна Сторона, з якої походить інвестор, та Договірна Сторона, що є стороною Спору, обидві є сторонами Конвенції ICSID. Крім того, є можливість подання спору для врегулювання арбітражеві, що його здійснює згаданий центр, у випадку, коли одна з Договірних сторін ЕСТ чи держава, з якої походить інвестор, не є стороною ICSID. Потім спір можна передати для розгляду в Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів на підставі положень Додаткових Пільг для адміністрування, виданих цим центром⁴³. По-друге, спір можна передати для розгляду судді чи арбітражному судові, створеному *ad hoc* для врегулювання спору відповідно до Арбітражного регламенту UNCITRAL за 1976 рік. І врешті, по-третє, інвестор може передати спір для врегулювання до арбітражу при Арбітражному інституті Торгової палати у Стокгольмі⁴⁴. Інвестор, який вирішує передати спір для врегулювання в інвестиційний арбітраж на підставі статті 26 ЕСТ, повинен подати письмову згоду на подання спору для врегулювання в один із вказаних вище арбітражних судів. Таким чином, арбітражна угода є свого роду беззастережною згодою однієї з Договірних держав, вираженою зв'язком із ЕСТ, та згодою інвестора, висловленою в письмовій формі. Ба більше, відповідно до статті 26 (5) така згода держави разом із письмовою згодою, представленою інвестором, відповідає вимогам щодо письмової згоди в розумінні розділу II Конвенції ICSID та в розумінні Положень Додаткових Пільг, а також щодо „письмової угоди” в розумінні статті II Нью-Йоркської конвенції і, зрештою того, що «учасники договору узгодили в письмовій формі» в розумінні статті I Арбітражного регламенту UNCITRAL. Надзвичайно важливе поло-

⁴¹ Останнє речення цього положення звучить так: „Кожна з Договірних Сторін буде дотримуватись зобов'язань, які взяла на себе, стосовно інвестора чи інвестицій інвестора будь-якої іншої Договірної Сторони”.

⁴² M.D. Slater, *The Energy Charter Treaty: a brief introduction to its scope and initial arbitral awards*, [в:] *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector*, ed. by Association for International Arbitration, 2009, Сr. 30.

⁴³ Див. більше в тексті Положень Додаткових Пільг для адміністрування, доступний на інтернет-сторінці Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів — <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>.

⁴⁴ Відповідно до статистики, поданої на інтернет-сторінці Арбітражного інституту Торгової палати у Стокгольмі, упродовж 2001–2009 рр. ця інституція врегульовувала 5 інвестиційних спорів, що стосувались ЕСТ — див. <http://www.sccinstitute.com/hem-3/statistik-2.aspx>.

ження з точки зору визнання і приведення у виконання вироку арбітражного суду містить стаття 26 (5) (б) ЕСТ. Відповідно до цього положення: „будь-яке арбітражне провадження відповідно до цієї статті, за поданням будь-якої зі сторін, відбудеться в державі, що є стороною Нью-Йоркської конвенції. Претензії, винесені на розгляд арбітражу, на підставі цього положення будуть, у розумінні статті 1 цієї Конвенції, вважатися такими, що виникають із комерційних відносин чи з угоди”. Таким чином, за поданням будь-якої зі сторін, арбітраж відбудеться в державі–стороні Нью-Йоркської конвенції, і, отже, зважаючи на формулювання цього положення, арбітражне рішення, видане в такій справі, підлягає визнанню та приведенню у виконання відповідно до Нью-Йоркської конвенції.

Підстави рішень арбітражного суду були чітко вказані в статті 26 (6) ЕСТ, а ними є положення ЕСТ та застосовувані звичаї та норми міжнародного права. Варто підкреслити, що застосування міжнародного права як відповідного права охоплює не лише договірне право, а й також широкий спектр норм звичаєвого права⁴⁵. Крім того, арбітражні рішення, які можуть включати рішення про виплату відсотків, є остаточними і обов’язковими для сторін спору. Крім того, в ЕСТ також визначено, що Держава-учасник спору в зв’язку з використанням продукту органом місцевого самоврядування або місцевими органами влади цієї Договірної держави, може виплатити грошове відшкодування замість і незалежно від іншого способу компенсації збитків, визначеного арбітражним судом. Таке рішення буде виконано відразу кожною з договірних сторін, яка також забезпечить ефективне виконання таких рішень на своїй території.

V

Підсумовуючи, варто сказати, що в сфері інвестиційного арбітражу Польщу й Україну поєднують два представлені вище правові документи з галузі міжнародного права, які є правовим підґрунтям для врегулювання інвестиційних спорів. Перший із цих документів має загальний характер, знаходить застосування до всіх інвестиційних спорів, що виникають у зв’язку з інвестиціями в розумінні ВІТ. Тоді як арбітраж, що здійснюється на основі Енергетичної хартії (ЕСТ) має звужену предметну сферу, бо стосується лише інвестиційних спорів, які виникають в енергетичному секторі. Існуюча правова база дозволяє як інвесторам із Польщі, так і з України ефективно розслідування претензій, що виникають із зобов’язань та гарантій, прийнятих договірними державами в сфері захисту та заохочення іноземних

⁴⁵ K. Michałowska, *Rozstrzyganie sporów inwestycyjnych — prawo właściwe*, E — Przegląd Arbitrażowy, 2010, № 3, c. 33.

інвестицій. Таке регулювання, без сумніву, сприяє створенню сприятливого інвестиційного клімату між обома державами, які, зважаючи на їхнє розташування, а також на економічні зв'язки, що їх поєднують, мають шанс на зміцнення співпраці у збільшенні припливу іноземних інвестицій. Тепер інвестиції, що надходять з Польщі до України, здійснюються переважно в економічному секторі⁴⁶. Українські інвестиції в Польщі натомість значною мірою сконцентровано в металургії та суднобудуванні⁴⁷. Існування представленої вище нормативно-правової бази у сфері інвестиційного арбітражу безперечно може бути заохоченням до подальшого розширення співпраці як у галузі інвестицій, так і в інших сферах економіки.

Summary

Investment arbitration in Polish — Ukrainian relations

Main aim of this article is presentation of the legal framework for international investment arbitration in Polish — Ukrainian relations. Article presents the provisions of bilateral agreement on promotion and protection of foreign investment between the two mentioned countries, as well as the provisions of multilateral international agreement to which both Poland and Ukraine are parties, namely the Energy Charter Treaty. Considerations in the article relate primarily to the legal framework of investment arbitration, however, also addresses the question of an economic nature which are tied to the protection and promotion of foreign investment. Some observations made in the article are more universal, not only referring to the investment arbitration in the Polish — Ukrainian relations but also retain their validity in relation to any investment disputes between the Polish and other countries, or states parties to the European Energy Charter.

⁴⁶ Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Informator ekonomiczny o krajach świata, Ukraina, c. 2 — праця на інтернет-сторінках Міністерства закордонних справ РП: <http://www.msz.gov.pl/files/Informator%20ekonomiczny%20-%20pdf/Ukraina/Ukraina%2004.pdf>.

⁴⁷ Там само, c. 3.